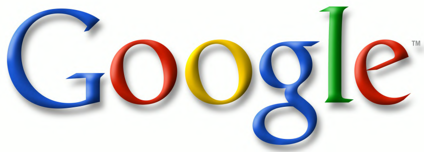






JOANNIS VOET

JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA

COMMENTARIORUM

AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones excutiuntur.



EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIOR:

Cui nempe praeter V. Cl. Caspari Burmanni Vitae Auctoris Narrationem, et Indicem Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

NUNC PRIMUM ACCEDUNT

Alii duo Tractatus de Familia Erciscunda, et de Jure Militari, qui simul cum praedicto Indice constituunt Tomum Septimum.

TOMUS PRIMUS.



VENETIIS

SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.

M. DCCC. XXVII.

LECTORI BENEVOLO.

Cum ante annos octodecim (*scil. an.* 1680. *Hæc enim scribebat Auctor an.* 1698.) Compendio Juris juxta Pandectarum seriem componendo incubui, id mihi negotii unice datum credidi, ut verbis paucis multa complecterer, quæ in institutionis privatæ usum auditoribus fili Ariadnei instar essent. Ex quo scribendi genere uti nullam mihi captavi gloriam, sed solam intendi eorum utilitatem, qui Themidis sacris se initiandos præbituri essent; ita meum institutum aliis haud displicuisse viris clarissimis, mihi gratulor, qui sive meo, sive alieno exemplo, publico certe juventutis bono stimulati, non ita pridem eandem secuti rationem, sua *juris civilis principia, secundum ordinem Digestorum*, suam *compendiosam Pandectarum tractationem* typis vulgarunt. Nunc Commentarium pleniorem publici Juris facturus, consultum censui de tractationis ordine pauca præfari. Neque enim te latere velim, Lector candide, aliquando materiarum selectiorum mihi arrisisse explanationem; subinde ventilationem illustrium Romani & hodierni Juris quæstionum. Sed cum in illis quidem misceri sæpe plura aliunde debeant, ac digressiones fieri, in hisce vero feliciter excutiendis præmittenda ac subsumenda certa principia, nec ad eas illotis quasi manibus ac sine quadam mentis præparatione videretur accedendum: tandem in methodicam universi Juris explicationem proclivior esse cœpi, in qua evitari facile posse superiora in aperto est. Et quamvis haud difficulter meis memet ipsum numeris, ut ita dicam, adstringere potuissem, ac peculiarem mihi ordinem concepisse, tamen quia is mihi præcipue, non ita aliis notus fuisset, vulgatam sequi malui Pandectarum seriem, nulli vel mediocriter in Jurisprudentia versato ignotam; ut ita quisque suos academicos repetens labores, in sede propria inveniat, quæ tum certa tum controversa ad istam pertinent juris partem. Si quæ tamen aut alieno ego forte loco tractaverim, aut res una pluribus in locis (ut sæpe fit) apte explicari potuerit, & id non ubique a me adnotatum appareat; (licet & in eo diligentiam adhibuerim, ne id negligeretur) aut denique minus alicui in promptu sit Digestorum methodus, erit tandem subsidio index locupletior, industria satis tædiosa a me compositus, qui huic defectui vel meo, vel tuo, benigne Lector, medeatur. Difficile & arduum quid a me tentatum, haud ibo inficias, nec dissimulabo, obrepsisse menti sæpius operis cœpti deserendi propositum. Sed vicit iterum, animosque addidit utilitas, quam huic scribendi generi inesse persuasus sum; vicit de meis & olim & nunc auditoribus, reliquisque, quibus hæc prodesse poterunt, bene merendi desiderium; vicit honor stationis, quam teneo, quamque tueri volui, debui, ne viderer prorsus obscure egisse; vicit odium inertiæ mollis & illiberalis; quam uti monitis frequentibus avertere ac averruncare studui ab illis, qui meæ curæ commissi sunt, ita maxime operam mihi dandam censui, ne turpis ignaviæ culpa doctorem argueret, alios ad laborandum, currendum, desudandum in bonæ mentis palæstra, adeoque ad meliora, stimulantem.

Ita autem in titulorum singulorum enarratione versatus fui, ut præmissis tum Romani tum hodierni Juris principiis ac regulis, sæpe per suas rationes expositis, subjunxerim notabiliores plerasque factorum species in legibus occurrentes, aut extra legum Romanarum tabulas usum in Foro præbentes; & eas quidem, quæ parum ambiguæ, paucis assertas, dubias vero magisque controversas disquisitione pleniore adhibita suis rationibus stabilitas, a difficultatibus ac objectionibus liberatas; conciliatis Jurisconsultorum responsis, aut Principum placitis, quorum videbatur pugna esse. Auctores addidi, non aliena fide, sed mea, postquam prius ipse loca inspexi ac legi; nec quos potui promiscue, sed selectiores, atque etiam magna ex parte recentiores probatæ eruditionis; quos felicius ratiocinio, non solo legum dictamine nudisque aliorum dictis, Jurisprudentiam nostram exornasse comperi; tum ut honesta eorum, per quos profeci, commemoratione qualem qualem accepti beneficii gratiam rependam, debitamque singulis tribuam laudis portionem; tum, ut quisque, si usus exigat, non mihi soli credat, sed ad inspicienda commendatissima virorum doctorum monumenta invitetur, indeque petat ac discat insuper alia, quæ sibi ad opinionis ac causæ, quam suscepit defendendam, patrocinium profutura putat. Alios scilicet ratio ducit, alios non parum movet, aut saltem confirmat, virorum clarorum auctoritas: unde & a ratione exordiendum duxi, in exemplis & auctoritate aliorum desino. Non Doctorum numero, sed ratione, legibus, moribus, consuetudinibus, dimicandum esse, neque ex multitudine auctorum, quid æquius & melius sit, oportere judicari, Justinianus ex vero scripsit (*L. 1, §. 6, C. de veteri jure enucl.*): sed si rationes moveant, est, quod gratuleris tibi plaudasque, si et aliorum consensum habeas.

Ceterum sociandum censui Romanæ Jurisprudentiæ explanationem cum hodierni Juris tractatione, iis inductus rationibus, quas aliquando publica oratione de jungenda Romani et hodierni Juris scientia proposui: ex quibus facile satisfiet, non illis tantum, quibus ingratum atque superfluum videri posset, difficiles Theoriæ Romanæ quæstiones discussisse, non ita quotidianum in Foro usum præbentes, quibusque adeo sordet, quicquid de jure Quiritium, tersum licet nitidumque, promitur; sed et his, quos offendet, quod post explicitam civilem Romanorum sapientiam spinosa addiderim fori dubia, quasi minus commoda theoriæ cum praxi mistura esset, nec utraque satis apte in una posset sede morari. Facilem quidem esse principiorum hodierni juris adnotationem, nemo sanus ibit inficias, cum et facilis primorum elementorum Juris civilis propositio sit; sed eas, quæ illa occasione succreverunt, per omnem juris materiam dispersas theoriæ ac Fori controversias explicuisse, Jurisque recepti reddidisse rationes, ne, quæ nunc obtinent, ex errore magis atque corruptela, quam justa consuetudine viderentur introducta, si qui leve putent, modestius forte judicaverint, ubi periculum facere instituerint, ac inexhausti laboris opus deprehendent, imo latissimum, ac prope sine termino expatiandi campum; quem ego ingredi ausus, si non ut oportet emensus sum, veniam audacis facti rogo; etiam, ut opinor, haud gravate penes eos impetraturus, qui laudabiles aliorum conatus juvare ac his benigne favere solent, etiam non improbantes voluntatem in iis quibus vires desunt, quasi in magnis vel voluisse aliquid, honestum laudeque sua haud destituendum sit. Dum autem Compendii mei vestigia in hoc pleniore Commentario passim fere lego, nemo mirabitur, quod, dum dies diem docet, candide confessus nunc sim, in uno alteroque loco displicere ea quæ ante a me scripta sunt. Etenim, uti illorum odi socordiam, qui, quidquid ab alio recte vel perperam dictum inveniunt, obsequio deformi cæcoque velut impetu amplectuntur: ita nec propriarum opinionum ante conceptarum adeo tenax aut venerator sum, quin errata corrigere, ac in melius reformare, laudi ducam, et ingenui esse existimem. In nullo penitus aberrare, Divinitatis potius, quam mortalitatis esse, Imperator asseruit, et secundum Senecam in solo Deo diminutio majestatis foret confessio erroris, ac pœnitenda fecisse; dum necesse est, ei eadem placere, cui nisi optima placere non possunt. At homines sumus quotquot scribimus, et ob id humani nihil a nobis alie-

num esse fateri cogimur. Errare humanum est, sed in errore cum contumacia perseverare jam monitum, meliusque edoctum, et inanibus ludibriis effugia quærere, bruti magis, quam hominis, insani, quam sapientis est. Admoneri bonus gaudet, at correptorem pessimus quisque ægerrime patitur. Neminem ingenuum de veritate certantem succubuisse putet; sat quippe laudis habiturum, si vel ipso prius oppugnante tandem veritas emergat, et bona causa triumphet; ac vincit abunde, qui ita sese vinci patitur, sequiturque meliora. Quicquid agimus ad docendum publice constituti, id Spartæ exornandæ, Jurisprudentiæ excolendæ, ac pro virili illustrandæ, juventutis adjuvandæ, quin et subinde provectiorum in intricatis instruendorum gratia agimus. Absit, ut hos nostra pertinacia contra bonam fidem in errorem trahere, vel jam in eo hærentes retinere quodam quasi servitutis jugo attentaremus, ut doceremus errare, dum ipsi nollemus videri in ullo lapsi esse; atque ita artem nostram pulcherrimam, religiose casteque colendam, quadam velut hæresi aut superstitione pollueremus scientes; sive secuti fuerimus opiniones erroneas auctorum gravium, sive ipsi primi, ingenii fiducia freti, nosmet ipsos in errorem dederimus præcipites. Quin potius illustria nostrorum Jurisconsultorum sequamur exempla, candorem, integritatem: Papinianum imitemur, qui sibi aliquando ea placuisse scribit, a quibus postmodum recessit, in contrariam tractus sententiam fortiore Sabini ratione (*L.* 6, *ff. de servis exportand. &c. vel contra*): Ulpiani premamus vestigia, qui se memorem ajebat ejus, quod aliquando scripsisset, patrem in aliqua facti specie cogi non potuisse, ut filium emanciparet, nunc tamen putare, illum extra ordinem ad id compellendum (*L.* 92, *ff. de condit. & demonstrat*). Quanquam nec dubium est, quin et aliorum dissensu sæpe magis quis in suis confirmetur, ut veritati consentaneis, dum animadvertit, viros doctissimos, nihil intactum relinquere solitos, quod opinioni suæ posset subservire, nihil tamen adduxisse, propter quod ab iis, quæ semel placuerunt, recedendum foret.

Quia vero studia alia in primis privatim ad voluptatem, publice ad ostentationem exercentur, grata suis amatoribus et plausibilia ac laude digna, alia ad communem vitæ usum comparata magis, nemo, ut opinor, vitio vertet, quod mihi in hoc scriptionis genere Jurisconsultum agenti, præ ceteris ea, quæ juris ac consuetudinis sunt, & forensem redolent disciplinam, explicare pensiculatius & ex professo tractare propositum fuerit; cetera, quæ ad antiquitates spectant, quorumque tenues tantum in nostro Juris corpore, plures in fragmentis veterum apparent reliquiæ, summo tantum digito tetigerim, subjunctis illorum nominibus, qui circa hæc luculenter ac præclare operam navarunt, ut quisque ex iis velut fontibus ultra hauriret, quibus aut proficere se aut delectari posse putat, ubi gravibus jurisprudentiæ præceptis, difficilibus & impeditis praxeos controversiis fatigatam mentem reficere, & per amœniora humaniorum latifundia, varietate sua tædium discutientia, spatiari visum fuerit. Quod si quem in meis nova subinde offendant vocabula, ex media praxi deprompta, & Juri hodierno tradendo adhibita, veniam forte dabit, si cogitaverit, in pragmaticorum scriptis, magna ex parte minus Latinis notamque barbarici evitare non valentibus, frequenter versanti excidere haud difficulter potuisse verbum aureo sæculo non probatum; cum et ipse Seneca, Romanus licet ac eloquentiæ studiis apprime addictus, conquestus aliquando fuerit, non facile Latina sibi verba succurrere, dum ipsum barbarorum inconditus gravisque sonus circumsonabat: præterquam quod ea, quæ Romanis fuere nota, Romano quoque sermone tractata lector inventurus est, in solis iis, quæ Latio ignota, verba artis recentiora. Ut enim illorum institutum non probo, qui omnem spernunt elegantiam, et, cum possent ornatius cultiusque dicere aut scribere, trivialem humilitatem studiose affectant, ita nec molestissimos illos Latini sermonis exactores laudare queo, qui recenter inventa & excogitata antiquis tantum verbis, licet per durissimos tropos aut peripfrasticas verborum ambages, obscuritatem insignem legenti parientes, exprimenda censent; & in tractandis artibus ac disciplinis, in dies incrementa nova capientibus, horrent, ad vocis non Ciceronianæ mentionem, ne novis quidem rebus imposita per artis peritos nomina convenientia, usque jam va-

lentia, animo satis æquo ferentes: parum memores, nec ipsos adeo superstisiosos fuisse Romanos, ut non multa ex Græcis ad Latini sermonis usum transferrent, & adscititias ac peregrinas voces adhiberent, terminatione Latina donatas, maxime ubi de artium præceptis quæstio erat, & dictionis Romanæ penuria laborabatur. *Multa*, inquit Quintilianus (*Lib.* 8, *Instit. orat. cap.* 3, *ante med.*) *ex Græco formata nova ac plurima a Sergio Flavio, quorum dura quædam admodum videntur, ut ens & essentia, quæ cur tantopere aspernemur, nihil video, nisi quod iniqui judices adversus nos sumus, ideoque paupertate sermonis laboramus .... nam & quæ vetera nunc sunt, fuerunt olim nova, & quædam in usu sunt perquam recentia.*

Hæc pro me dicere e re mea censui. Quæ vero in hoc opere, cujus primam nunc partem habes editam, cujusque pars altera brevi typis erit exprimenda, præstiterim, quæ ab aliis intacta, indicta, aut minus recte concepta circa Juris Romani difficiliora observaverim, explicuerim, illustraverim, quid circa Juris hodierni abstrusiora velut enigmata solvenda contulerim, quomodo vetera novis rationibus firmaverim aut reprobaverim, distinctionibus rem sæpe planiorem fecerim, postquam prius bonos evolvendo Auctores ipse didici, quæ aliorum de singulis controversiis opinio esset, ab aliis judicari dicique malim, quam inani propriæ laudis deprædicatione mihi ipsi adblandiri, multaque mihi adrogare jactantia nulli profutura; dum peritiores id facile, quidquid est, deprehensuri sunt; tyronum nihil interest, a me an ab alio profectum sciant, si modo vera discant, quæque solidam aliquando utilitatem & usum in Foro sunt habitura. Interim spe aliqua me lactari haud diffitebor, fore, ut non illi tantum, quibus Romani Juris notitiam accuratam adipisci mens est, in hoc Commentario inventuri sint non plane sibi aspernanda, quæque deinceps neque negligere debeant neque dediscere; sed et operam Foro navantes ea sint reperturi, quæ ad togatæ militiæ ac certaminum forensium pertinent apparatum. Quod si non omnium votis satisfecero, quod nec præsumere sine arrogantiæ labe licet, id unum voveo, futuros, qui laborare parati meliora dabunt, pariterque supplebunt, quæ meis videbuntur lucubrationibus deesse. Plane, si laborem, quem impendi, præjudiciis obruere, si carpere, si ex insidiis petere, si obliquo sugillare sermone, vel scripto cum protervia lacessere, quis in deliciis habeat, si a me sic omnia jam vulgata jactet, ut nihil publicis recitationibus, nihil institutioni domesticæ apud me sit reliquum; et quæ sunt hujus generis alia, ab aliis abunde jam confutata ut inepta, ac artibus haud bonis invidorum accensenda, patiar facile, simulque spernam, non ignarus, hanc esse eorum sortem, qui ardua tentare volentes, sed talibus a proposito non dimoveri, in animum inducunt suum; ita censentes, haud ultimam laudem esse, principibus artis suæ viris et æquis aliis rerum æstimatoribus non omni ex parte displicuisse.

DE VITA, AC SCRIPTIS

JOANNIS VOET

EX TRAJECTO

ERUDITIO CL. V. C. BURMANNI.

VOETIUS (JOANNES) Pauli ex Elisabetha Van-Vinsen filius, in lucem editus 3. Octobr. MDCXLVII. Studiis Academicis in urbe patria absolutis, et Doctoris Juris Utriusque titulo ornatus primo Herbornæ Jus Civile docuit ad annum 1674. quo, quum obtulisset per duos annos sine honorario Jus profiteri, uti in actis nostrorum magistratuum XI. Maji d. a. adnotatum inveni, Antecessoris munus in Academia patria ei demandatum XII. Martii 1677. octingenti floreni annui adsignati sunt. Quumque initio anni 1680. Leidensis Academiæ curatores Jus Civile interpretandi provinciam ei obtulissent, votis eorum adnuit, frustra rogantibus magistratibus nostris, ut heic (Trajecti) maneret. De qua vocatione Leidensi Grævius in Epist. ad Heinsium, quæ extat Tom. IV. Syllog. Burm. p. 640. hæc scripsit.

Voetius vocatus est Lugdunum ad interpretationem Juris, eoque se iturum, et nullis præmiis, et conditionibus retineri posse in urbe patria præsefert, quod de ejus, credo, salute desperet.

Sub finem vero anni 1687. omnem operam adhibuerunt magistratus nostri, ut ad patrios Lares reviseret, relictaque Leida ad nos migraret, et decreto XIX. Decemb. d. a. ei obtulerunt titulum primarii Juris, ut et Juris publici Professoris cum annuo honorario bis millium florenorum; verum frustra, et Leidæ ad finem vitæ summa cum auditorum frequentia Jus Civile et patrium interpretatus est.

Uxorem duxit Magdalenam de Sadelare, ex qua unicam suscepit filiam, quam matrimonio sibi junxit Gisbertus Voetius Ordinibus

nostris a Secretis. Obiit vero XI. Septemb. ann. 1714. ætatis 67. Ab Ever. Ottone in Præfat. ante Bockelman. Different. Jur. Civil. Canon. et Hodiern. pag. XXII. dicitur Vir eximius, varioque togæ limatus in usu, et a Ludevvig. tom. II. Opusculor. pag. 1178. Juris-Consultus utilis et eruditus.

SCRIPTA EJUS SUNT.

De jure militari. Traject. 1670. 8.

De Familia erciscunda. Ibid. 1673. 8.

Oratio funebris in obitum Andreæ Essenii. Ibid. 1677. 4.

Responsio ad libellum Cephæ Pistophili adversus Gisberti Voetii Disputationem de Justificatione. Hagæ 1677. 4. qua Avi famam vindicavit, vid. Lipen. Biblioth. Theolog. pag. 438.

Compendium Juris. Leidæ 1683. 8.

Oratio de docentium et discentium officio. Ibid. 1687.

Oratio, qua monstratur veritas asserti, raros esse, qui philosophantur. Ibid. 1710.

Oratio funebris in Obitum Antonii Matthæi A. F. A. N. Ib. 1710. 4.

Præcipuam vero famam meruit edito *Commentario* luculentissimo *ad Pandectas,* quod magni habetur a Practicis hodiernis. Prima editio prodiit Leidæ 1698. fol. II. volum. deinde ter repetita, ut Hagæ 1704. 1707. et 1716. vid. Act. Erudit. Lipsiens. Novemb. MDCCV; videndus quoque Ludevvig. vit. Justiniani et Theodoræ cap. III. ag. LXX. et Struvii Biblioth. Jur. cap. VI. §. 8.

tudine hanc aut illam Romani juris partem, verbi gratia, adoptionem, servitutem, manumissionem, in totum desiisse servari; utcumque statuta jusserint generaliter, vel consuetudo induxerit, Romanum jus in non decisis oportere admitti. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 1. *c.* 13. *fere in fine*. Neque enim perpetuum est axioma illud: *Omissa in statuto suppleri debere ex jure civili, ac secundum illud decidi*; sed demum locum habet, si semel ea in materia jus civile receptum sit, eique nonnulla a statuto vel superaddita vel detracta inveniantur: nam si statutorum determinatio a juris Romani fundamentis plane deviaverit, minus tuto, quæ desunt ex legibus Romanis supplementum receperint, ac definitionem. Hugo Grotius *in Responsis Juricons. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *cons.* 197. *num.* 14. *et seqq.* Quo fundamento niti quoque puto, quod Hollandiæ Ordines, reformato utroque, tam Scabinico, quam Aesdomico quidem, tanquam Romani juris principiis præcipue subnixo, jusserint in non decisis ad Romanæ jurisprudentiæ placita recurrendum esse: in Scabinico autem id, quod deesset, ex antiquo Hollandiæ Zelandiæque successionis jure debere decidi. Unde nec perperam a nonnullis traditum, tunc, cum obscuri vel incerti regionis alicujus mores sunt, in vicinorum locorum usus moresque non imprudenter inquiri. Quamvis enim verum sit, territorii unius leges ultra illud in aliis locis vim suam non exserere, & hactenus stricti juris esse; nec ex consuetudine loci unius argui posse vel induci consuetudinem loci alterius, *l. ult. ff. de jurisdict.* Jacob. Coren *observat.* 32. *num.* 18. 19. id tamen non impedit, quo minus ratione suffulta gentium vicinarum placita, velut exempla, & res prudenter judicatas in judicando sequamur, ipsi legibus ac consuetudinibus hic destituti. Neque novum, ut populus a populo alio ex libera voluntate jura velut æqua & justa mutuetur. Probatum certe multifariam Romanis, quod Græcis pridem placuerat: ac non semel Zelandiæ, ut & aliarum provinciarum Proceres, iisdem prope verbis repetitis sanciverunt, quæ ab Hollandiæ Ordinibus ante fuerunt in civium suorum ac publicam utilitatem statuta. Confer *Placitum Ord. Holland.* 16. *Decemb.* 1595. *vol.* 1. *placitor. pag.* 482. *cum placito Ord. Zeland.* 19. *Julii* 1607. *d. vol.* 1. *pag.* 495. item *pag.* 491. *cum pag.* 502. Groenevvegen *ad d. prooem. Institut. num.* 16. *et seqq. ubique DD. cit.* Cui accedit, quod in omnem eventum, si vicinarum quoque regionum mores deficiant, ad naturalem tandem æquitatem, rectamque rationem subsidiarius aditus est. Busius *de officio judicis cap.* 5. *num.* 54. *et seqq.*

3. Neque tamen ideo, quæ dicta hactenus, accuratam Romani juris scientiam hodie inutilem efficiunt, aut quicquam detrahunt necessitati addiscendi etiam ea, quæ imprudentiores aut minus periti, tanquam abrogata, in foro dediscenda temere jactitant; ut id multis docui in oratione *de jungenda Romani et hodierni juris cognitione*. Nec mihi velim soli hisce fides sit: Testem audi Ariam Pinellum, *ad l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 2. Ego, inquit, *post longam legendi professionem, postque diligentissimam foro navatam operam, in ea sententia sum, ut theoria sine praxi digestam solidamque juris cognitionem præstare nequeat; praxisque absque theoria maxime periculosa et manca evadat.* Baronem audi *ad tit. Instit. de Justitia et Jure*, cum ait, *nihil in jure civili extat, quod Franci pragmatici ad usum fori et judiciorum traducere non possint: id quod paucis ad singulos titulos demonstrabo. Nimis enim sæpe in schola dictari audivi, hic vel ille titulus non facit ad farinam apud Francos; cum plerumque tituli vis ac potestas ignoretur; vel qui hæc in gymnasiis dictitant; nihil Gallici juris præter auditum habeant.* Imberto crede, ac Mornacio, Rebuffo, Antonio Fabro, aliisque, quorum verba emphatica exhibet Anton. Matthæus in politissimo de judiciis libello, post præfationem.

4. Jurisprudentiam, hoc tractatam Pandectarum volumine, esse *divinarum atque humanarum rerum notitiam, justi atque injusti scientiam*; vel *artem boni et æqui; veramque non simulatam philosophiam*, ex Ulpiano ac Institutionibus discimus *l.* 1. *pr. et* §. 1. *l. justitia* 10. §. *ult. ff. h. t.* §. 1. *Instit. h. t.* & merito. Quis enim philosophiæ nomen isti arti non tribuat, quæ virtutum omnium disciplina est, & in publicis simul ac privatis excellit officiis, ac rempublicam, si nihil prohibeat, constanter & fortiter & perite administrari facit; ex qua felices deprædicatæ civitates, in quibus vel Reges philosopharentur, vel philosophi regnarent. Quis Jurisconsultos circa res *divinas* versari neget, si mente revolvat, jus publicum, Ulpiano teste, in sacris quoque ac sacerdotibus olim constitisse, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Ræyardus *Variorum lib.* 5. *cap.* 12. *fere in princip.* Manlium Torquatum inde apud Valerium Maximum *lib.* 5. *cap.* 8. *num.* 3. dictum fuisse *juris civilis et sacrorum pontificalium peritissimum*: Draconem Atheniensem, Attejum Capitonem ac Coccejum Nervam *omnis divini humanique juris scientes*, apud Gellium *Noctium Att. lib.* 11. *cap.* 18. *in pr.* & Tacitum *lib.* 3. *Annal. cap.* 70. *et lib.* 6. *cap.* 26. immo plerumque eos, quibus justitiæ administrandæ incumbebat, sacrorum quoque curam olim habuisse; ac decens fuisse visum apud Gentiles, ut qui totius imperii & regiminis publici habenas moderabantur, supremam quoque circa res divinas haberent auctoritatem: uti testis ejus rei est Servius ad versum Virgilii libro 3. Æneidos, ubi is Anium & *regem hominum, & Phœbi sacerdotem* dixerat, subjiciens, *majorum hanc consuetudinem fuisse, ut rex etiam sacerdos esset et pontifex; indeque hodie etiam imperatores pontifices dici.* Quod & ex Dione Cassio *lib.* 53. *pag. mihi* 508. ac ex §. 8. *Inst. de rer. divis. Junct. l.* 9. §. 1. *ff. eod. tit.* manifestum est. Testis Cicero pro domo sua ad collegium Pontificum: *Cum multa* (inquit) *divinitus a majoribus nostris inventa atque constituta sint, tum nihil præclarius, quam quod vos eosdem et religionibus Deorum immortalium, et summæ reipublicæ præesse voluerunt; ut amplissimi et clarissimi cives rempublicam bene gerendo, pontifices religionem sapienter administrando, rempublicam conservarent.* Testes denique veteres Gallorum mores, & Druidum apud eos officia, *qui*, tradente Julio Cæsare lib. 6. de bello Gallico, *rebus divinis intersunt, sacrificia publica ac privata procurant, religiones interpretantur; ad hoc magnus adolescentium numerus disciplinæ causa concurrit, magnoque ii*

sunt apud eos honore: nam fere de omnibus controversiis publicis privatisque constituunt; et, si quod est admissum facinus, si cædes facta, si de hereditate, de finibus controversia est, iidem decernunt, præmia pœnasque constituunt.

5. Quamvis vero Jurisconsultis, justitiam colentibus, incumbat *æquum ab iniquo* separare, licitum ab illicito discernere, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* tamen ut *bonum* ab *æquo* sejungeretur, neque jus civile, neque naturalis ratio satis patitur; non magis utique, quam ut ingenium magnum a bono distingueretur. *Non est*, inquit Seneca libro 1. de ira circa fin., *quod existimes verum esse, quod apud disertissimum virum Livium dicitur*, vir ingenii magni magis, quam boni; *non potest illud separari; aut et bonum erit, aut nec magnum.* Jus certe nostrum esse artem *boni et æqui*, sacerdotes ejus *boni et æqui* notitiam profiteri, judices ex bono & æquo judicare, adjudicare, æstimare, interpretationem facere; exceptionem *ex bono et æquo* competere; restitutionem fieri, atque adeo jungi passim *bonum æquo*, *æquum bono*, ex multis juris nostri locis plus quam manifestum est, *l.* 1. *pr. et* §. 1. *ff. h. t.* §. 3. *Instit. de obligat. consensu* §. *quædam actiones* 20. §. *in bonæ fidei* 30. *in princ.* §. 31. *in fine, Inst. de action. l. in his, quæ extra* 16. *ff. de condit. & demonstrat. l. si & me* 32. *ff. de rebus creditis l. non exigimus* 2. §. *pen. ff. si quis caution. in jud. sist. caus. factis non obtemp.* Nec fieri aliter potest, quam ut id, quod in se spectatum *bonum* est, etiam simul ea ratione *æquum* sit: licet illud ipsum nonnullis accedentibus circumstantiis iniquum esse incipiat, propter quas tunc etiam non ultra bonum erit. Hinc, etsi *bonum* (addo & æquum) Imperatores censuerint, mulierem, quæ semetipsam marito committit, etiam sua parapherna ejusdem arbitrio gubernanda relinquere; quia tamen paraphernalium domina manserat & libera moderatrix, ideo invita muliere maritum sese rebus ejus immiscere, non æquum amplius (sed nec bonum) judicarunt, *l. hoc lege* 8. *C. de pactis.* Pari modo, re per prædonem deposita, æquum quidem & bonum fuit, eandem prædoni deponenti restitui, si per se dantem accipientemque intueamur, ut ita ex fide contractus commissum recipiat is, qui dedit. Sed si concurrat rei surreptæ dominus, quo nullus alius firmiora in re jura habet, & cui facto scelestissimo ademta erat, mutata quasi scena, eidem ex bono & æquo reddendam esse, vix ambigitur, *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. depositi.* Quæ pluribus exsequitur Budæus *ad l.* 1. *ff. h. t.* Clariss. Collega meus D. Noodt *probabilium lib.* 3. *cap.* 2.

6. De cetero æquitatem legibus & jure scripto comprehensam esse, nemo ignorare potest, qui modo legum requisita, *tit.* 3. enarranda, perspexerit; sic ut pro jure, quod in ipsis obtinet rerum argumentis, prægnans æquitatis præsumptio militet, & mutatione leges indigeant, quoties in iis sese prodit iniquitatis manifestæ labes, *l. leges sacratis.* 9. *C. de legibus.* Sed cum non omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis, aliove jure scripto comprehendi possint, *l. non possunt* 12. *l.* 13. *ff. de legib.* & novas quotidie formas edere natura deproperet, nec rara emergant negotia, necdum legum definitionibus determinata, *l.* 2. *ff. sed quia* 18. *C. de veteri jure enucleando.* Sic ut prætermissa vel interpretatione, vel saltem jurisdictione judicis supplenda sint, ex manifesta legum sententia ad similia procedendo, quoties eadem utilitatis ratio ac conjectura videtur subesse, *d. l.* 12. 13. *ff. de legibus d. l.* 2. §. 18. *C. de veteri jure enucl.* necesse erit, in hisce definiendis æquitatem observari, eamque stricto præferri juri, ac nimium scrupulosæ argumentationum subtilitati, *l. in omnibus* 90. *ff. de reg. juris l. quod si Ephesi* 4. *in fine ff. de eo.* Quo pertinet præcipue illud Imperatoris in *l. placuit* 7. *C. de judiciis*, quod nempe *placuerit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris rationem*; nec non Pauli in *l.* 2. §. *item Varus* 3. *in fine ff. de aqua & aq. pluv. arcend.* dum actionem utilem in facti specie ibidem proposita concedens, addit, *hac æquitatem suggerere, etsi jure deficiamur.* Et hanc passim fuisse mentem Jurisconsultorum, ex eo quoque manifestum est, quod deficiente directa ex verbis legis actione, plurimis in casibus utiles introduxerunt ex æquitate. Quid, quod & in ipsis scriptis legibus in id incumbendum est judici, ut æquitatis præcipuam in interpretando rationem habeat, nec tam strictum jus sequatur, quod solis legum verbis subnixum, ad absurda & inepta quæque non raro deduceret, quam potius, cognita probe ac perspecta earum ratione, ex animi sui religione constituat, utrum ad casum sibi dijudicandum legis vis extendenda sit; an, certo certius cessante ratione legis, ipsius quoque legislatoris extensioni ad talem casum videatur refragari: cum utique leges scire non sit verba earum tenere, sed vim ac potestatem, *l. scire* 17. *ff. de legibus.* Et in fraudem legis facere dicatur, qui, servatis legis verbis, menti ejus ac sententiæ adversatur, *l. contra legem* 29. & 30. *ff. de legibus*; atque etiam calumniari, & verba captare, qui non, qua mente quid dictum sit, animadvertit, *l. pen. ff. ad exhibend.* Unde Cicero alicubi: *Scriptum sequi, calumniatoris est; boni judicis, scriptoris voluntatem autoritatemque defendere.* Et quis, quæso, justum arbitretur, ad ultimum damnari supplicium eos, qui hostis arcendi gratia, muros conscendissent, quia lege scriptum erat, capitale esse, si quis muros conscendisset? aut ex eo, quod lex voluit, actionem ad exhibendum illis dari, quorum interest, studioso etiam doctrinæ alicujus actionem accommodari ad libros sibi exhibendos, quia si eos exhibitos legisset, doctior & melior futurus esset? aliud profecto non leges tantum jubent, *d. l. pen.* sed & communis sensus cuique dictat; nec dubitatum unquam fuit, quin jus tale summum summa injuria atque injustitia dici mereatur. Neque tamen, quæ dicta hactenus, redargutionem ex eo patiuntur, quod Principes sibi solis reservasse videantur distinctionem inter æquitatem ac strictum jus, *l.* 1. *C. de legibus.* Cum lex illa accipi non inepte possit de clementia Principis, mansuetudine, ac indulgentia, qua gratiam facit pœnarum, a judicibus ex legum præscripto infligendarum, aut inflictarum; quippe quas solus Princeps remittere potest aut mitigare; non vero judex, cui, uti non severitatis, ita nec clementiæ gloria affectanda est, *l. perspiciendum* 11. *ff. de pœnis.* Vel etiam intelligenda *d. l.* 1. de casu quo

manifesta est duræ legis sententia: tunc enim secundum eam judicare necesse est, donec Princeps, cognita duritie legis aut iniquitate, eandem ipse in melius reformaverit; cum non judicis, sed Principis solius sit, uti legem condere, ita & conditam ob apparentem postea iniquitatem abrogare; *l. leges* 9. *C. de legibus*; eoque pertinet illud Ulpiani *in l. prospexit* 12. §. *ipsa* 1. *ff. qui et a quib. manumissi liberi non fiant*; asserentis, *perquam durum quidem esse, ut mulier, quæ divertit, omnes omnino servos suos manumittere vel alienare prohibeatur; sed tamen ita legem scriptam esse*, secundum quam proinde judicandum erat, donec durities ista emendaretur; uti etiam postea emendata fuit, *l. in adulterii* 32. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Quamvis & verum sit, rigorem asperitatemque non raro legibus justas ob causas ita contineri, ut nec legislatoris mitigatione vel temperamento opus sit, sed omnino observanda veniat in judicando severitas ac rigor juris, *l. si expressum* 19. *ff. de appellat. d. l. perspiciendum* 11. *ff. de pœnis*.

7. Jurisprudentiæ finis est justitia, virtutum omnium perfectissima, ac veluti compages, recte definita, *constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Etsi enim proprie sit habitus voluntatis; tamen eam non sine ratione simpliciter per *voluntatem* descriptam puto; eo quod non tam ex eventu ipsaque tributione ejus quod cuique debitum, quam potius ex voluntate ipsa atque proposito, justitiæ actus dijudicari, justosque aut injustos dici convenit. Voluntatem sane, si ab ipsa tributione separes, justitiæ virtutem haud inveneris; nisi & fures & prædones & malæ fidei possessores, non pœnitentia ductos, sed judicis auctoritate, dominive eos persequentis metu, compulsos, atque ita animo nolente reddentes surrepta, justitiam tunc quoque exercere opineris. Cum ex adverso non recte justitiæ veræ laudem ei negaveris, qui inopinato fortunæ novercantis impetu, amissis incendio, naufragio, hostiumve incursu facultatibus, re ipsa præstare aliis atque exsolvere, quod debet, non potest; si modo semper eo maneat proposito, ut quicquid secundiore ac magis ridente fortuna conquisiverit, id in æris alieni diminutionem suis quantocius creditoribus concedat. Multum scilicet inter actionem justam, et eam quæ juste fit, interest; uti & inter actionem injustam, ac eam, quæ injuste fit. Exercet fur actionem justam, dum coactus ablata restituit; nec tamen juste facit, eo quod hæc restitutio non a voluntate suum cuique tribuendi profecta est. Contra actionem injustam facit debitor ob inopiam non solvens; nec tamen injuste facit, quoties defectus solutionis non a culpa, aut malevolo lædendi proposito, sed ab infortunio casuque procedit.

8. Quamvis autem fragilitatis humanæ conditio non sinat, in summo gradu nos hujus *constantis & perpetuæ* voluntatis capaces esse, dum in nullo aberrare, ac non multoties labi, divinitatis, magis, quam mortalitatis est; non tamen ideo minus ad justitiæ naturam atque perfectionem (quæ in rei cujusque descriptione spectanda) constantia ac perpetuitas desiderata est; sic ut voluntatis istius interruptione apparente, appareat quoque extemplo justitiæ defectus. Nec est, quod quis, dum leges in dies mutari videt, & plura quondam illicita, quæ nunc probata, necessariam inde arguat justitiæ ac voluntatis mutabilitatem; si modo perpendat, mutabiles pro temporum hominumque morumque varietate leges, non aliter ad justitiam sese habere, quam quasi vestes, quibus illa tegitur; quarumque mutatione, utcunque frequente, uti nulla homini, ita nec justitiæ mutatio infertur. Servat nempe vir justus, tenax propositum & constantem hanc perpetuamque voluntatem tribuendi cuique, quod tempori populoque convenientes leges publicæ, & in viridi positæ observantia, definiverunt singulis tribuendum esse.

9. Dividitur vulgo justitia in commutativam, ac distributivam. Commutativam appellant, quæ versatur circa commercia; in qua proportio servatur, quam vocant arithmeticam, dum sola rei cum re fit collatio, ac rerum collatarum spectatur æqualitas, nulla personarum, inter quas commercia vigent, ac conventiones interponuntur, habita ratione, plebeji an honorati sint, magistratus an privati. Nisi omni ex parte deprehendatur rerum æqualitas, sic ut ex rebus ipsis alter alteri non videatur anteponendus: tunc enim subinde in subsidium tollendæ dubitationis ergo, ex personæ conditione alium alio potiorem esse, jus nostrum constituit. Quid enim, si pretium æquale pro re venali offerat directus rei emphyteuticariæ Dominus & extraneus; in auctione publica cognatus & creditor; aut creditor & extraneus; vel socius & extraneus, pendente inter socios judicio communi dividundo? quid si in quæstione de parte debiti heredi remittenda, quo invitetur ad adeundum, dissensus sit pari cumulo debita, pari numero dissidentium creditorum? hoc quidem in casu standum esse voluntati eorum, qui alios dignitate antecellunt; in illis vero socium, creditorem, cognatum, dominum directum, extraneis præponi oportere, remque ei addici, Romanis placuit, *leg. juris gentium* 7. §. *ult. leg.* 8. *ff. de pactis l. ult. C. de emphyteusi. l.* 1. *C. communi divid. l. cum bona* 16. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. & vendendis.* Distributiva dicitur, quæ versatur circa præmia & pœnas, pro meriti cujusque distribuendas: unde & *Nemesin* veteres justitiæ filiam finxerunt, ita dictam ἀπὸ τῆς ἑκάστῳ διανεμήσεως, facinorum impiorum ultricem, bonorum præmiatricem. In hac, licet non semper, at sæpe tamen, personarum respectum haberi, atque adeo servari proportionem, quam vocant geometricam, tum civiles, tum municipales leges, de delictis coercendis agentes, passim loquuntur, ut suis dicetur locis, quatenus propter unum demque crimen, a duobus commissum, gravior alteri, alteri levior pœna irrogatur: vel ob eadem benemerita majus alteri, alteri minus tribuitur præmium; sed quæ pœnæ, quæque præmia, in se spectata, disparia sunt; ea tamen, quia sunt applicata personis, ætate, natalibus, dignitate, vel sexu diversis paria erunt, in quantum pœna per se levior non minus gravat honestiorem, quam humiliorem ea, quæ, in se spectata, gravior apparet. Mulctas tamen ac pœnas pecuniarias civiles certa quantitate adversus quosvis cujuscumque sexus, dignitatis, conditionis, promiscue constitui per leges, uti infrequens non fuit Romanis, veluti in furto,

rapina, damno injuria dato aliisque multis; ita nec a moribus hodiernis alienum esse, vulgo notum est. Anton. Matthæus *de criminib. lib.* 48. *tit.* 18. *cap.* 4. *numer.* 7.

10. Ab hac prima justitiæ divisione non longe recedit ea, qua, auctore Grotio, in expletricem & attributricem distributa est, *de jure belli et pacis. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 8. vide tamen commentaria viri Nobiliss. Guilielmi Wander-Meulen *ad Grotium d. n.* 8. Ad *expletricem* reducenda omnia, ad quæ præstanda atque implenda quisque non modo ex æquitatis ratione obligatus est, sed & invitus competentibus juris remediis compelli potest. Adeoque eo pertinent non tantum omnia nobis debita ex jure dominii, (late sumto *dominii* ac *debiti* vocabulo) & obligatione ex pactionibus, & veris ac quasi contractibus descendente; sed & quæ quisque pœnæ nomine ex delicto perpetrato vel aliis privatis vel publico debet: cum ad restituendum, dandum, præstandum, faciendum, pœnamque luendam, volens nolens quivis adigatur. Contra vero attributrix circa omnia illa occupata est, ad quæ, licet quis ex æquitate & ratione naturali obligatus videatur, atque etiam implens laude dignus inter bonos futurus sit; tamen si præstare atque implere, seposito pudore spretoque æquitatis vinculo, recuset, publica nequit auctoritate constringi. Qua ratione, licet jus & fas sit, pauperi per divitem eleemosynas porrigi; bene merenti præmium; donatori antidora a donatario præstari; inopi consilii salutare suppeditari a prudentiore, proximioribus, aliisque, qui obsequio ac bonis artibus spem successionis sibi paraverant, hereditatem relinqui, dari legata; tamen si quis istius generis officia neglexerit, lex nulla invitum ad remunerationes, eleemosynas, hereditates, legata tribuenda coget. Atque hoc est, quod vult Seneca libr. 2. de ira, cap. 27. dum ait: *Quam angusta innocentia est, ad legem bonum esse: quanto latius patet officiorum, quam juris regula: quam multa pietas, humanitas, liberalitas, justitia, fides exigunt, quæ omnia extra tabulas publicas sunt.* Et Paulus JCtus, *non omne, quod licet, honestum esse* contendens, *l. non omne* 144. *ff. de regul. juris.* Dum plura leges licita pronunciant, quorum tamen contrarium suadent omnino, longeque præferunt. Vino doliari vendito ea conditione, ut ante proximam tollatur vindemiam, si emtor non tollat, venditori lex effundendi facit potestatem: qui tamen, si non effuderit, sed vel vendiderit emtoris periculo, vel alio modo in id operam dederit, ut, conservato in usus emtoris vino, mora ei quam minime damnosa sit, laudandum potius eum eodem quasi spiritu Ulpianus pronunciat, *l.* 1. *§.* 3. *& 4. ff. de peric. & comm. rei vend.* Concubinatum *licitam* Imperator *consuetudinem* dixit, *l. si qua illustri* 5. *C. ad senatusc. Orfitian.* eumque per leges nomen assumsisse, ac ideo extra legis pœnam esse Marcianus auctor est, *l. in concubinatu* 3. *§. ult. ff. de concubinis.* Honesti tamen matrimonii vinculum, contrahentium consensu & amicorum fide firmatum, passim anteponi, laudari, variisque ad id invitari privilegiis cives Romanos, in confesso est.

11. Ne vero in sola ac nuda justitiæ contemplatione, ad vitam civilem ordinandam atque tuendam non sufficiente, Jurisconsultos hærere ac consenescere quis putet; amplius ab iis exigitur, ut juris faciant applicationem, singulis illud negotiis rebusque, prout inciderint, accommodando, dum judicis aut advocati partes implent, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Quod *Jus* eo sensu nihil aliud est, *quam norma & regula agendorum*; seu *regula actuum moralium, obligans ad id, quod rectum est*; ut inquit Grotius *de jure belli ac pacis lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 9. Ciceroni lib. 1. de legibus *ratio summa insita in natura, quæ jubet ea, quæ facienda sunt, prohibetque contraria.* Vel *præses bonis & malis, præceptrix quidem faciendorum, prohibitrix autem non faciendorum:* ut ex Chrysippo Marcianus, *l.* 2. *ff. de legibus.* Sive ad statum reipublicæ primario spectet, sive primario ad singulorum pertineat utilitatem; quorum illud *publici*, hoc *privati* juris venit appellatione, utrumque collectum ex præceptis naturalibus gentium, & civilibus, generatim ad id tendentibus, ut *honeste quisque vivat, alterum non lædat, & suum cuique tribuat.* Quæ vulgo tria juris præcepta dicuntur, ambitu suo, quicquid legibus uspiam jure cautum est, comprehendentia.

12. Jus naturale, Justiniano & Ulpiano definiente, est, *quod natura omnia animalia docuit, pr. Inst. de jure natur. gent. & civil. l.* 1. *§.* 3. *ff. h. t.* Quamvis enim bruta proprie neque juris, neque injuriæ capacia sint, fatente id eodem Justiniano *pr. Instit. si quadrupes paup. fecisse dic.* umbram tamen quandam imaginem juris ac analogiam in iis licet deprehendere, in quantum, quod homines ex rectæ rationis agunt dictamine, id si bruta quoque naturali faciant instinctu, utut sine sensu rationis, jure fecisse dicuntur. Eo fere modo, quo non tamen Poetæ, stilo liberiore evagantes, apibus mores, studia, populos, reges tribuerunt, sed & philosophi ac oratores formicis iram, & affectus alios, quin et mentem, rationem, memoriam. Cicero lib. 3. de natura Deorum: *Num existimas*, inquit, *formicam anteponendam esse huic pulcherrimæ urbi, quod in urbe sensus sit nullus; in formica non modo sensus, sed & mens, ratio, memoria?* Licet idem lib. 1. de officiis rationem & justitiam, proprie scilicet dictam, in brutis neget. Egregie Seneca de ira lib. 1. cap. 3. *Muta animalia humanis affectibus carent, habent autem similes illis quosdam impulsus; alioquin, si amor in illis esset, & odium esset; si amicitia, & simultas; si dissensio, & concordia; quorum aliqua in illis quoque extant vestigia: ceterum humanorum pectorum bona malaque sunt. Nulli, nisi homini, concessa prudentia est, diligentia, cogitatio: nec tantum virtutibus humanis animalia, sed etiam vitiis prohibita sunt.*

13. Nec tamen ideo hinc recte deduxeris: illud ergo omne justum esse, aut juris naturalis, quod agit homo ratione præditus, si idem instinctu bruta faciant: nisi & incestum, & adulterium, & vagam libidinem, & vim sine causa illatam, & alia similia, specioso juris naturalis colore tingenda putes; quippe quæ omnia a brutis fieri palam est.

—— Coeunt animalia nullo
Cætera delectu; nec habetur turpe juvencæ
Ferre patrem tergo.

Quin potius, uti non omnium, quæ juris sunt naturalis proprie dicti, simulacra in brutis apparent: ita quoque ea demum, quæ cum brutis homines habent in agendo communia, juris naturalis nomen merebuntur, si in hominibus a rectæ rationis dictamine protecta sint: cum nihil aliud sit jus naturale hominum, quam quod recta ratio illis, qui vere intelligunt, dictat, idque vel sine prævio mentis discursu, vel per necessarias & evidentes consequentias, quibus ultro ac sine prolixa argumentatione, sine impedita conclusionum difficultate, tanquam justis assentiantur. Sic ut hujus juris naturalis subjectum sit tantum homo intelligens & ratione utens, ac instinctum quidem corporis intuitu cum brutis, at rationem rectam, animo inhærentem, quasi cum Deo communem habens, Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 1.

14. An autem vere ullum detur jus naturæ, ut quidam temere negandum arbitrantur, quasi neque ullus juris istius legislator esset, neque sanctio transgressionem coercens; non prolixius excutiam. Sufficit, Deum, auctorem naturæ, juris quoque naturalis conditorem esse: sanctionem autem ad observanda juris illius præcepta, consistere in commodis, quæ eorum observatione cuique privato accedunt, ac vice versa in ærumnis atque miseriis, quibus obnoxii efficiuntur illi, qui juris hujus regulis contraria sectantur ac probant. Vide Cumberland *de legibus naturæ in prolegomenis* §. 14. *& seqq.*

15. Quæ vero prima juris hujus naturalis basis sit: quodnam fundamentum, ac primum principium, ex quo a priori (ut loquuntur) demonstrari possit, & velut ex sanctissimo justitiæ ipsius penetrali educi, quænam juri naturali adscribi oporteat, de eo variatum non minus fuit, quam olim circa quæstionem de summo bono in plurimas philosophi discrepantes abierunt opiniones. Sunt enim, quibus visum fuit ejus fundamentum ponere in convenientia & disconvenientia cum natura rationali ac sociali, non per lapsum depravata. Grotius *de jure belli ac pac. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. Sed quid obsecro, est principium petere, si non hoc? Cum id ipsum in quæstione sit, an hoc aut illud sit conveniens incorruptæ naturæ seu rectæ rationi: ut proinde ex alio id fuerit fundamento deducendum. Alii in hominis socialitate primum juris totius naturalis quærunt principium. Puffendorff *de jure naturæ, et gentium in præfat.* Sed, ut opinor, minus recte: cum jus naturale ambitu suo non modo complectatur officia erga homines alios, in eadem viventes societate; sed & erga Deum, ac semetipsum, etiam ab omni societatis humanæ relatione semotum. Cui accedit, quod jus naturale omni societate humana antiquius est; unde societas eo jure posterior concipi non potest juris illius tempore anterioris fundamentum. Inficias quidem haud eundum, religionem erga Deum, & erga semetipsum officia præparare hominem, ac magis aptum reddere ad societatem, imo firmissima societatis humanæ vincula esse: sed tamen & illud manet, socialitatem esse non posse principium illius juris, ex quo hujus ipsius socialitatis principia petenda sunt. Fatendum, hominem esse animal natura sociabile; fatendum, socialitatem magna ex parte fundamentum esse juris illius naturalis, quod inter homines jam multiplicatos servandum fuit; sed non inde sequitur, socialitatem universi juris naturalis, seu omnium eorum, quæ ad jus naturale reduci debent, esse principium. Quæ cum ita sint, penitius cuncta scrutanti non aliud evidentius occurrit juris naturalis universi fundamentum ac scaturigo, ex qua, uti ex fonte rivuli, ex radice rami, derivanda erit omnis justitiæ ratio, quam jus Dei creatoris potentis quidem, sed & pariter benigni ac summe benefici in suas creaturas. Produxit nempe Deus ter Optimus Maximus ipsum hominem, & omnia reliqua in usum ejus. Quod ratione recta ac judicio suo homo percipiens, & benevolentiam, sapientiam, potentiamque creatoris agnoscens maximam, non potest non sibi conscius ac convictus esse natæ ex ipso creationis beneficio obligationis illius arctissimæ, qua ad religionem ac cultum divinum, quin & amorem, humillimamque simul subjectionem creatori benignissimo exhibendam devinctus est: usque adeo, ut si, spreto hocce bonæ mentis dictamine, in alia omnia contraria ire festinaret, eum saltem tanquam potentem ac punire valentem, pari mentis suæ conscientia reformidare deberet, quem ut auctorem suum beneficum colere noluit ac venerari. Eo modo, quo (si summis ima componere liceat) acceptæ libertatis, rei inæstimabilis, immemor libertus, si honoris, amoris & obsequii vice, contumelias & injurias patrono rependeret, iram ejusdem justamque indignationem extimescere deberet, ac meritam beneficii collati retractationem. Quo etiam tendit illud Lactantii, primum Justitiæ fundamentum esse, Deum cognoscere ut parentem, eum metuere ut dominum, diligere ut patrem, vitata omni superstitione. Cumque sui existentiam quisque post Deum suis immediate debeat genitoribus, non potest non ex generationis ac novitatis beneficio devinctus esse ad omnia pietatis & obsequiorum genera iisdem pro virili exhibenda. Unde et a Pomponio cum religione erga Deum conjuncta fuit obligatio, ut parentibus & patriæ, velut almæ matri pareamus, *l.* 2. *ff. h. t.* Nec aliud Ciceroni placuit, cum lib. 1, de officiis in fine scriberet: *In ipsa communitate esse gradus officiorum, ex quibus, quid cuique præstet, intelligi potest, ut prima Diis immortalibus, secunda patriæ, tertia parentibus, deinceps gradatim reliqua reliquis debeantur.* Obligationi huic primæ erga sui auctores proxima est, ut si productus a creatore homo, ejusque ductus veneratione, propriæ studeat conservationi, caveatque, ne contra auctoris sui scopum in sui ipsius interitum ac destructionem allaboret aut cooperetur; ac proinde utatur quidem illis, quæ ad vitæ sustentationem sibi a creatore suppeditata videt, nequaquam vero iisdem abutatur in sui perniciem aut læsionem. Qua ratione etiam eloquentiæ Romanæ parenti visum fuit, unumquodque animal, simul atque natum est, ipsum sibi conciliari ac commendari ad se conservandum, atque ad suum statum, & ad ea, quæ sunt conservatoria ejus status: alienari autem ab interitu, iisque rebus, quæ interitum videntur afferre. Et quia res ipsa loquitur, vix esse, ut quisquam sine hominum aliorum adjumento vitam suam feliciter transigat ac sese tueatur, dum nemo

simul omnia tum opificia, tum artificia, ad sui conservationem expedientia, callere potest aut præstare; consequens fuit, ut natura duce pronus esset & inclinatus in pleniorem societatem cum aliis excolendam, vitæque communitatem. Quo vero magis socialitatis istius gauderet emolumentis, necesse fuit, ut, sicuti primo loco propriæ, ita & secundo totius humani generis studeret conservationi, tum sobolem procreando educandoque, atque ita supplendo mortalitatis suæ defectum; cum, teste Cicerone lib. 4. de finibus, *omnis natura velit esse conservatrix sui, ut & salva sit, in genere conservetur suo:* tum etiam conferendo ac præstando illud omne, quod videri potest aptum esse ad promovendam ulterius confirmandamque inductam illam inter homines vitæ communitatem. Et quia sua cuique ratio ac sensus communis dictabat abunde, eam in universum destructum iri, si quisque nil præter propriam præsentemque spectaret utilitatem; aut (quod pejus) jus sibi aliquod commentitium in omnes & omnia secundum potentiæ suæ vires arrogaret; non aliud supererat, quam ut ex opposito mutua cum aliis reciprocando humanitatis officia, tribuendo aliis, quæ ipsis commoda, recipiendo vicissim ab illis, quæ sibi putaret expedire in vitæ tuitionem, magis magisque constringeret commune consortii vinculum ac sodalitatis. Quo Seneca respiciens lib. 1. de ira cap. 5. *Homo*, inquit, *in adjutorium mutuum generatus est: beneficiis enim humana vita consistit & concordia; nec terrore, sed mutuo amore in fœdus auxiliumque commune constringitur.* Iterumque lib. 2. de ira cap. 31. *Ut omnia inter se membra consentiunt, quia singula servari totius interest; ita homines singuli parcent, quia ad cœtum geniti sumus; salva enim esse societas nisi amore & custodia partium non potest.* Atque hinc deprompta generalia illa juris naturalis præcepta, ne quis alteri faciat, quod ipse sibi fieri nolit; ex adverso præstet aliis, quod sibi ab illis præstari exoptet; quod quisque juris in alterum statuerit, eodem etiam jure utatur. Hinc quoque est, quod quisque, dum sibimet ipsi proximus est, non tantum adversus aliorum a recti tramite recedentium imminentes injurias sibi cautelis variis innoxiis jure prospiciat, ac parietes, mœnia, fossas furibus, prædonibus, hostibus opponendo, suæ consulat securitati; sed & adversus aliorum violentiam sese defendat, vim vi repellat, arma armis, etiam cum aggressorum nece, aliter vitam aut pudicitiam tueri, ipsis incolumibus, haud possit, atque ita inculpatæ tutelæ servet moderamen, *l.* 1. *C. unde vi l.* 1. *§. vim vi* 27. *l. quod est* 3. *§. eum igitur* 9. *ff. de vi & vi armata, l.* 1. *§. item* 4. *ff. ad leg. Corn. de Sicariis, l. sciemiam* 45. *§. qui aliter,* 4. *ff. ad leg. Aquil. l.* 3. *ff. h. t.* Cicero *passim in oratione pro Milone.*

16. Jus autem hoc naturale, tanquam divina providentia constitutum, firmum semper atque immutabile permanet, *§. pen. Instit. de jure nat. gent. & civil. Est quidem,* inquit Lactantius divin. Instit. cap. 8. *vera lex, recta ratio naturæ congruens, diffusa in omnes, constans ac sempiterna, quæ vocet ad officium jubendo, vetando a fraude deterreat, neque vero per senatum aut per populum solvi hac lege possumus.* Cum enim recta ratio, quæ naturale jus vel includit vel ingreditur, originem suam immediate Deo debeat, & ad ipsam divinam justitiam sese referat, velut imago divinæ legis, & quædam ejus expressio; necesse est, ut ipsum quoque hoc jus immutabile sit: ne alioquin admissa mutabilitate, in Deo quoque variationem, & consilii prioris veram pœnitentiam, atque ita vel erroris prioris confessionem, vel recte constitutorum mutationem in pejus admittamus. Quod quantum cum Dei sanctitate ac perfectione pugnet, nemo non videt. Grotius *de jure bell. & pac. lib.* 1. *cap.* 1. *num.* 10. *in med.* Hornius *de civitate lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 5. N. Noodt *probabilium lib.* 2. *cap.* 11.

17. Interim non eundum inficias, quin hoc jus in thesi immutabile, mutabile tamen sit in hypothesi, ut loquuntur. Quo non aliud denotatur, quam generalia juris naturalis præcepta, ex rectæ rationis dictamine profluentia, exceptiones quasdam pati; quæ tamen & ipsæ non minus naturali ratione subnixæ sunt, atque adeo præceptis ipsis universalibus non vere contrariantur, aut ea subvertunt, sed magis firmant, secundum illud vulgatum: Exceptiones corroborare regulam in casibus non exceptis. Qua ratione licet jus naturæ in universum vetet homicidia; latronis tamen vim inferentis cædem permittit, ac sceleratorum jubet supplicia per judices imponenda. Quin & cum multa jus naturale suaserit quidem, at non præceperit, nec vetuerit iis contraria: consequens fuit, justis causis urgentibus a tali suasione jure recedi. Quo modo & libertates, & rerum communiones, & alia plura his similia, primos inter mortales ex naturali suasione viguisse constat; a quibus tamen multiplicato deinceps humano genere, bellisque ferventibus, per introductam dominiorum distinctionem, ac subsecutam ex captivitate servitutem non sine justa ratione recessum fuit. Immutabile scilicet est jus naturale, quod honesta præcipit, turpia vetat; quod vero licita, sive intermedia permittit, a jure civili temperamentum & moderationem mutationemque pro parte pati potest.

18. Jus gentium est, quod apud omnes, vel saltem moratiores gentes obtinet, & peræque custoditur, ac recte in *primævum* & *secundarium* dividitur. *Primævum* quidem nihil aliud est, quam jus naturale hominum a gentibus receptum. Ubi enim rationis naturalis dictata apud gentes plerasque servari contingit, ea juris gentium nomen ab usu gentium assumere, haud absurdum est: quæ tamen ipsa, si populi plerique moratiores aspernarentur, in nudis juris naturalis subsisterent terminis ac denominatione, §. 1. *Inst. de jure nat. gent. & civil. l. omnes populi* 9. *ff. h. t.* Unde & juris hujus exempla ex iis, quæ jus naturæ jubet, a Jurisconsultis videmus allata, qualia sunt erga Deum religio, ut parentibus, ut patriæ pareamus, *l.* 1. *in fine, l.* 2. *ff. h. t.* *Secundarium* dicitur, quod non tam ex rationis luce exortum, quam potius ratiocinatione legitima collectum est, & accommodatum non tam incorruptæ naturæ bonitati, quam depravatæ necessitatibus; adeoque, quod usu, & humanis necessitatibus exigentibus gentes sibi constituerunt, §. 2. *Instit. de jure gent. nat. & civili.* Quod non ita accipiendum, quasi jus aliquod gentium esset, gentes omnes, qua tales, obligans, omnes populos in publicis in-

ter gentes commerciis devinciens, sic ut peccaturi essent ac puniendi, quoties a tali recederent jure; uti jus naturale cunctos homines obstringit, cives omnes jus civile. Tale enim quid inter gentes actum, tale populorum omnium, qua talium, commune vinculum haud deprehendo. Quin potius quæcumque juri gentium secundario in publicis privatisque negotiis adscribuntur, non alio sensu a gentibus constituta dici possunt, quam quia id, quod, humano generi multiplicato, per ratiocinium videbatur utile, & ad promovenda inter homines commercia expeditum. Paulatim nunc hujus, nunc alius populi usu, & ita tandem gentium plerarumque comprobatum fuit: nulla de cetero universali obligatione gentes adstringente. Qua propter & ocius alibi, alibi serius ea, quæ juris gentium esse dicuntur, recepta constat: & rejecta vicissim sine justitiæ violatione, quæ quondam gentibus ut æqua placuerant. Ita, verbi gratia, cum non omnia singulis suppeterent, nec omnis ferret omnia tellus, necessitas pariter atque utilitas commercia suasit mediantibus contractibus plenius excolenda: inter quos antiquissima quidem, & ad simplicitatem proxime accedens apparet permutatio. Sed cum non semper ea nobis essent superflua, quibus alius vicissim indigebat, emtio successit, adinvento nummo seu numerata pecunia, res quasvis alias æstimante, *l.* 1. *ff. de contrah. emtione.* In gratiam deinde eorum, quibus pretium emtioni rerum sufficiens deerat, introducta locatio, ut modica pecunia rerum sibi utilium temporarium pararent usum. Quod si nec tantum suppeteret, unde merces constitueretur; vel ad aliorum liberalitatem gratuito impetrato rerum usu, recurrendum fuit; unde commodatum atque precarium originem traxerunt: vel comparandi aliunde fuere nummi, in rerum necessariarum emtionem conductionemve deinceps impendendi: unde mutuum natum est. Ac ne creditor interim de sorte periclitaretur, res alias securitatis causa usque ad mutui restitutionem ei vicissim tradi, æquum visum; quod pignoris conventione interveniente factum. Sed &, cum non omnes ad sua gerenda vel asservanda apti aut proclives essent, ætate, absentia, peregrinatione, sexus verecundia, imperitia, desidia intervenientibus, alteri ea mandato vel deposito committi placuit. Quod si soli negotiis expediendis pares non viderentur, assumtis adjutoribus, societatem iniri, & partitis operis rem geri, receptum fuit. His igitur aliisque similibus conventionum speciebus cum subveniretur quam maxime indigentiæ rerum plurium, qua plures laborabant; non mirum fuit, gentem unamquamque, quo cultior esse desiderabat, eo quoque magis suum in usum eas introduxisse, vel admisisse populis ab aliis jam ante inventas, atque insuper peculiaribus non raro legibus circumscripsisse. Neque tamen ulli genti ratione intrinseca, ab honestate vel turpitudine desumta, imposita fuit obligatio contractus tales aliis cum gentibus exercendi; nec peccare censendi, aut justitiæ præceptis refragari, qui commercia populis exteris interdicunt in solo suo; atque inter ipsos cives suos quasdam improbant vetantque contractuum species, quoties illas civibus suis haud expedire persuasi sunt: non magis, quam nostris & multorum aliorum moribus in justitiam incurritur, dum servitutum ac manumissionum jura inveniuntur abolita, ut minus conducentia, utcunque passim olim inter gentes laudata. Nec aliud ferendum de iis judicium, quæ ad publicos gentium actus pertinent; qualia sunt legationum jura, solemnes bellorum denunciationes; aliaque his affinia plura; cum & hæc non ita, uti jus naturale, ex certis possint deduci principiis, sed ex usu & voluntate gentium præcipue modum formamque acceperint. Etenim, quod missi ad socios & amicos populos legati, ab iisque pro talibus agniti, sancti habentur, id non ex quodam secundario jure gentium, sed magis ex fide data, atque adeo ex ipsis juris naturalis principiis, datam fidem cuique etiam privato servandam, præcipientibus, descendit. Sed & quod ab hoste ad hostem ablegati ab injuriis ipsorum hostium tuti ac immunes sunt, id non aliunde derivandum puto, quam quod gentes moratiores, pacem bello multisque triumphis potiorem judicantes, si honestis possit iniri legibus, ejus obtinendæ plerumque non aliam magis aptam viam invenerint, quam si admissis ex hostium numero nonnullis, tanquam legatis, de reducenda concordia novisque fœderibus pangendis tractarent. Cum autem, tale munus legationis apud hostes, belli jure quidvis valentes, non facile quemquam suscepturum, persuasi essent, si non securitatem & tuitionem is sibi in adeundo ac recedendo sperare posset ac polliceri; expedire sibi censuerunt, hostium quoque legatis inviolabilem apud se concedere incolumitatem, & ita caduceatoribus in bello pacem facere: quibus consequens est, ut & ipsos inter hostes sanctitas legatis non aliunde, quam ex fide data ac promissa securitate, adeoque rursus ex jure naturali petenda ac defendenda sit. Unde & novum non est, nec rationi jurive adversum, ut, qui necdum sibi pacem conducere opinabantur, insidiosæ infidæque paci bellum præferentes, vel eos jam missos repellerent, vel denunciarent; ne ad se legati mitterentur, alioquin eos hostium loco fore, ut pluribus confirmat Grotius *de jure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 5. *&* 5. Et cum non eam a legatis utilitatem speremus, nec proinde fidem iis dederimus, quoties eos non ad nos, sed ad hostis nostri amicos ac confœderatos ab hoste nostro missos deprehendimus, nullo quoque jure tales securitatem a nobis expectaverint aut incolumitatem; sed belli jura captivitatemque æque subire cogendi erunt, ac quilibet alii, nullo legationis titulo insignes, Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 5. *in med.*

19. Quod si contra rectæ rationis dictamen gentes usu quædam introduxerint, non ea jus gentium recte dixeris, sed pessimam potius morum humani generis corruptelam. Atque hinc est, quod Jurisconsulti nostri, in ipso jure gentium concurrentem cum usu rationem considerantes, ea quoque, velut a recta ratione profecta, juri naturali duxerunt adscribenda, quæ proprie juris gentium secundarii erant; in quantum, usu præsupposito, humanisque necessitatibus, hæc ab æquitate & ratione ratiocinata (ut aiunt) videbantur dictari: quales, verbi gratia, furtorum prohibitiones, dominiorum distinctiones, aliaque plura, *§.* 1. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*, *l.* 1. *ff. de acquir. rer. domin. §. singulorum* 11., *& §.* 12. *Instit. de rer. divis.*

20. Jus civile est, quod quisque populus sibi proprium constituit; quatenus ex iis, quæ jure naturali dictata erant, vel invaluerant jure gentium, sibi utilia desumit ac probat; hisque alia, ex usu suo proprio, suo addit arbitrio. Quo sensu Cajus *in l. omnes populi* 9. *ff. h. t.* omnes populos, qui legibus & moribus reguntur, partim jure proprio, partim communi omnium hominum jure uti, auctor est. Atque inde jus civile non male distribueris, quod vel *origine* sit tale, vel sola *comprobatione*. Jus civile comprobatione est, quod vel a ratione naturali constitutum, vel ex ratiocinio justo alias apud gentes introductum, velut æquum & bonum in civitate receptum est. Sic enim & homicidia, & adulteria, & furta, & alia scelera quam plurima damnat quidem jus naturæ ac gentium, sed & prohibet jus civile, atque ita dispositionem juris naturæ vel gentium sua confirmat auctoritate. Origine jus civile dico, quod sine certo ac peculiari juris naturalis fundamento in civitate constituitur, etsi non careat generali aliqua æquitatis ratione. Quo pertinent testamentorum, & aliorum actuum plurimæ solemnitates, Falcidiæ detractio, Macedoniani ac Velleiani Senatusconsulti dispositio, aliæque plures Romanorum tum antiquatæ, tum usu etiamnum servatæ leges. Quædam scilicet sunt, quæ homines nolle aut velle debent, quia in se continent honestatem aut turpitudinem quandam moralem: quædam, quæ ea sola ratione justa sunt, quia ea justa esse volunt qui jubendi potestatem habent; sic ut eorum arbitratu illa vel agenda sint vel omittenda, & pro ratione præcipue stet jussio atque voluntas imperantis. Apposite admodum, quæ de patre Gellius *noct.* Att. *lib.* 2. *cap.* 7. ad legislatorem hic transtulerimus, *omnia*, inquit, *quæ in rebus humanis fiunt, sicut docti censuerunt, aut honesta sunt, ut fidem colere, ut patriam defendere, ut amicos diligere, ea fieri oportet, sive imperet pater, sive non imperet: sed quæ his contraria, quæque turpia & omnino iniqua sunt, ea nemo imperet quidem. Quæ vero in medio sunt, & a Græcis tum ἀδιάφορα tum μέσα appellantur, ut in militiam ire, rus colere, honores capessere, causas defendere, uxorem ducere, uti jussum proficisci, uti accersitum venire, quoniam & hæc & his similia per se ipsa neque honesta sunt neque turpia, sed proinde ut a nobis aguntur, ita ipsis actionibus aut probanda fiunt, aut reprehendenda; propterea in ejusmodi omnium rerum generibus patri parendum esse censent, veluti si uxorem ducere imperet, aut causas pro reis dicere: quod enim utrumque in genere ipso per se neque honestum neque turpe; idcirco si pater jubeat, obsequendum est.* Quæcunque indifferentia sunt, si in hanc aut illam partem a legislatore definita inveniamus, sic ut post legem in republica latam jubendo justa facta sint, aut vetando injusta, ea juri civili, quod origine tale est, non hæsitanter adscribemus.

TITULUS II.

De Origine juris, & omnium Magistratuum, & successione prudentum.

SUMMARIA.

1. *De primis juris Romani initiis usque ad legem 12. tab. deque ejus compositione.*
2. *De incrementis variis juris post duodecim tabulas usque ad tempora Justiniani.*
3. *De jure Justinianeo, libris βασιλικῶν, aliisque Græcis juris auctoribus.*
4. *De compositione juris Canonici.*
5. *De Compositione juris Feudalis.*
6. *Quæ sit auctoritas Novellarum Leonis, & aliorum Impp.*
7. *De magistratibus Romanis, remissive.*
8. *De successione prudentum, & sectis jurisconsultorum.*
9. *Notatur, distinctos olim fuisse Jurisconsultos & causarum oratores, nec omnes Jurisconsultos æque in omnibus juris partibus fuisse peritos.*

1. TRia potissimum *h. tit.* tractari, docet tituli inscriptio, quorum primum est initium & incrementa juris, alterum origo magistratuum, & tertium successio prudentum: quæ non tam singulatim exponere, quam, notatis summis capitibus, ad antiquitatum & historiæ juris Scriptores lectorem remittere constitui. Jura quod attinet, principio Regum arbitria, uti apud alias plerasque gentes ac nationes pro legibus erant, teste Justino *lib.* 1. *in pr.* confirmante id pluribus Demstero *in notis ad Rosin. lib.* 9. *in pr.* ita & penes Romanos id obtinuisse Pomponius in *l.* 2. *§.* 1. *h. t.* Tacitus *lib.* 3. *Annal. cap.* 26. Dionysius Halicarnassæus *lib.* 10. *cap.* 1. aliique tradunt. Sed cum id minus e resurgentis novi regni videretur, nonnullæ ab ipsis Regibus Romanis leges conditæ, quæ a Papirio collectæ, *leges Regiæ*, ab auctoribus, a collectore *jus Papirianum* appellatæ, *l.* 2. *§.* 2. & 36. *ff. h. t.* cujus vestigia tum in pandectis *l.* 2. *ff. de mortuo inferendo*, tum apud rei Romanæ scriptores occurrentia, collegerunt varie Ant. Augustinus, Contius, Manutius, plures alii, ac ex his Rosinus *antiquit. Roman. lib.* 8. *cap.* 5. Ejectis Regibus, cum rursus incerto jure populus aliquandiu usus fuisset, per Decemviros a Græciæ civitatibus variæ leges petitæ sunt, & in decem tabulas redactæ; cumque his deinceps aliæ duæ essent superadditæ, ex accidenti *duodecim tabularum leges* dictæ sunt; in quas tamen etiam ex legibus Regiis plura capita esse per Decemviros translata Cujacius monet *lib.* 3. *obs.* 40. Has vero leges 12. tabularum, ut Tacitus *Annal.* 3. *cap.* 27. haud veritus est dicere *finem æqui juris*; quatenus recentiora populi Romani scita non eadem sinceritate ordinumque consensu fuerunt condita; ita & Cicero omnibus philosophorum bibliothecis prætulit lib. 1. de oratore cap. 44. *fremant*, inquit, *omnes licet, dicam quod sentio. Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur duodecim tabularum libellus, si quis legum fontes & capita viderit, & auctoritatis pondere & utilitatis ubertate superare.* Congestas eas va-

ria atque digestas pro suo quisque arbitrio, aut commentariis illustratas dederunt Ludovicus Charundas, Revardus, Lipsius, Anton. Augustinus, Ant. Clarus Sylvius, Balduinus, Contius, Jac. Gothofredus, & alii plures.

2. His accesserunt legis actiones, certæ scilicet ac solemnes formulæ per Jurisconsultos accommodatæ iis, quæ breviter erant duodecim tabulis comprehensa: & *juris Flaviani* ac *Æliani* nomine donatæ; a Gnæo Flavio, Appii Claudii scriba, qui easdem Appio surreptas populo donaverat, & a Sexto Ælio, qui prioribus alias adjecerat, *l. 2. §. 5. 6. 7. h. t.* adde Brissonium *antiquit. Rom. lib. 4. cap. 20.* Ingens præterea incrementum juris accessit novis in dies latis legibus, Plebiscitis, Senatusconsultis, ac magistratuum Edictis, tum temporariis, tum postea perpetuis; maxime vero post redactam in statum monarchicum rempublicam, Principum constitutionibus, collectis partim auctoritate privata a Gregorio & Hermogene, partim publica jussu Theodosii junioris: unde Codicis Gregoriani, Hermogeniani, Theodosiani, & Justinianei descendit denominatio. De hisce Jac. Gothofredus in *manual. juris cap. 2. 3.*

3. Justinianum vero nostrum Institutionibus, Pandectis, Codice repetitæ prælectionis, & Novellis Jurisprudentiam Romanam absolvisse vel dupondiis notum: uti & illud, quod Pandectis per Codicem, Codici per Novellas, Novellisque anterioribus per posteriores, quin & ipsis legibus Codicis anteriorum Principum per leges posteriorum Imperatorum, eidem Codici insertas, sit derogatum. Wissembach *in Comment. ad Cod. in pr.* de *compositione Codicis num.* 5. 6. 7. 8. Paulus Voet *ad §. 6. proœmii Instit. num. 2.* Bookelmanus *ad Pandect. in prolegomenis num. 4.* Erepto deinde ab hominibus Justiniano, & vastata per barbaras gentes Italia, uti Lingua Latina, sic & Romanæ leges neglectæ jacuerunt, licet quodammodo postmodum revocatæ, compositis & editis Græce libris *Βασιλικῶν* sub Imperatoribus Basilio Macedone, Leone, & Constantino Porphyrogeneta: quemadmodum & scriptus Photii Nomocanon, Michaelis Attaliatæ, & Harmenopuli Manuale, Theophili Institutiones, aliaque plura Græce, de quibus prolixius agit notitia reliquiarum juris veteris, & post Justinianeæ Jurisprudentiæ præmissa *Corp. Juris, edito Amstel. & Lugd. Bat. anno* 1664. *in folio.* Jacobus Gothofredus *in Manuali juris cap.* 6. Josephus Maria Suaresius *de notitia Basilicorum*, præmissis libris *Βασιλικῶν*, a Fabrotto editis. Seculo tamen duodecimo, tempore Lotharii rursus in lucem protractum, ac in usum revocatum jus ipsum Justinianeum, Bononiæ alibique per Irnerium, & alios famæ hilarioris interpretes tum illo, tum seculis sequentibus cœpit doceri, quorum plerumque vitas enarratas vide apud Forsterum, *Historia juris lib. 3. cap. 5. & seqq. usque ad finem.*

4. Sed & eodem fere tempore componi cœptum jus Canon' um. Ac primo quidem tempore Eugenii Papæ Gratianus eam collegit partem, quæ *Decretum* appellatur. Jussu deinde Gregorii IX. epistolas Pontificum *Decretales* compilavit, & in quinque libros digessit Raymundus. Bonifacius VIII. *sextum* addidit, sed in quinque libros subdivisum. His *Clementinæ* adjectæ a Clemente V., & Johanne XXII. ac tandem accesserunt *Extravagantes*. Septimum quidem Decretalium librum, a Petro Matthæo Lugdunensi Jurisconsulto congestum, ut & Pauli Lancellotti Institutiones Juris Canonici, posteriores exhibent corporis Canonici editiones, sed nulla publica auctoritate donatas.

5. Compositæ quoque ac collectæ consuetudines Feudales ab Oberto de Orto & Gerardo Nigro Capagisto Consulibus Mediolanensibus, aliisque incertis auctoribus, ut vult Cujacius, iisque ab eodem plura extraordinaria subjuncta ex Alvaretto & Ardizone capitula, ac quintus feudorum liber. De hisce & in universum de juris historia vide latius Besoldum *delibat. juris part. 2. in pr. in dissertat. de libris utriusque juris.*

6. Ceterum quod attinet Novellas Leonis, & Heraclii, Nicephori, Comneni, Frederici, Henrici VII., aliorumque plurium Imperatorum posteriorum constitutiones, corpori juris Justinianei additas, verius est, eas nec juris Romani propriæ dicti partem facere, nec paris esse cum eo jure auctoritatis. Similique modo, licet restitutæ a viris doctis in Codice leges ex libris *Βασιλικῶν*, & aliis Græcis Scriptoribus, illustrandi gratia allegari non sit incongruum; ad probandum tamen in foro atque scholis frustra adduxeris, tum quia nunquam a nostris probatæ ac receptæ Proceribus, tum quia, eas sæpe tantum Græcorum constitutionum epitomas esse, constat ipsis constitutionibus incuria & injuria temporum deperditis. Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 6. num. 13.* Brunnemannus *in cod. in prolegomenis ad tit. de novo Cod. faciendo in fine.*

7. Parte tituli altera de magistratibus Romanis tractatio comprehensa est. Quorum initia, officia ac potestatem exponere non mei instituti est; maxime cum ipsi Pandectarum compilatores contenti fuerint libri primi partem alteram istis destinare magistratibus, quorum frequentior in legibus & mentio & usus erat. Præter quos si cui volupe fuerit exspatiando liberius perquirere, quæ recensitorum a Pomponio in *l. 2. h. t.* quin & aliorum extra hos plurimorum ordinariorum & extraordinariorum, majorum ac minorum, urbanorum ac provincialium magistratuum partes fuerint, quæ munia, Rosinum adeat toto lib. 7. Antiquitatum Romanarum, postquam in capite secundo eorum exhibuisset summatim catalogum, prolixe de iis disserentem.

8. Quod successionem prudentum attinet, qui in libera floruerint republica, qui dein sub Imperatoribus, quo quisque eorum vixerit seculo, quibus imperantibus, quos libros scripserint, quibus conspicui honoribus, docet ex parte Pomponius *in l. 2. §. 35. & seqq. h. t.* Jacobus Gothofredus *in Manuali juris cap. 7.* & prolixe Valent. Forsterus *historiæ juris civilis lib. 2. cap. 2. & seqq. usque ad cap. 82.*, ac nupperrime Clariss. D. Eck, Antecessor juris Ultrajectinus dignissimus *in principiis juris civilis h. t.* uti & Nob. D. G. van den Meulen, *in commentario ad Pomponii historiam de origine juris part. 3.* Cumque non omnibus eadem staret in controversiarum decisione sententia, factum est, ut successu temporis Jurisconsultorum sectæ invaluerint, natæ quidem potissimum ab Atejo

Capitone & Antistio Labeone, sed a præcipuis utriusque sequacibus nomina adeptæ; cum enim Capitoni Sabinus, Sabino Cassius successisset, *Sabinianorum*, ac *Cassianorum* denominatio Jurisconsultis, horum sententias probantibus, tributa est; Labeoni vero post Nervam succedente Proculo, sectæ diversæ studiosis inde *Proculianorum* nomen natum. Quorum frequentes opinionum dissensiones quamvis magna ex parte Justinianus suis sustulerit insertis Codici repetitæ prælectionis decisionibus; plura tamen hujusmodi dissidiorum vestigia per Pandectas in veterum Jurisconsultorum responsis dispersa superesse, nequaquam dubium.

9. Ceterum distinctos olim fuisse a causarum oratoribus Jurisconsultos, vel Servii exemplo manifestum est, qui cum jam proximum a Marco Tullio locum in causis orandis obtineret, non ante juris civilis scientiam eloquentiæ fertur adjunxisse, quam acri Mucii reprehensione: *Turpe esse patricio, & nobili, & causas oranti, jus in quo versatur, ignorare*, velut contumelia ad id stimulatus, *l. 2. §. 43. ff. h. t.* Quemadmodum & olim non omnes omnium juris partium æque peritos fuisse, sed alios hanc, alios aliam Jurisprudentiæ materiam felicius excoluisse, vel inde constat, quod & ipsi Jurisconsulti clientes suos rogati ad alios remittere non erubuerint, quos in ea juris parte candide agnoscebant semetipsis peritiores. Quintum certe Scævolam Augurem, legum clarissimum & certissimum vatem, quotiescunque de jure prædiatorio consulebantur, ad Furium & Cassellium, tanquam quos scientiæ magis deditos, consultores suos rejicere solitum, Cicero *pro Baldo* & Valerius *lib. 8. cap. 12. num. 1.* auctor est: cum enim antiquitus de jure responderent, quotquot studiorum habebant fiduciam, non mirum, idem Jurisconsultis eo tempore accidisse, quod Medicis, ut, quemadmodum alii oculos, alii aures, alii alia vitia peculiaria morbosque felicius curabant, alii omnes exercebant medicinæ partes; ita quoque alii ratione juris universi, alii tantum partium quarundam intuitu, peritiam supra alios insignem profiterentur ac comprobarent.

TITULUS TERTIUS.

De legibus, Senatusconsultis, & longa consuetudine.

SUMMARIA.

1. *Mali mores legibus occasionem dant.*
2. *Quid sit lex, & cur dicatur* virorum prudentum consultum?
3. *Cur dicatur delictorum, quæ sponte* vel ignorantia *contrahuntur, coercitio?*
4. *Cur sit* communis reipublicæ sponsio?
5. *Lex debet esse justa & generalis, licet ratio legis non æqualiter in omnibus civibus militet.*
6. *Non evertit rationabilitatem, quod aliquando legis ratio reddi nequit.*
7. *Perpetua quoque debet esse lex, ideo tabulis aeneis solita incidi.*
8. *Ut & lata ab illis, qui juris condendi potestatem habent.*
9. *Denique etiam promulgata.*
10. *Lex passim in locis omnibus promulgata excepto loco uno, loci illius inhabitantes non obligat.*
11. *Lex lata omnes obligat subjectos, & advenas quamdiu sunt in territorio.*
12. *An etiam legatos? & quid juris in delegatis cujusque provinciæ ad generalia Belgii fœderati collegia.*
13. *Quid juris in studiosis, peregre studiorum causa morantibus.*
14. *Quæ sit virtus legis, & quo respectu leges suadentes & permittentes habeant legis vim.*
15. *An & quo usque princeps legibus solutus sit, & quomodo legibus vivere velit?*
16. *Quod contra leges gestum est, est ipso jure nullum; sed tamen multis modis id fallit, quod regulis ac exemplis illustratur.*
17. *Leges ad futuros casus pertinent, quandoque tamen & ad præteritos, quod regulis & exemplis docetur.*
18. *Interpretatio legis fit a Principe.*
19. *Vel a consuetudine.*
20. *Vel a judicibus & Jurisconsultis; qui varias regulas tenentur observare.*
21. *De interpretatione legis per extensionem a casu vero ad casum fictum.*
22. *De interpretatione per argumentum a contrario sensu.*
23. *Si legitima interpretandi ratione non possit erui verus legis sensus, a Principe interpretatio petenda est.*
24. *Regulæ generales de interpretatione etiam ad statuta hodierna extendi debent.*
25. *De dispensatione, quis eam facere possit, quis non; de quo jure, & quando licita.*
26. *Quid sint Senatusconsulta; idem aliquando tribui Senatusconsultis, quod alibi dicitur esse ex Principum orationibus aut edictis.*
27. *Quid sit consuetudo, & quomodo in statu democratico ac monarchico introducatur.*
28. *Debet esse rationabilis; alioquin corruptela est.*
29. *Requiritur & longum tempus ac actuum frequentia, arbitrio judicis: actus duo non sufficiunt.*
30. *Non tantum judiciales sed & extrajudiciales actus sufficiunt.*
31. *Actus debent esse uniformes, nec alii dispares iis mixti; nec continentes spontanea juris sui renunciationem.*
32. *Consuetudo per allegantem probanda, si notoria non sit.*
33. *Quo modo probetur; non per unius Doctoris assertionem, sic ut nec jurijurando suppletorio locus esse possit.*
34. *Nec per duos testes, sed per turbam testium.*
35. *Non sufficit testium turba, si testes singulares sint, aut si tantum negative deponant: sed necesse, ut de actibus frequentibus deponant, & simul testentur, se istis actibus contraria non vidisse observata.*
36. *Consuetudo eandem admittit interpretationem & extensionem, quam lex.*
37. *Consuetudo posterior abrogat legem priorem; quod tamen non perpetuum, maxime in statu monarchico.*
38. *Quid sit, legem* antiquari, abrogari, *et* derogari, surrogari, obrogari.

39. *Leges non esse mutandas, nisi suadente id utilitate notabili.*
40. *Qui legem abrogatam aut nunquam receptam fuisse ait, id probare debet.*
41. *Lex promulgata quidem, sed numquam usu recepta, legis vim non habet.*
42. *Edicto provinciali generaliter condito, non potest una istius provinciæ civitas negligentia ac non usu sese subducere obligationi istius edicti.*
43. *Quo sensu verum sit, cessante ratione legis ipsam cessare legis dispositionem.*
44. *Ius novum correctorium, quo modo plenam, quo modo strictam recipiat interpretationem.*

1. USU *probatum est*, inquit Tacitus Ann. l. 15. cap. 20. *leges egregias, exempla honesta, apud bonos ex delictis aliorum gigni. Sic oratorum licentia Cinciam rogationem, candidatorum ambitus Iulias leges, magistratuum avaritia Calpurnia scita pepererunt; nam culpa quam pœna tempore prior; emendari quam peccare posterius est.* Mali scilicet mores ac calumniantium iniquitates occasionem bonis dederunt legibus; quæ miseris præsidium, oppressis solatium, cunctis in eo quod justum est tutum refugium præbentes, ex mente Justiniani *neque in paupertate vivere, neque in anxietate mori quemquam permittunt*, nov. 1. in epilogo §. 1.

2. Latiore sensu legem Papinianus definivit *commune præceptum, virorum prudentum consultum, delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicæ sponsio l. 1. ff. h. t. Virorum prudentum consultum* cum dicitur, non temere, nec nudo soloque legislatoris arbitrio sine pleniore justitiæ & æquitatis ac publicæ utilitatis examine legem ferri oportere innuitur. Sed adhibitis potius in consilium tum civilis sapientiæ laude conspicuis, tum ejus negotii, de quo jura condenda, peritis. Qua ratione non ante jus codicillorum inductum constat, quam convocatis prius ab Augusto sapientibus, & usum codicillorum, velut utilissimum civibus ac necessarium Trebatio cum ceteris suadente ac collaudante, *pr. Instit. de codicillis.* Nec aliter in lege nova constituenda agendum esse, verbis perennitatem meritis sancitum a Theodosio & Valentiniano in *l.* 8. *C. h. t. Humanum esse probamus*, inquiunt, *si quid de cetero in publica privatave causa emerserit necessarium, quod formam generalem, & antiquis legibus infestam exposcat, id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii, quam gloriosissimo cœtu vestro, patres conscripti, tractari; & si universis tam judicibus, quam vobis placuerit, tunc legem dictari; & sic eam denuo collectis omnibus recenseri; & cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri nominis consistorio recitari, ut universorum consensus nostræ serenitatis auctoritate firmetur.* Quibus haud dissimilia de sacris jussionibus Justinianus decrevit *nov.* 152. *cap.* 1. Contra si fiat, & pro ratione legislatori sua tantum voluntas sit; tyranni merito dixeris cum Plinio in panegyrico Trajani, non boni Principis esse, quæ temere vult, ea velle pro lege habere.

3. Additur, eam delictorum, *quæ sponte vel ignorantia contrahuntur*, coercitionem esse. Quamvis enim frequenter dolo delinquatur, sic ut deficiente peccandi voluntate plerumque nec delictum sit, & effectus distinguat maleficia, nec delinquere censendi sint, qui aut ex consilii innocentia per ætatem, aut ex fati infelicitate per furorem aut amentiam doli capaces non sunt, *§. placuit tamen* 7. *& §. pen. Inst. de oblig. quæ ex delicto, l. qui injuria* 53. *pr. ff. de furtis, l. illud relatum* 3. *§. sane sunt* 1. *ff. de injuriis, l. infans* 12. *ff. ad leg. Cornel. de Sicariis*; attamen & sine dolo subinde delinqui, ut coercitioni locus sit, evincit damnum injuria, id est, dolo vel culpa etiam levissima datum, ac delictis accensitum: ut, & si quis juris ignorantia seu rusticitate eos, quibus reverentia debita, sine venia in jus vocaverit, *l. venia* 2. *C. de in jus vocando*, aut per juris imperitiam male judex judicaverit, *pr. Instit. de oblig. ex quasi delicto*, denique facti jurisve errore rem alienam quis, tamquam suam, possessori eripuerit, dum id per leges putabat licere, *§.* 1. *Inst. de vi bonor. rap.* Atque eo sensu ex Demosthene Marcianus vel *sponte* vel *involuntarie* delinquentes puniri, nec dolo tantum, sed & *impetu* delinqui, statuit *l.* 2. *ff. h. t. l. perspiciendum* 11. *§. delinquitur* 2. *ff. de pœnis.*

4. *Communis* denique *reipublicæ sponsio ac commune præceptum* est, in quantum populus communiter, se legi subjectum fore, tacite spondet, dum in statu democratico universim cum aliis legem condit, vel societati hominum civili, cui legislator præest, sese in aristocratico vel monarchico regimine sociatum cupit.

5. Sunt autem varia legis requisita; etenim primo quidem justam eam oportet esse ac rationalem, tam quantum ad materiam, dum honesta præcipit, turpia vetat, quam quantum ad formam, dum æqualitatem servat & æqualiter cives tenet: neque enim jura in singulas personas, sed generaliter constituenda sunt, *l. jura* 8. *ff. h. t.* Unde & jam olim duodecim tabularum lege cautum erat, *ne privilegia irrogarentur*; id est, ne privatis hominibus leges ferrentur, seu in privatos irrogarentur; uti Cicero pro domo sua, & de legibus, alibique testatur. Vide Rævardum *ad leg.* 12. *tabular. cap.* 1. Etsi verum sit, labescente jam libera republica leges quasdam singularium personarum intuitu fuisse latas; veluti de Pompeii imperio, reditu Ciceronis, aliisque plurimis; Gellius *Noct. Attic. lib.* 10. *cap.* 20. Suetonius *in vita Julii Cæsaris cap.* 28.; et licet infrequentes non sint leges, quarum ratio non omnibus in civibus eodem militat modo, sed in plerisque tantum, quandoque & in paucioribus: quia tamen legislatori constare nequit, quinam ex magno civium numero id commissuri sint quod legi causam dedit, atque adeo lex hactenus vere cœca singulorum considerare non potuit virtutes aut vitia; ideo necessitas pariter ac utilitas publica exegit, ob crimen vitiumve, in paucos forte cadens, legem in omnes promiscue sanciri. Hoc, quamvis, verbi gratia, plerisque in fœminis laudandam inveniamus sexus verecundiam, ac filiosfamilias plerosque non malis deprehendamus imbutos moribus, sed a luxu ac insidiis parenti struendis quam alienissimos; quia tamen ex unius Carfaniæ inverecunde postulantis ac judices inquietantis facto, & ex pessimis unius Macedonis, improbi fœneratoris, paucorumque filiorum familias luxuriæ dedicatorum indole corrupta, disci poterat, in reliquas idem pos-

se cadere inverecundiæ vitium, & filiis familias, ac fœneratoribus omnibus easdem posse sceleris causas a natura depravatæ subministrari; interdictum merito, ne pro alio mulier postulet, neve mutuum accipiat filius familias, utcunque verecundiæ fuerint indubitatæ ac frugalitatis, *l. 1. §. 5. ff. de postulando l. 1. ff. ad Senatusc. Maced.* Sic ut in hisce, aliisque hujus generis legibus non vigeat axioma vulgatum, cessante ratione juris, effectum quoque cessare, ac ipsam legis dispositionem; eo quod illam universaliter in omnibus cessare, verum non est. Tyraquellus *in tract. cessante causa cessat effectus, limitat.* 32. Fachineus *controv. l. 10. c. 74.* Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. l. 1. c. 2. num.* 28. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 56. *&* 57. Quod si cui durum atque absurdum videatur, æquali jure cum improbis censeri bonos; cogitet, longe fore absurdius, impunita per leges esse maleficia, aut quibusdam lubrico ætatis luxuve res suas perire; quæ tamen evenirent, si non in omnes lex lata esset, *arg. l. ita vulneratus* 51. *§. æstimatio 2. ff. ad leg. Aquil.*

6. De cetero requisitum hoc rationabilitatis in lege non eo subvertitur, quod non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi possit, *l. non omnium* 20. *ff. h. t.* quodque lex servanda videatur etiam, cum prudentissimos latet ratio ejus, ut in specie legis *liberum est* 9. *de religiosis.* Cum aliud longe sit, seculorum decursu, temporumque injuria, aut historicorum neglectu excidisse, quæ prima juris condendi ratio fuerit; aliud, cum recta ratione legem pugnare. Cristinæus *vol. 2. decis.* 62. *numer.* 13. Vinnius *select. quæst. lib. 1. cap. 2. in pr.* Et sane, ignoratam juris rationem non arguere jus ipsum irrationabile, specimine luculento non ita pridem comprobatum dedit D. Cornelius van Eck *disput. 3. de action. & except. hereditar. thes.* 8. dum justo niti fundamento docet, actionem in factum ob prohibitam mortui illationem, de qua Cajus in *d. l.* 9. nec hæredi dari, nec in hæredem; licet Cajus ipse miratus magis fuerit, quam veram istius juris rationem assecutus, vide *tit. de mortuo infer. & sepulchro adific.*

7. Perpetuitatem quoque in legibus exigunt, ut scilicet ea condantur intentione, ne unquam cesset earum obligatio; nisi, mutata hominum temporumque conditione, aut, cessante in universum ratione, eandem lege contraria vel desuetudine tolli expediat *§. pen. Inst. de jure natur. gent. & civili l. de quibus* 32. *§. 1. in fin. h. t.* adde Conrad. Rittershusium *ad Novellas in proœmio cap.* 3. Quales etiam perpetuitatis votum vel eo per Romanos indigitatum puto, quod cum annuo prætoris imperio finienda, vel ligneis tabulis dealbatis, vel alia simili facilius per injuriam temporis pereunte materia, solerent proponi, *l. si quis id 7. ff. de jurisdict.* leges ex adverso, uti alii pleraque perpetuo duratura, æneis tabulis inscriberentur, atque ita scriptæ tum in ærarium reconderentur, tum etiam publice proponerentur universis cognoscendæ. Suetonius *in vita Jul. Cæsaris cap.* 28. Tacitus *lib.* 11. *Annal. cap.* 14. *lib. 2. C. de frumento urbis Constantinop.* Beroaldus prolixe *in notis ad Sueton. d. c.* 28. ubi & Pomponium in *l. 2. §. postea 4. ff. de origine juris*, emendandum putat, ac pro *eboreis tabulis* legendum, *æneis*.

8. Necesse insuper, legem ab illis ferri, qui juris condendi potestatem habent: quales in monarchico regimine Principes, in aristocratico Optimates, populus universus in democratico. Qua ratione de suo quidem tempore Justinianus *in l. ult. C. h. t. in præsenti leges condere soli Imperatori concessum,* ait, quarum tamen ferendarum facultatem libera in republica populo competisse, in aperto est: quo respiciens Julianus in *l. de quibus* 32. *§. 1. ff. h. t.* leges non alia de causa non tenere monet, quam quia populi judicio receptæ sunt, ac nihil interesse, an suffragio, adeoque lege simul & semel sancita, populus voluntatem declaret, an consuetudinem rebus ipsis & factis inducat, quæ in Imperatorum secula moresque non quadrat. Quamvis inficias haud sit eundum, municipia quoque de negotiis, suam civitatem civesque spectantibus, jura condidisse, atque etiam condere; de quibus post plenius.

9. Ad validitatem denique legis promulgatio requiritur: quippe sine qua, uti innotescere populo non satis potest, ita nec eum devincire citra culpam ignorata. *Leges sacratissimæ,* inquiunt Impp. in *l. 9. C. h. t. quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, præscripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur.* Hinc & in Nerva velut æquissimum, aliquando laudatum, quod dixerit, *ut leges cujusque publici occultata ad id tempus proscriberentur.* Tacitus *Annal. lib.* 13. *cap.* 51. Et Justinianus in suis præcipue novellis constitutionibus publicationem fieri disertis verbis frequenter jussit, *novell.* 2. 32. 48. *& passim fere in epilogis*. Suntque hæc de lege, ante publicationem non obligante, usque adeo vera, ut ne statim quidem a promulgatione cives semper obstringant; sed subinde post duos demum, ex quo promulgatæ, menses *nov.* 66. *cap.* 1. quod & Ordinibus Hollandiæ superiori seculo placuit in Edicto (vulgo Politique Ordonnantie) *anni* 1580. *art.* 25. subinde etiam post mensis unius lapsum *nov.* 116. *cap.* 1. imo & ab ipso promulgationis die, *l. pen. in fine C. de decurion.* sic ut a mero legislatoris arbitrio dependere videatur, ex quo tempore lex promulgata subjectos obligatura sit. Quo modo etiam tempora vel longiora pro re nata ac circumstantiarum diversitate novis adjici constitutionibus, a moribus nostris alienum non est; quibus tamen non expressis, leges nostrates protinus a promulgatione solemniter facta ligare, verius est. Gudelinus *de jure noviss. lib. 5. cap. 2. vers. sed utrum*, Groenewegen *ad novell.* 66. *cap.* 1. venia nihilominus prudentis judicis arbitrio haud deneganda tum peregrino transeunti & novo advenæ, tum civi, quem justa promulgatæ legis ignorantia lapsum, contra dictata ejus commisisse patebit, arg. *l. ult. ff. de decretis ab ordine faciend.* Menochius *de præsumption. lib. 2. præs.* 5. Parens p. mem. Paulus Voet *tract. de statutis sect. 8. cap. 1. num.* 2. Responsa JCtorum Holl. *part. 1. consil.* 223.

10. Non promulgatam sane legem non obligare, sic apud omnes fere in confesso est, ut ne illi quidem obligati censendi sint, qui, eam jam compositam propediem publicandam esse, non ignorant; cum ita eveniret, legem non omnes æqualiter obstringere ac singulos ex populo, pro sua quemque

legis faciendæ scientia vel ignorantia, diverso uti jure. Quibus consequens est, ut statuamus, legem vel Edictum universale, passim fere per totam regionem publicatum, in uno tamen alterove loco, sive urbe, sive vico, neglectum promulgari, vel apparitorum incuria, vel alio quocunque casu, obligaturum quidem esse locorum ceterorum inhabitantes, in quibus facta promulgatio; at illos nequaquam, in quorum urbe vicove neglectam constiterit. Ant. Thesaurus *decis.* 249. *num.* 6. Christinæus *vol.* 1. *dec.* 53., & *ad leg. Mechliniens. in epilogo num.* 31. Ant. Sola *ad constit. Sabaudiæ in proœm. gloss.* 4. *num.* 4. & *seqq.* Jacob. Coren. *observat.* 1. Henric. Kinschot *responsa* 40. *num.* 4. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 3. *c.* 2. *versu porro.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 29. Groenewegen. *ad. l. ult. ff. de decretis ab ordine fac.*

11. Legis secundum enumerata requisita latæ virtus & vis est, obligare ad sui observantiam conditionis cujuscunque subjectos, sive plebejos, sive nobiles, sive privatos, sive honoribus conspicuos, vel etiam in Principis famulitio constitutos, *l. omnes legibus* 10. *C. h. t.* si non evidentur doceant, se jure singulari munitos esse. Mævius *ad jus Lubec. quæst. prælimin.* 3. *n.* 33. & *seqq.* Paulus Voet *de statutis sect.* 8. *cap.* 2. *num.* 4. 5. Nec subjectos tantum, sed & advenas ac peregrinos, quandiu in territorio morantur, Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 20. Sed & ipsos subjectos non ultra, quam quatenus eo in loco domicilium fovendo subjecti manent: eo namque mutato, & aliorsum translato, nec domicilii prioris legibus, nec jurisdictioni adstricti sunt, arg. *l. ult. ff. de jurisdict.* And. Gal. *lib.* 2. *observat.* 36. Grotius *inter responsa JCtor. Holland. pars.* 5. *cons.* 129.

12. De legatis tamen, & studiosis dubitatum, an & illi, durante legatione, vel peregrinatione studiorum gratia, ligati sint legibus istius regionis, in qua legationis aut studiorum causa morantur? Legatos quod attinet, eorumque comites, cum non ex sua sint persona considerandi, sed absentes repræsentent, a quibus missi, non alienum fuerit, si eos etiam fictione juris pro absentibus & quasi extra territorium constitutis habeamus. Cui consentaneum, ut nec teneantur jure civili istius populi, apud quem legationis causa degunt; non magis, quam quivis alius re ipsa extra territorium illud domicilium fovens. Ut tamen inofficiose agentes, & jura gentis, ad quam missi, contumeliose usque adeo conculcantes, ut dissimulandum amplius haud, videantur juberi posse finibus excedere, delatis etiam admittentes querelis, Grotius *de jure belli & pac. lib.* 2. *c.* 18. *num.* 4. Quomodo, etsi per Philippum Macedonem parcitum quidem fuerit Demochari una cum aliis Atheniensium legato, proterve agenti; non tamen sine querimonia remissus est. Etenim, referente Seneca lib. 3. de ira cap. 23. *Philippus, audita benigne legatione, dicite*, inquit, *mihi, facere quid possim, quod sit Atheniensibus gratum?* excepit Demochares, *te*, inquit, *suspendere.* Indignatio circumstantium ad tam inhumanum responsum exorta est, quos Philippus conticescere jussit, & Thersitem illud salvum incolumemque dimittere; *at vos*, inquit, *ceteri legati, nunciate Atheniensibus, multo superbiores esse, qui ista dicunt, quam qui impune dicta audiunt.* Aliter paulo sese res habet in iis, qui ab una ditionum seu provinciarum fœderatarum ad collegia universaliora Ordinum generatim, consilii Status, rationum, præfecturarum maritimarum, similiaque delegati, a ditione sua vel urbe, in qua domicilium foverunt, absunt; quippe quos in dirigenda quotidiana vitæ ratione, legibus loci, in quo subsistunt, vivere debere, experientia testis est; licet ratione successionis ab intestato in ipsorum defunctorum mobilia, ut & quantum ad inventarii beneficium, aut constituendum bonis curatorem, aliaque his affinia, gaudeant jure domicilii, seu loci; unde Reipublicæ causa absunt: uti hæc propriis suis sedibus latius explicanda sunt.

13. Diversa plane studiosorum causa est: cum enim in his non militet illa maxima utilitatis publicæ ratio, & jure gentium introducta sanctitas, secundum ea, quæ *tit.* 1. tradita; consequens erit, eos quoque communi jure censeri, ac illius loci parere legibus, in quo studiorum gratia morantur; eo modo, & eatenus, quatenus & peregrinantes alios, dum sunt in territorio, teneri dictum est. Nisi si quæ peculiaria de moribus, coercitione, jurisdictione, similibusque circa studiosos inveniantur disposita; in quibus eos non eodem cum ceteris ejusdem loci incolis, sed singulari jure usuros, etiam exemplo membrorum Universitatis, quæ Lugduni Batavorum est, disci potest; quippe quæ, præter peculiaris fori & immunitatum privilegia, singularibus quoque gaudent juribus in puniendis duellis, nocturnis grassationibus, ut & in supplicationibus adversus juridici Senatus Academici sententias, aliisque; secundum placita de hisce condita, & a nobis suis locis plenius tradenda. Quia tamen proprie dictum eo in loco non habent domicilium, sed *peregrinare* studiorum causa dicuntur, & amore scientiæ exules fieri, *auth. habita C. ne filius pro patre*, ac vere absunt ab eo loco, in quo fortunarum summam habent constitutam, animo eo redeundi post emensa studiorum stadia, atque ita domicilium prius non mutaverunt, arg. *l. cives quidem* 7. *C. de incolis.* ideo quoque in successionibus, & aliis similibus, quantum ad mobilia, leges veri domicilii; quantum ad immobilia, rei sitæ leges locum invenient, uti id in alio quovis inter peregrinandum moriente servari, in materia successionis, alibique dicendum est. Nisi & hic aliud jure singulari in usum studiosorum inveniatur inductum, Mævius *ad jus Lubec. prælimin. qu.* 3. *num.* 24. & *seqq.* Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 8. *n.* 2. 3.

14. Obligat autem lex, sive imperet, sive vetet, sive permittat, *l. legis virtus* 7. *ff. h. t.* sive suadeat, *l.* 1. *§.* 3. *ff. de peric. & commod. rei vend. l. is qui desiinavit* 24. *ff. de rei vindicat. §. sin autem* 3. *Instit. de pupill. substit.* sive præmia tribuat, *l.* 1. *§.* 1. *de justitia & jure*, sive delicti gratiam faciat, *l. cum lex* 22. *ff. h. t. l. non omnes* 6. *§. ult. ff. de re militari.* Leges tamen suadentes ac permittentes quod spectat, vim quidem obligandi istæ proprie non habent intuitu eorum, quibus suadent aut permittunt; dum id quod suadent permittuntve, in universum relinquunt arbitrio eorum ac potestati, absque ulla faciendi neces-

sitate; veluti, ut quis testamentum condat, tutores testamento det, liberis impuberibus, aut mente captis substituat, vel palam, vel clam ob metum insidiarum hæreditatem adeat, aut damnosa abstineat successione. Reliquorum tamen civium respectu legis propriæ dictæ, & obstringendi effectu non carent, in quantum uni permittentes ea, quæ non subjacent juris necessitati, ceteris universis vetant, ne ullum isti libertati atque licentiæ per leges indultæ struant impedimentum; veluti, ne quis alium prohibeat cogatve testari, neve ad contrahendum, aditionem hereditatis, aut repudiationem faciendam, aliaque familia invitum compellat, *tot. tit. ff. si quis aliquem testari prohib. vel coegerit*, *l. invitum* 11. *C. de contrab. emt.*

15. An vero Princeps quoque legibus adstrictus sit, ancipitis certe disquisitionis est; Jus Romanum si consideres, olim quidem Reges Romanos legibus Regiis a se latis fuisse devinctos, Tacitus auctor est; *Præcipue*, inquit, *Servius Tullius sanctor legum fuit, queis etiam Reges obtemperarent*, Annal. lib. 3. cap. 26. Sed postquam imperium Regium quod post pulsum Tarquinium superbum multis fuerat seculis abolitum, iterum in Cæsare, ac præsertim in Augusto reductum fuit, qui Rempublicam civilibus discordiis fessam nomine Principis sub imperium recepit, atque ita Regiam exercere cœpit potestatem: (*nam cum ad Imperatores summa Reipublicæ referatur, fieri non potest, quin sub regno Romani sint*, secundum Dionem Cassium lib. 53. pag. mihi 507 in fine) magis soluta legum vinculis cœpit esse majestas Imperatoria, *l. Princeps* 31. *ff. h. t.* Quod & Dion Cassius *d. lib.* 53. testatur, dum de Cæsarum jure agens, ait: *Aliud porro quoddam jus habent, nulli unquam Romano aperte & in omnibus rebus concessum: legibus enim soluti sunt imperantes, quo ipso solo & ea, quæ retulimus, ac reliqua etiam omnia agendi jus habent.* Nec tamen ideo optimi quique Principes eo jure sibi concesso semper usi sunt, aut *Augustum exercuerunt Privilegium* (ut habet *l. unic.* §. 14. *C. de caducit. tollenda.*). Sed considerantes, tunc æqui observantiorem reddi populum, cum suis Principem jussis parere videt, se, etsi legibus solutos, legibus tamen vivere velle constituerunt, §. *ult. Instit. quib. mod. testam. infirm. d. l. unic.* §. 14. *C. de caducit. tollend. l. ex imperfecto* 3. *C. de testamentis*; dignam scilicet majestate regnantis vocem esse existimantes, legibus alligatum se Principem profiteri, suumque legibus submittere principatum, *l. digna* 4. *C. h. t.* Qua ratione, licet plura de se, suoque patrimonio privilegia induxerint, *l. fiscum cum* 6. §. 1. *ff. de jure fisci*, & liberalitates a se in alios, vel aliis in se collatas, subduxerint insinuationis necessitati *l. sancimus* 34. *in fine principii*, & *auth. seq. de donation.* nec manumissionum solemnibus sese adstringi passi sint, *l. apud eum* 14. §. 1. *ff. de manumission.* tamen & legem Falcidiam in relictis sibi legatis admiserunt, *l. & in legatis* 4. *ad leg. Falcid.* & inofficiosi testamenti querelam, *l. Papinianus* 8. §. *de inoffic. testam.* Nec ex testamento, solemnibus juris civilis destituto, quicquam censuerunt acceptandum, *d.* §. *ult. Instit. quib. mod. testam. infirmantur*, *d. l.* 3. *C. de testam.* Sed nec Romanis eam mentem fuisse, ut legibus omnibus cujuscunque conditionis suos Principes efficerent solutos, verius existimo; cum restrictionem ad legum solemnia, & quædam alia meri juris civilis, satis indigitent ipsæ leges. Ita enim *lex imperii solemnibus juris Imperatorem solvisse* dicitur *d. l.* 3. *C. de testam.* Eumque *cum manumittit, vindictam non imponere*, *ex leg. Augusti l. apud eum* 14. §. 1. *ff. de manumission.* Idemque innuit fragmentum illud legis Regiæ, de Vespasiani imperio latæ, quod (si modo genuinum) in æs incisum etiamnum asservari dicitur: cautum enim, *uti quibus legibus plebisve scitis scriptum fuit, ne divus Aug. Tiberiusve Julius Cæsar Augustus Germanicus tenerentur, iis legibus plebisque scitis Imperator Cæsar Vespasianus solutus sit.* De Vespasiani certe imperio solemne a Senatu decretum fuisse interpositum, ex Tacito discimus, qui lib. 4. histor. cap. 3. *Senatum*, refert, *cuncta Principibus solita Vespasiano decrevisse, lætum & spei plenum.* Et quamvis verbis generalioribus Ulpianus *Principem* asseruerit, *legibus solutum esse*, *l. Princeps* 31. *ff. h. t.* id tamen ad leges caducarias Juliam & Papiam, similesque restringi posse, ex ipsa legis inscriptione, quæ habet *ad legem Juliam & Papiam*, manifeste colligitur. Cujacius *lib.* 15. *observ.* 30. *lib.* 26. *observ.* 35. Quibus accedit, quod quicquid Princeps Romanus habet, id totum populo Romano debuerit, quippe a populo sibi lege Regia, quæ de imperio ejus lata est, collatum, *l.* 1. *ff. de constit. Principum* §. *sed & quod* 6. *Instit. de jure nat. gent. & civil.* Unde & ab iis, quæ olim populus potuit, ad potentiam Principis argumentum duci videmus, *l. Barbarius* 3. *ff. de offic. Prætoris*. Cum ergo populus solvere non potuerit legum illarum vincula, quæ non a populo, sed a rectæ rationis dictamine habebant obligandi vim, etsi a populo comprobatæ; consequens fuit, solis legum civilium frenis Principem a populo, vel repræsentante populum Senatu, potuisse subduci, suoque in hisce agere arbitratu. De cetero & divinis legibus, & naturalibus, adeoque & iis, quæ dictamini rectæ rationis innitentes a gentibus receptæ sunt, obstrictum esse in conscientia Principem, licet in istas committens vulgatis haud sit pœnis subjiciendus, sed magis Deum habiturus ultorem, non pluribus exsequar: cum id plenissime præstiterit Parens. p. mem. Paulus Voet *in sua jurisprudentia sacra* cap. 1. *sect.* 2.

16. Quod si contra leges quid actum, gestum contractumve sit, id ipso jure nullum est, adeoque nec servandum, etiamsi nullitatis comminatio nominatim legi subjuncta non sit; sic ut nec jurejurando firmetur, *l. non dubium* 5. *C. de legibus*, *l. juris gentium* 7. §. & *generaliter* 16. *ff. de pactis.* Nisi leges tantum sint permittentes aut suadentes; quippe quæ iis, quibus suadent, liberum relinquunt arbitrium sequendi vel negligendi consilii a lege dati. Vel nisi privati tantum favorem contineant: cum enim quisque juri pro se introducto renunciare queat, *l. pen. C. de pactis*: fas erit, ut contra leges gesta subsistant, quoties concurrit consensus eorum, in quorum solorum favorem atque providentiam quid a lege inductum fuit, usque adeo, ut, quæ ab initio tanquam contra leges gesta inutilia videri poterant ac inefficacia, subsecuto deinde eorum assensu, quorum vertebatur utilitas, rata fiant: uti id in nuptiis præsidis cum provin-

ciali, judicum contractibus, mutuo per filiosfamilias sine consensu patris accepto, aliisque, quæ recensere longum foret, contigit, *l. eos qui* 63. §. 1. *ff. de ritu nupt. l. etsi contra* 6. *C. de nupt. l. unic.* §. 1. *C. de contract. judic. l. ult. C. ad senatusc. Macedon.* In quibus proinde jus publicum, idest, auctoritate publica constitutum, & non ad publicam læsionem, sed tantum ad rem familiarem respiciens, privatorum pactis mutari nihil vetat, *l. juris gentium* 7. §. *si paciscar* 14. *ff. de pactis.* Aliter, quam statuendum foret, si simul publica quædam verteretur utilitas, *d. l.* 7. §. 14. vel illi, quorum in gratiam quid inductum est, sexus fragilitate, ætatis lubrico, aliove defectu laborantes, consensu suo nocere sibi, & contra propria commoda laborare vetentur: uti id in alienatione fundi dotalis ex consensu mulieris, minoribus, prodigis, aliisque, suam in perniciem contrahentibus, apparet, *pr. Instit. quib. alienare licet vel non, pr. Inst. de auctorit. tut. l.* 3. *C. de integ. restitut. minor. l. is cui bonis* 6. *ff. de verbor. obligat.* in his enim verum est, quod vulgo traditum, jus publicum privatorum pactis non posse immutari; ac singulorum conventionibus non esse legibus refragandum, *l. jus publicum* 38. *ff. de pactis, l. Neratius quærit* 20. *ff. de religiosis, l. quod bonis* 15. §. *frater* 1. *ff. ad leg. Falcid.* Quid, quod nec ipso jure nulla sunt contra leges gesta, si lex pœna in contravenientes statuta, contenta sit, arg. *leg. sanct.* 41. *ff. de pœnis*; uti id olim in lege Furia obtinuit, quæ quidem legari cuiquam ultra mille asses vetabat; sed si id factum, rato manente legato, supra modum capiens in quadrupli pœnam damnebatur, Ulpianus *in fragm. tit.* 1. §. 2. atque etiamnum in dolo, in bonæ fidei contractus incidente, alienatione, judicii mutandi causa facta, aliisque multis in casibus receptum est, in quibus is qui legibus improbata fecit, ad id quod interest, ipso incipit devinctus esse, negotio gesto in suo statu manente. Quales ideo leges, gesta non infirmantes, imperfectas, & minus quam perfectas Ulpianus appellavit *in fragm. tit.* 1. *in pr.* Quin imo, cum non desint leges vetantes, & tamen neque infirmantes ea, quæ in contrarium acta sunt, neque pœnam sancientes; invaluit inde illud vulgatum, multa prohiberi in jure fieri, quæ tamen facta tenent. Quo modo quondam lex Cincia, supra certum modum donari prohibens, non tamen, si plus donatum fuisset, donata rescidit pœnamve decrevit. Ulpianus *d. loco.* Et cum miles vetitus esset procuratoris munere fungi; rata tamen jubentur esse ea, quæ per eum, nec ab adversario, nec a judice repulsum, in judicio gesta sunt. *l. filiusfamilias* 8. §. *veterani* 2. *ff. de procurat.* junct. *l. militem* 7. *C. eod.* Ac quamvis non debuerit sub conditione ferri sententia, si tamen ita lata sit, subsistet ut pura appellationis tempore statim labente, *l.* 1. §. *biduum* 5. *ff. quando appelland. sit.* Rata quoque appellatio, ut sententia suspendatur, si ad superiorem quidem, sed alium, quam qui appellandus erat, facta sit; licet non recte sic appellatum esset, *l.* 1. §. *si quis* 3. *ff. de appellation.* Quorum omnium hanc rationem puto, quod in hisce aliisque similibus ipsam gestorum rescissionem majora sequerentur incommoda, majorque indecentia, quam ipsum actum contra leges gestum; comitantur, Grotius *de jure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 16. Præcipue vero nulla non sunt, quæ contra leges gesta, si lex rescissionem expresse desideret, uti id in testamento inofficioso, alienatis in fraudem creditorum, metu gestis, aliisque quam plurimis fieri manifestum est. Unde & quia nonnunquam ipsos inter juris interpretes controversum est, an ipso jure quid nullum sit, an vero per judicem rescindendum, usu hodierno passim fere in tribunalibus obtinuit, ut & adversus ea, quæ vere nulla sunt, majoris securitatis ergo restitutio impetretur, eaque mediante rescindatur quod actum, gestum contractumve fuit: etsi etiam citra restitutionem, allegata negotii nullitate, victoriam sæpius retulerint, qui ipso jure tuti erant; ut variis factorum speciebus rebusque judicatis firmat Groenewegen *ad tit. Cod. in quib. causis restit. in integr. necess. non est*; & hoc communis praxeos fundamento niti putem, quod apud Grotium *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 7. legitur, ita demum contra leges gesta ipso jure infirma esse, si id lex nominatim expresserit; vel ei qui quid gessit, aut fecit gerendi facultatem & habilitatem denegaverit; vel denique id, quod gestum est, manifesta ac permanente turpitudine laboret.

17. Porro leges futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, *l. leges* 7. *C. hoc t. l. ab Anastasio* 23. §. *ult. C. mandati, l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* sunt enim regulæ agendorum, præcepta vitas hominum constringentia, promulganda antequam obligent, ut supra dictum. Sic ut firma maneant, quæ novam ante legem ex pristini juris præscripto gesta sunt; ac, si pœna delicto, ante novam legem forte pœnas exasperantem commisso, imponi debeat, non ex novæ legis postea secutæ, sed antiquæ dictamine coercitio irroganda sit: quid enim (inquit Imp.) antiquitas peccavit, quæ, præsentis legis inscia, pristinam secuta est juris observantiam, *l. jubemus* 29. *in fine C. de testam.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 9. *n.* 3. *& seqq.* Gudelinus *de jure noviss. libr.* 5. *cap.* 2. vers. *utilis*, seu *num.* 22. Loesius *ad Pand. h. t. n.* 43. Paulus Voet *de statutis sect.* 8. *cap.* 1. *n.* 3. Abrah. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 22. *num.* 29. *& seqq.* Nisi tamen aliud nominatim & de præterito tempore & de præsentibus negotiis legislator expresserit, *d. l.* 7. *C. h. t.* quod potissimum fit, si favorabilia legibus novis constituantur, quæ ad casus etiam præsentes, sed necdum decisos aut transactione sopitos extendi, iniquum non est, favoribus scilicet ampliandis. (Exempla sunt in *novell.* 19. *in præfat. l. sancimus* 21. *in fin. & leg.* 22. §. 1. *C. de sacrosanct. eccles.*) Nam ut negotia, jam dudum ex antiqui juris dictamine sopita, novæ legis occasione resuscitarentur, aut everterentur, nec æquitas patitur, nec populi salus; cum inde maxima litium, confusionis, & incertitudinis rerum juriumque ansa nasceretur: ad quæ incommoda evitanda, publicamque utilitatem populi tuendam, cum comprobata quoque inveniantur ea, quæ non jure gesta sunt, *l. Barbarius* 3. *ff. offic. prætoris*, multo minus mutanda fuerunt, quæ antea aut secundum jura ipsa, aut juxta certam, quam jura semper habuerunt, interpretationem facta, transacta, decisa sunt, *l. ult. in fin. C.*

part. 2. *tit.* 2. *art.* 28. *num.* 86. 87. D. Joh. a Somerem *de jure novercar. cap.* 1. *numer.* 1. *in med.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultrajest. art.* 10. & n. 10. *seqq.* Quæ cum ita sint, quæ quæso ratio suadebit, ut nos in angustum magis cogamus ac coarctemus jurium nostrorum potestatem, & ad similia extensionem, atque ut humilius de eorum sive æquitate & justitia, sive viribus sentiremus, quam de suis judicarunt Romani? Inepta proinde judicanda sunt, ac nimis temere prolata, quæ non raro apud interpretes leguntur, strictissimam nempe esse debere statutorum interpretationem, nec extendi ea oportere ultra casum, de quo loquuntur, quoties a jure Romano secessum faciunt. Prudentius sane, & uti magis ex patrii juris honore ac majestate; ita quoque rectius, qui ex rationibus ante datis verba statutorum, utut non generalia, nec casus omnes aut personas enarrantia; tamen ex ratione generali subjuncta, vel certe extra dubium subintellecta, ad omnes personas & res casusque, in quibus rationis similitudo inveniretur, extensionem putarunt faciendam esse; restrictionem ex adverso non nisi positis circumstantiis causisque talibus, quales & ipsarum legum Romanarum suaderent in arctum constrictionem. Hugo Grotius *inter respon. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *d. consil.* 197. *num.* 17. 18. & *consil.* 214. *num.* 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. Molinæus *ad Paris. consuet. d. tit.* 1. *ad rubr. num.* 108. Modest. Pistorius, & ad eum Schultes, *part.* 3. *quæst.* 124. *num.* 106. & *seqq.* Groenewegen *ad proœm. Instit. num.* 9. 10. 11. 17. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 8. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 7. *cap.* 1. *num.* 5. 6. 7. 8. & *cap.* 2. *num.* 3. 4. 5. 12. 17. 2. 16. 17. 18.

25. Distat vero a legis interpretatione dispensatio, ut vocant: cum enim interpretatio non a Principe solo, sed & a jurisconsultis ac judicibus fieri possit, & tantum versetur circa dubiam legis sententiam, ut indagetur, quæ fuerit probabilis legislatoris mens, quænam sub legis dispositione comprehendantur factorum species, ut supra dictum: dispensatio ex adverso a solo fit Principe seu legis auctore, contra apertam legis sententiam: sic ut per dispensationem dissolvatur legis vinculum, ac tollatur ejus obligatio certarum personarum, aut rerum factorumve intuitu, manente ceteris in casibus intacta legis virtute. Neque dubium, quin ea Principi potestas competat: cum enim in totum abolere queat legem conditam, quoties id probabilis causa suadet, ac lex primario ex legislatoris humani arbitrio dependet, multo magis vim legis in casu certo relaxare posse, dicendum est. Quo etiam respectu dictum putem, *sacrilegii instar esse, disputare & dubitare, an is dignus sit, quem elegerit Imperator, l. disputare* 3. *C. de crimine sacrilegii, l. sacrilegii instar* 5. *C. de diversis rescript.* & *pragmat. sanct.* Constat scilicet, in honoribus decernendis, in dignitatibus conferendis, in magistratibus eligendis, & id genus plurimis, legum præscriptum circa ætatem, conditionem, & alia servandum esse: nec tamen eundum inficias, quin, neglecto legum talium dictamine, tum Princeps, tum populus ei, in quo legum requisita desunt, honorem conferre queat, Barbario forte Philippo, servo, præturam, *l. Barbarius* 3. *ff. de offic. prætorit*, minori annis viginti judicandi munus, *lib. quidam consulebat* 57. *ff. de re judicata*, aut consulatum, *l. unic.* §. 2. *ff. de offic. consulis*, si modo impedimentum notum sit ei, qui honorem confert; cum in ignorante & errante concipi nequeat dispensandi voluntas, quamvis id ipsum exprimi in dignitatis collatione necesse non sit; uti recte post alios Zoesius *ad Pand. tit. de senatoribus num.* 9. Talis ergo sacrosanctæ Principis auctoritati subducens dispensandi potestatem, non inepte prorsus sacrilegii instar commisisse dici potest. Uti e contrario *ambitiosa* merito dicuntur decreta, quibus dispensationem facere tentant quotquot infra Principem magistratus sunt, *l. denique.* 3. *pr. ff. de minor.* 25. *annis.* Cum enim dispensatio sit latæ legis abrogatio, & naturale sit, ita unumquodque dissolvi, uti ligatum est, majestaticis jure optimo accensenda fuit. Atque hinc aliquoties hisce in regionibus interdictum fuit, ne quis sibi arrogaret dispensandi facultatem, Ordinibus sibi solis eandem vindicantibus; adeo ut & ipsis Ordinum Hollandiæ delegatis, (*Gecommitteerde Raden*) ac præfecturarum maritimarum assessoribus (*Rademter Admiraliteyt*) dispensatio de Ordinum tam Generalium, quam Hollandiæ, constitutionibus, rigide vetita inveniatur. *Placitum ordin. general.* 29. *April*. & 16. *Mai.* 1671. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1242. & *seqq. Placitum Ord. Hollandiæ* 24. *Decembr.* 1674. *d. vol.* 3. *p.* 1274. & *placitum* 10 *Decembr.* 1671. *quod insertum instructioni DD. Ordinum Delegatorum art.* 51. *d. vol.* 3. *p.* 97. Quid, quod nec ipsi majestate præditi de jure divino morali, vel naturali, quicquam recte remiserint, aut ejus vinculum dispensando laxaverint; quippe cujus juris auctoritas, uti ab ipsis non est profecta, sic nec in eorum arbitrio ac potestate est. Nec satis gravis unquam videri potest subesse causa, quæ rationis rectæ dictamen, quæ jussa divina labefactare valeret atque subvertere, Principemve ad id faciendum movere, Besoldus *delib. juris ad Pand. lib.* 1. *quæst.* 13. §. *de dispensatione pag.* 49. Quemadmodum nec sine justa & urgente causa, ac utilitate quadam publica dispensationem fieri, suadent justitiæ gubernatricis regulæ; cum omnis relaxatio legis æquæ ac bonæ temere facta non possit non aliquod post se trahere reipublicæ detrimentum; imo pro modo relaxationis etiam utilitatem publicam, ex utili lege profluentem, minui necesse sit; nisi alia æquali vel majore utilitate, causam dispensationi dante, aliunde pensetur, Grotius *de jure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 24. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 60. Besoldus *delib. juris ad Pand. lib.* 1. *quæst.* 11. *in fine.*

26. Dicta de legibus etiam ad Senatusconsulta fere transtuleris, postquam placuit, vice populi senatum consuli & jus posse condere, nimium aucto civium numero, quam ut in unum convocari posset legis sanciendæ gratia, aut eo saltem colore quæsito, *l.* 2. §. 9. *ff. de orig. juris*, §. 5. *Instit. de jure natur. gent.* & *civili*, confer *DD. ad d.* §. 7. Aulum Gellium *Noct. Attic. lib.* 14. *cap.* 5. Rosinum *Antiquit. lib.* 7. *cap.* 6. 7. 8. Illud tamen silentio haud involvendum, antiquissimis etiam temporibus cum ipsis urbis primordiis Senatusconsulta fuisse nota, teste Suetonio *in vita Vespasiani cap.* 8.

in fin. Et quia sub Imperatoribus, quorum solertia & ambitione potissimum in Senatum potestas populi translata fuit, candidati Principis orationes in Senatu recitabant, ut ex mente Principis Senatusconsulta fierent, subinde orationibus Principum adscriptum invenitur, quod alibi ex Senatusconsultis dicitur obtinuisse. Ne de alimentis futuris testamento relictis transigatur, oratione D. Marci cautum fuit, *l. cum hi* 8. *ff. de transact.*; idem tamen tribuitur Senatusconsulto, *l. eleganter* 23. *§. item* 2. *ff. de condict. indeb.* legalem hypothecam ei qui in ædium refectionem credidit, Senatusconsulto, atque etiam D. Marci edicto jus nostro accepto fert, *l.* 1. *ff. in quib. caus. pig. vel hyp. tacite contrah.* junct. *l. si ventri* 24. *§. Divus* 1. *ff. de reb. aut jud. possid.* Alienatio rerum ad minores pertinentium, vetita oratione Severi & Antonini, sed & simul Senatusconsulto, *l.* 1. 5. *ff. de reb. eor. qui sub. tut. vel cura sunt*, junct. *l. si ad resolvendam* 7. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alien.* Brissonius *select. antiquit. lib.* 1. *cap.* 16. Gothofredus *in not. ad. d. l.* 7. *C. de præd. & aliis reb. minor.* Vinnius *de transaction. cap.* 6. *num.* 2.

27. Legi in multis similis est consuetudo; jus non scriptum, moribus utentium paulatim introductum, legis habens vigorem, *§. sine scripto* 9. *Instit. de jure natur. gent. & civili*, *l. de quibus* 32. *§.* 1. *l.* 33. *l. sed & ea* 35. *ff. h. t.* quam & *tacitum illiteratumque consensum* Gellius dixit *lib.* 11. *Noct. Att. cap.* 18. *fere in pr.* Hanc in statu quidem democratico populus liberrimo suo introducit arbitratu: cum enim legis condendæ potestatem habeat, nec alia de causa tunc quemquam lex teneat, quam quia populi judicio recepta est, merito & ea, quæ sine ullo scripto populus probaverit, tenebunt omnes; dum nihil interest, suffragio populus voluntatem, an rebus ipsis & factis declaret, *d. l.* 32. *§. ff. h. t.* Ast ubi omnis in Principem ferendæ legis potestas translata fuit, non aliter, quam concurrente ejusdem conniventia, diuturni gentis mores *legem imitabuntur*. Sic ut in hujusmodi regimine monarchico verum sit, quod a Constantino rescriptum in *l.* 2. *C. quæ sit longa consuetudo*, consuetudinis ususve longævi non vilem auctoritatem esse; verum non usque adeo eam sui valituram momento, ut aut rationem vincat aut legem. Multoque magis id de peculiaribus hujus aut illius familiæ, vel collegii consuetudinibus circa jus succedendi, primogenituram, & alia statuendum esse, plenius exsequitur Andr. Tiraquellus *de jure primogenituræ quæst.* 16.

28. Non minus autem in consuetudine, quam legibus, justitia desideratur & rationabilitas; sic ut id, quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus obtinere non debeat, nec deinceps in judicando servari, sed in universum aboleri potius, velut iniqua morum corruptela, *lib. quod non ratione* 39. *ff. h. t.* arg. *l. injuriarum actio* 13. *§. ult. ff. de injuriis*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 31. *num.* 12. *& seqq.* Rebuffus *ad constit. regias tom.* 3. *de consuetudine in præfat. num.* 42. 44. Neostadius *Curiæ supr. dec* 2. *circa fin.* Qualium corruptelarum pessimarum superiori seculo per varias Belgii partes receptarum, sed & una quasi fidelia per Philippum Hispaniarum Regem, Belgii tum Principem, deletarum catalogum prolixum vide sis, *in d'ordonnantie op de criminele justitie van. Kon. Philips* 5. *Julii* 1570. *art.* 61. *vol.* 3. *placit Holl. pag.* 1032. Ex quibus facile dijudicari potest, neque communis DD. opinionis neque Glossarum auctoritatem ullam esse, si cum ratione pugnare ac communem continere errorem demonstretur.

29. Quia vero paulatim introducitur, necesse fuit, non tantum longum tempus concurrere, dictante illud inscriptione tituli Codicis, quæ sit longa consuetudo, & denominationibus longævi usus, vetustatis, inveteratæ consuetudinis, diuturnæ, per annos plurimos observatæ, inveterato usu stabilitæ, antiquitus probatæ, & servatæ tenaciter, similiumque, *lib. de quibus* 32. *§. l.* 33. *l.* 35. *ff. h. t. l. ult. C. quæ sit longa consuetudo*; sed & actuum liberorum sine vi ac metu interpositorum frequentiam, *l.* 1. *C. quæ sit longa consuet. d. l.* 32. *§.* 1. *lib.* 35. *l.* 38. *ff. h. t.* Cumque nuspiam vel annorum, vel actuum numerus expressus sit, judicis prudentis æstimationi id videtur relinquendum: quamvis hic miris modis varient interpretes, ut videre licet apud Mascardum *de probatione conclus.* 424. *num.* 14. & *seqq.* Menochium *de arbitrar. judicum lib.* 2. *casu* 81. & 83. Rebuffum *ad constitut. regias tom.* 3. *d. tractat. de consuetudine*; Andr. Hayl. *libr.* 2. *observ.* 31. *numer.* 7. Perperam sane præfinita a jure præscriptionum tempora consuetudini introducendæ applicueris; cum alia longe præscriptionis, quam consuetudinis ratio sit, nec ullum præscriptione jus introducatur alios deinceps ligaturum, uti quidem consuetudine semel nata totus populus incipit devinctus esse. Duos etiam actus haud quaquam sufficere, vel inde arguitur, quod in *d. l.* 1. *C. quæ sit longa consuet.* & *l. an in totum* 3. *C. de ædificiis privatis* (quarum legum utramque constitutionis unius partem esse, ex supra scriptione & subscriptione colligi potest) jubeatur illud statui, *quod frequentes in eodem controversiarum genere servatum fuit*. Nihil in contrarium faciente *l. ubi numerus* 12. *ff. de testibus*, nam, etsi demus, numero legibus non expresso, generaliter pluralem numerum contentum esse; frustra tamen id ad præsentem de consuetudine controversiam retuleris, in qua non simplex actuum pluralitas, sed frequentia requisita est, *d. l.* 3. & *d. l.* 1. Bronchorst 1. *enantioph.* 8. Vinnius *ad §.* 9. *Inst. de jure natur. gent. & civili*, *num.* 4. Paulus Voet *de statutis sect.* 3. *cap.* 1. *num.* 10. & *seqq. ad num.* 20.

30. Nec interest, quibus actibus suam populus voluntatem declaret: non enim judiciales tantum, sed & extrajudiciales ad consuetudinem introducendum proficere, vel inde constat, quod in *l. nam Imperator.* 38. *ff. h. t.* consuetudo proponitur tanquam diversum quid ab actibus judicialibus, ac serie rerum similiter judicatarum, dum *consuetudinem vel seriem rerum perpetuo similiter judicatarum* vim legis habere, Imperator rescripsit: quod absurdum esset, si non nisi ex judicialibus actibus rebusque judicatis consuetudo nasceretur. Cumque ad legem introducendam expressus sufficiat populi consensus, sine judicio judicisve auctoritate; ratio nulla est, cur magis ad consensus taciti declarationem judiciali auctoritate, vel confirmatione opus esset; maxime

quia nuspiam in legibus, de consuetudine tractantibus, actuum judicialium necessitas invenitur. Sane cum actus judiciales certiores sint & evidentiores, aut saltem certiorem ut plurimum magisque promtam ex actis publicis probationem habeant; non mirum, id consilii datum esse illis, qui consuetudini civitatis aut provinciæ confidere videntur, ut primum quidem explorent sollicite, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit, *lib. cum de consuetudine* 34. *ff. h. t.* sed si id ipsum non appareat, ad extrajudiciales recurri poterit, si modo probationem habeant, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 31. *num.* 8. Mascardus *de probation. conclus.* 427. Christinæus *vol.* 4. *dec.* 187. *num.* 7. 8. Radelantius *Curiæ Ultraject. dec.* 13. *num.* 3. 4. Mævius *ad jus Lubec. præliminari qu.* 7. *num.* 19. Zoesius *ad Pand. h. t. part.* 2. *de consuet. num.* 10. 11. Bronchorst. 1. *enant.* 10. Vinnius *ad d.* §. 9. *Inst. de jure natur. gent. & civili num.* 4. Paulus Voet *de statutis sect.* 3. *cap.* 1. *num.* 13.

31. Non aliter tamen actuum judicialium vel extrajudicialium frequentia consuetudinem parit, quam si actus omnes uniformes fuerint: si enim variatum fuisse appareat, & actibus pluribus uniformibus intermixtos intercessisse actus diversos vel contrarios, sicut modo hoc, modo aliud observatum inveniatur, non poterit ex actibus hujusmodi disparibus elici legitima consuetudo; cum nec ex iis unanimis constare possit tacite ad eandem necessarius populi totius consensus, arg. *l. nam Imperator* 38. *ff. h. t.* in verbis *perpetuo similiter,* Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 42. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 35. *def.* 2. Mævius *ad jus Lubec. præliminari quæst.* 7. *n.* 23. Niger Cyriacus *controv.* 523. *num.* 42. Responsa Jurisc. Hollan. *part.* 2. *cons.* 66. 67. Atque hinc nec ex actuum frequentia consuetudo fluit, quoties privati plurimi, qui jure communi scripto jus suum tueri poterant, sponte jure suo cesserunt; veluti fidem habentes instrumento non solemniter confecto, vel adversario potentiori, puta, fisco, hæreditatem tamquam patrimonium vacans, quod vere vacans non erat, vindicanti, cedentes, metu litium, vel earundem execratione, aliave de causa transigentes, si non ulterius de universa populi approbatione, & quasi *tacita civium conventione* (ut loquitur *l.* 35. *ff. h. t.*) doceatur: neque enim plures illi facto suo efficere possunt, ut & alii suis tenerentur cedere juribus, vel instrumentis forma legitima destitutis credere; sed magis in hisce similibusque admittenda foret regula, rem inter alios consentientes actam nocere non posse aliis contradicere ac jus suum defendere volentibus, Mascardus *de probation. conclus.* 429. *num.* 7. 8. 9. Lamb. Goris *advers. tract.* 3. *cap.* 12. *numer. ult. in med.* Mævius *ad jus Lubecense prælimin. d. qu.* 7. *num.* 16. 17.

32. Ceterum consuetudines aliæ notoriæ sunt, aliæ tales, ut non ita in confesso sit, eas usu populi firmatas esse. Notorias quod attinet, probatione non indigent, sed eas ad instar juris alterius cujuscunque scripti, atque ita certi, allegari in judicio suffecerit: cum enim notoria probari supervacuum existimetur, non est cur non ad consuetudinem jam vulgo notam id quoque producatur, arg. §. *sine scripto* 9. *Inst. de jure natur. gent. & civil. leg. imo magnæ* 36. *ff. h. t.* And. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 31. *num.* 17. 18. Mascardus *de probation. conclus.* 423. *num.* 26. *& seqq. & num.* 37. 33. *& concl.* 428. *in pr.* Christinæus *ad leg. Mechlin. in epilogo num.* 14. notoriis procul dubio annumeranda & ea, quæ publica auctoritate in scripturam redacta est, ut potest: nam uti ad essentiam legis scriptura necessaria non est, ita ex adverso nec ad consuetudinis essentiam pertinet, eam non scribi, Zoesius *ad Pand. h. t. part.* 2. *de consuetudine num.* 20. 22. Quod si de eo dubitetur, an utentium moribus consuetudo inducta fuerit; cum id ipsum facti sit, illam per eum, qui eandem allegat, eique confidit, doceri necesse est; sive actor sit, qui firmandæ intentionis causa ipsam allegat, sive reus ea suam nitatur exceptionem munire: eo quod affirmanti incumbit de jure probatio, qualis est, qui eandem usu inductam contendit, dum adversarius eam negat invaluisse arg. *l. ab ea parte* 5. *de probation. l.* 1. *C. quæ sit longa consuetud. l. an in totum* 3. *C. de ædific. priv. l. si quis reum* 4. *ff. de custod. & exhib. reor. l. testium fides* 3. §. *ult. ff. de testib.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 36. *num. ult.* Christinæus *vol.* 4. *dec.* 212. *num.* 47. *& seqq.* Mascardus *de prob. d. conclus.* 423. *num.* 20.

33. Quibus vero modis per testes, per instrumenta, per alios probandi modos consuetudo doceatur, plenissime excutit Mascardus *de probat. conclus.* 423. *& seqq. ad conclus.* 432. Et quamvis haud dubitandum videatur, quin plurium insignium Doctorum consentiens de consuetudine vigente testimonium auctoritatis non vilis sit, ac pro tali dispositione veritatis præsumtio in tantum militet, ut onus saltem probandi contrarium in adversarium transferri oporteat, Francisc. Niger Cyriacus *controvers.* 209. *num.* 41. idemque de assertione a collegio judicum interposita, in suo foro quid usu receptum testatur, dicendum sit, Struvius *ad Pand. h. t. num.* 21.; tamen ut unius pragmatici, quantumvis in jure eximii, de consuetudine testantis assertioni staretur, eoque modo consuetudo plene censeretur probata, nec ratio, nec jura patiuntur; cum de ea deponens versetur circa id, quod facti est, in quo & prudentissimos plerumque falli, observatum *l.* 2. *ff. de juris & fact. ignor.* ne dicam, testis unius responsionem non esse audiendam, ut plenam fidem faceret, etiamsi præclaræ curiæ honore præfulgeat, *l. jurisjurandi* 9. §. 1. *C. de testibus,* Mascardus *de probation. conclus.* 426. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 3. *cap.* 1. *num.* 20. 21. Quæ usque adeo vera puto in hac de consuetudine probanda quæstione, ut, licet in ceteris plerisque disceptationibus civilibus unius testis depositio, aliis quibusdam suffulta adminiculis, suppleri deinceps possit jurejurando suppletorio per judicem deferendo; id tamen hic admittendum non sit. Cum enim tali jurejurando actor id, quod minus plene probatum est, conscientiæ propriæ testimonio circa proprium, non alienum factum occupato confirmet; hic vero non de jurantis facto, sed populi totius consensu tacito, ac frequentibus non actoris, reive, sed aliorum actibus dubitatio sit; & præsupposita actuum frequentia ad consuetudinem necessaria, non possit non esse pluribus notum, quod consuetudine obtentum est, apparet, nisi fallor, hic jurisjurandi suppletorii materiam defice-

ra, Joach. a Beust. *ad l. admonendi* 31. *ff. de jurejur. num.* 397. Mascardus *de probat. concl.* 423. *num.* 5. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 54. *num.* 82.

34. Etsi autem interpretibus antiquioribus multis haud displicuerit, testium duorum fide dignorum de consuetudine depositionem posse ad plenam ejus probationem sufficere, uti vulgo in ore duorum creditur omnis veritas consistere; tamen, quia hic non de unius litigantis, sed populi totius observando in posterum jure agitur, adeoque civium omnium utilitas vertitur aut præjudicium; prudentius eos censere putem, qui turbam testium non pauciorum quam decem, ad consuetudinis probationem desiderant: maxime cum hoc non adeo grave probaturo videri possit; quippe qui consuetudini confidens, præsupponit necessario tacitum populi eandem introducentis consensum, atque ita civium, si non plerumque, at saltem plurimorum scientiam, sine qua consensus nullus est: ut proinde nec difficulter numerosiorem testium turbam inventurus sit quisquis consuetudinis introductionem ex vero allegaverit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 14. Joh. Papon. *libr.* 9. *tit.* 1. *art.* 20. Zoesius *ad Pand. h. t. part.* 2. *de consuet. num.* 20. *in fin.*

35. Quid quod nec turbam testium in probationem adduxisse suffecerit, quoties illi singulares sunt, & de diversis singuli deponunt actibus: neque enim aliter hic fidem fecerint, quam si de actuum frequentia non tam ex aliorum relatione, quam ex propria experientia, addita scientiæ suæ ratione, ita testentur, ut in actuum, quos allegant, circumstantiis inter se respectu temporis, rerum, ac personarum non varient, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 31. *numer.* 15. 16. Mascardus *de probationib. conclus.* 424. *numer.* 11. & 22. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 42. *numer.* 1. 2. Cristinæus *vol.* 4. *dec.* 212. *num.* 48. & *seqq.* Paulus Voet *de statutis sect.* 3. *cap. numer.* 22. Quemadmodum nec simplex facti negatio, testium depositione comprehensa, ad consuetudinis probationem efficax est; dum se non novisse ajunt, vel non vidisse, hoc aut illud ea in regione servari; sed necesse est, ut de actibus in contrarium gestis assertionem faciant, atque ita deinceps his actibus repugnans nihil se unquam audivisse, vel vidisse testentur. Neque enim solo non usu, actuumque defectu, sed demum actuum contrariorum palam exercitorum frequentia, antiqua tolluntur jura; cum sæpe vel transactionibus interpositis occasio deficiat utendi juribus etiam æquissimis in civitate probatis, Donellus *comment. juris civilis lib.* 1. *cap.* 10. *in med.* Mævius *ad jus Lubec. quæst. prælimin.* 7. *num.* 16. & *seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechliniens. in epilogo num.* 13. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 60. *num.* 3. Mascardus *de probation. conclus.* 429. *num.* 6. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 34. 35. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 185. *quæst.* 1.

36. Vis consuetudinis est, ut ad sui observantiam æque cives obstringat atque lex, cum eam imitetur, §. *sine scripto* 9. *Instit. de jure natur. gent.*, & *civil. lib.* 32. §. 1. *lib.* 33. 35. 38. *ff. h. t.* Cui consequens est, ut similem cum lege interpretationem, & pariles ad casus extensionem ex rationis similitudine recipiat: præsertim quia etiam *rationem*, *quæ consuetudinem suasit, custodiendam esse* rescriptum est, *lib.* 1. *Cod. quæ sit longa consuet.* ac de sola consuetudine erronea invenitur constitutum eam in aliis similibus non obtinere, *lib. quod non ratione* 39. *ff. h. t.* Quod & usibus hodiernis est maxime conveniens, quoties consuetudinibus jura romana videmus subversa: cum enim multa apud nos inveterato usu, etiam ante notum hisce in locis jus Quiritum, inducta sint, nostrumque jus civile constituant; fieri aliter haud potuit, quam ut exemplo legum cujusque loci plenissimam interpretationem, & ad similia extensionem admittant; & ex opposito erronea censeantur axiomata, *consuetudines stricti juris esse*, *nec ultra casum de quo loquuntur, producendas ad consequentiam*, quæque hujus farinæ plura sunt. Adde *num.* 23. *h. t.*

37. Nec minus ex dictis profluit, legem priorem non modo per legem posteriorem, sed & per consuetudinem abrogari posse; nam cum nihil interesset suffragio populus suam voluntatem declararet, an rebus ipsis & factis; rectissime quoque illud receptum fuit, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed & tacito consensu omnium per desuetudinem tollerentur, aut mutarentur, §. *pen. Instit. de jure natur. gent. & civili, l. de quibus* 32. §. 1. *in fin. ff. h. t.* Sic nec clausula in legibus, præcipue municipalibus, haud infrequens, *non obstante consuetudine*, id ipsum impediat; quippe quæ de præteritis tantum consuetudinibus, non aliis in posterum demum introducendis accipienda est. Nam uti privatus nemo sibi legem dicere testamento suo potest, ut a priore voluntate ei recedere non liceat, *lib. si quis in principio* 22. *ff. de legatis* 3., ita quoque, cum non semper leges pari utilitate maneant commendabiles, qua primitus fuerant introductæ, mutatis subinde moribus ac temporibus; absonum plane fuerit, id velle lege cavere, ne in melius ea novis, sive legibus sive consuetudinibus, a recta ratione commendatis reformetur, Zoesius *ad Pand. h. t. part.* 2. *de consuetudine num.* 15. 16. Ceterum quæ de consuetudine legem priorem abrogante dicta sunt, de ea quidem, quæ rationabilis est, & in statu democratico (in quo penes populum condendæ legis potestas est) introducitur, expedita satis. Verum si non ratione, sed errore eam obtentam esse appareat; uti legis vigore destituta est, & aliis similibus in casibus deinceps haud observanda, *lib. quod non ratione* 39. *ff. h. t.*; ita nec legem ratione justa & æquitate suffultam vincet, *lib.* 2. *C. quæ sit longa consuetudo*. Non magis sane, quam in monarchico regimine sancitas a Principe constitutiones usu contrario utcunque inveterato populus sustulerit, nisi de tacito Principis consensu ac conniventia constet. Nam cum omnem legis condendæ potestatem populus in Principem transtulerit, & naturali ratione ejus sit solvere, qui potest ligare, ac ejus sit nolle, qui potest velle, *l.* 4. *ff. de regul. juris*, qui quæso posset invito legislatore abrumpere legum frena, ipse legis ferendæ exutus potestate? arg. *lib. prætor ait* 5. §. *Divus Hadrianus* 5. *ff. de sepulchro violato*. Donellus *comment. juris civil. lib.* 1. *cap.* 10. *post. med.* Christinæus *volum.* 1. *decis.* 291. *num.* 1. 2. 3. Bronchorst 1. *enant.* 9. *in med.* Zoesius *ad Pand. h. t. part.* 2. *de consuetud. num.* 29. & *seqq.* Plane, si non contra, sed præter legem,

de iis quæ jure scripto definita non sunt, consuetudinem a populo introducendam concipias, vix est, ut peculiarem tunc Principis conniventiam cum scientia conjunctam exegeris; sed magis eum non contradixisse, etiam ignorantem, aut eandem non sustulisse sufficiet; præsertim cum probabile non sit, omnes peculiares subjectorum usus moresque legislatori perspectos esse. Ac de his consuetudinibus, juri scripto non adversantibus, accipi commode possunt, quæ reperiuntur *in l. de quibus* 32. *pr. lib. diuturna* 33. *ff. h. t. d. part.* 2. *num.* 18. *&* 23.

38. Quibus porro modis aliis tum legis, tum consuetudinis tollatur obligatio, puta, lege posteriore, vel consuetudine priori consuetudini contraria, ex ante traditis manifestum satis. Et ne artis nostræ vocibus quis hæsitet, admonendi sumus, *antiquari* proprie legem, quæ nondum perlata fuit, seu non lata, sed rogata atque rejecta: *abrogari* eam, quæ semel perlata, in universum tollitur: *derogari* legi, cum vel prior pars legis tollitur; vel generaliter ex lege vetere quo minus quid fiat nova lege sancitur; *surrogari*, cum quid primæ legi adjicitur; *abrogari*, cum mutatur aliquid ex prima lege. Et quia tunc cum legi derogatur, subrogatur, aut abrogatur, ea non in universum vires perdit; recte a Paulo scriptum est, novum non esse, ut priores leges ad posteriores trahantur, *l. non est novum* 26. *ff. h. t.* Rævardus *ad legem* 12. *tabularum cap.* 1.

39. Quamvis autem a civilis sapientiæ peritis merito observatum sit, non adeo facile, neque temere, leges figendas ac refigendas esse; mutationes tamen earum probandæ omnino, quoties evidens reipublicæ utilitas innovationem comitatura est, & majus speratur commodum novæ, quam metuitur incommodum antiquæ legis. *Non profecto ignoras*, inquit Gellius Noct. Attic. lib. 20. cap. 1., *legum opportunitates & medelas pro temporum moribus, & pro rerum publicarum generibus, ac pro utilitatum præsentium rationibus, proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus, mutari atque flecti, neque uno statu consistere; quin ut facies cœli & maris, ita rerum atque fortunæ tempestatibus varientur.* Atque ita leges duodecim tabularum per legem Æbutiam in multis correctas fuisse atque emendatas, testis est idem Gellius *lib.* 16. *cap.* 10. Ipsumque jus prætorium introductum fuisse, non adjuvandi tantum vel supplendi, *sed & corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam*, Papinianus scripsit, *l. jus autem* 7. *§.* 1. *ff. de justit. & jure.* Tali autem utilitate notabili non apparente, secundum jam dicta recedendum haud foret ab eo jure, quod diu æquum visum est, *l.* 2. *ff. de constit. Principum*, Rittershusius *ad novellas in proœmio cap.* 3. Adde meam orationem *de jungenda Romani & hodierni juris scientia.*

40. Quisquis vero juris semel publicati & recepti abrogationem allegat, ab eo, cum id facti sit, probatio exigenda est. Cum enim leges ea condantur mente, ut & perpetuo durent, & a populo observentur: consequens est, ut pro earundem obligatione, ususque duratione præsumptio militet, donec contrarium probatum fuerit, Menochius *de præsumpt.* 2. *num.* 4. Gratianus discept. *forens. cap.* 559. *num.* 55. *& seqq.* Mævius *ad jus Lubecense, quæst. prælimin.* 9. *n.* 71. Quod & tunc verum censeo, cum de promulgatione quidem constat, sed promulgatam populus unquam usu recepisse negatur. Etsi enim & hoc facti sit, quod usu recepta fuerit, atque inde probationem receptionis ab eo, qui ait, desideret, Menochius *d. lib.* 2. *præsumpt.* 2.; rectius tamen pro usu juris promulgati, ac prima ejus receptione æque ac pro recepti duratione, in dubio præsumendum est; cum utique pro subjectorum tanquam bonorum & legis audientium obedientia conjectura magis capienda videatur, quam ut eos crederemus fuisse legis contemptores, quandiu id probatum non est. Mantica *de tacitis & ambig. convent. lib.* 5. *tit.* 13. *num.* 42. Gratianus *d. cap.* 55. *n.* 58. 59. & alii apud Menochium *d. loco citat.*

41. Illud sane expeditum arbitror, legis nunquam receptæ, nunquam observatæ, nullam esse vim, si ab ejus promulgatione longum fuerit elapsum tempus, & contra legis novæ dispositionem populus pristini juris observantiam secutus sit, Menochius *d. libr.* 2. *præsumpt.* 2. *in pr.* Jacob. Coren. *observat.* 1. *lit y, & z,* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 60. *num.* 3. Mævius *ad jus Lubecens. quæst. prælimin.* 9. *num.* 75. Paulus Voet *de statutis sect.* 12. *cap.* 2. *num.* 2. 3. etsi enim solo non usu legem non abrogari ante dictum sit *num.* 35.; actibus tamen frequentibus, contra ejus dispositionem admissis, nec per legislatorem postea reprobatis, eam viribus ab initio destitui, vel ex postfacto privari obligandi virtute, per ibidem tradita certum est. Atque ita passim per Hollandiam fideicommissa videmus sustineri, & de rebus fideicommissi jure affectis jus dici in fideicommissariorum eas vindicantium utilitatem, licet in acta publica relatio eorum facta non sit, quam Edicto quodam perpetuo ann. 1624. 30. Julii Ordines Hollandiæ fieri præceperant: non alia de causa, quam quia nunquam illa fideicommissorum insinuatio ex tempore legis primitus editæ plene fuit in usum deducta, (licet alibi jus tale non uno loco servetur, ut alibi dicendum) teste Grœnevvegio *ad libr. ultim. C. de jure dotium.*

42. Neque tamen ideo existimandum, promulgata solemniter lege provinciali, per Ordines provinciæ generaliter omnibus subjectis lata, hanc aut illam civitatem tunc posse sola negligentia atque non usu sese legis illius dispositioni subducere, reliquis civitatum aliarum incolis obligatis manentibus: sed potius eos, qui sibi constitutionem non conducere arbitrantur, id ipsum oportet solemniter adductis rationibus apud Ordines exponere, & sic vel juris ante conditi abrogationem, vel jus singulare sibi impetrare, arg. *l. leges sacratissimæ* 9. *C. h. t.* Jacobus Coren *observ.* 1. *in. pr. &* versu *Want aangaande.* Hanc certe viam ingressi quotquot, mitigatum anno 1580. Scabinicum successionis intestatæ jus ex usu suo suæque civitatis haud esse, persuasi erant: in quorum gratiam ideo anno 1599. novum succedendi jus, Aesdomico veteri proximius, novo placito indultum est. Secuti eandem Roterodamenses, cum anno 1604. 23. Decembris jus repræsentationis in linea collaterali ad sextum usque gradum in sua civitate, ac regione civitati respondente, extendi ab Ordinibus impetrarunt, cum passim aliis in Hollandiæ civitatibus jus illud non ultra quartum gradum productum sit.

43. Quod attinet vulgatum illud, cessante ratione legis, ipsam quoque cessare legis dispositionem, tum demum id recte admiseris, cum in aperto est, omnem omnino rationem, qua legislator motus fuit, in universum deficere. Si enim plures ab initio causæ ad legem sanciendam impellentes concurrerint, quæ singulæ seorsim consideratæ, sufficientes erant ad producendam talem legis dispositionem, & dein, sublatis quibusdam, nonnullæ etiamnum supersint, legem necdum tunc suum perdituram officium aut obligandi potestatem, verius est, arg. *§. affinitatis* 6. *&* 7. *Instit. de nuptiis*, Joh. a Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 9. *defin.* 20. *in fine*. Giurba *ad consuetud. Messanens. cap.* 1. *gloss.* 1. *part.* 1. *num.* 3.

44. Unum restat excutiendum, qualem interpretationem lex nova, legis prioris aut consuetudinis correctionem complectens manifestam, recipiat? Non desunt, quibus placuit, cancellis adeo angustis novæ legis coarctare virtutem, ut *legem novam correctoriam in suis terminis propriis servandam, nec ad alios casus ex rationis paritate aut identitate, imo nec majoritate, extendendam esse, observat.* 38. *numer.* 8. 9. 10. Sed quia non minus de novis legibus, quam de prioribus, imo magis de novis, quam antiquis, plenius jam usu ventilatis, certum est, non omnes articulos singulatim iis comprehendi posse, ac propterea legis omnis natura postulat, ut, probe cognita ejus ratione sive expressa, sive certo certius subaudita, ad similia producatur, *l.* 12. *l.* 13. *ff. h. t.* omneque jus, quod nunc de novo conditur, aliquando inveteratum futurum est, uti leges, nunc per jus novum emendandæ, aliquando & ipse fuerunt novæ: non potest non suadere sana ratio legum novarum ad similes casus extensionem; sic ut in quibus eadem aut similis majorve ratio militat, in iis eadem quoque locum habere debeat juris dispositio, tanquam ex mente legislatoris in ipsa legis definitione comprehensis. Exemplo sit ex jure Quiritium lex Aquilia, quæ cum omnibus legibus de damno injuria dato agentibus derogasset, *l.* 1. *ff. ad leg. Aquil.* & ipsa tantum coerceret damna corpore & in corpus data; utiliter tamen ad damna non corpore sed in corpus data prudentum interpretatione extensa fuit, *§. ult. Instit. de lege Aquilia, l. quia actionum* 11. *ff. de praescript. verbis*. Neque tamen ideo negandum, strictiorem esse faciendam juris novi priora emendantis interpretationem; in quantum non ultra ad casus alios extensionem patitur, quam quatenus illi pro conservanda novæ legis justitia, ad eandem ex necessitate reduci, & sub ejus dispositione comprehendi debent; alia liberiore extensione, quæ salva novæ legis justitia & rationabilitate evitari potest in universum cessante, arg. *l. de emancipatis* 13. *§. cum enim* 2. *C. de legitimis hered. l. ult. in fin. C. ad Senatusc. Tertullian.*; cum enim inconstantiæ vitium damnari sæpe soleat, & variatio sine urgente nova causa improbetur: credendum est, legislatorem etiamnum ejusdem esse sententiæ, cujus & ante fuit, quoties novi juris ratio sententiam ipsius priorem non reddit inutilem aut infirmatam. Cujus exemplum est in tit. de inofficioso testamento circa extensionem Novellæ 118. & plura occurrent in materia successionis ab intestato. Atque eo sensu verum est vulgatum illud: Ea, quæ non inveniuntur expresse correcta, veterum legum constitutionumque regulis relicta censeri, *l. præcipimus* 32. *§. ult. C. de appellat.* Menochius *de præsumption. lib.* 6. *præf.* 33. Augustin. Barbosa *axiom. juris usufrequent.* 60. *num.* 3. 4. 5. 6. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 65. Vinnius *ad §.* 5. *Inst. de adoptione num. ult. in fine*.

TITULUS IV.

De Constitutionibus Principum.

SUMMARIA.

1. *Quo jure Princeps Romanus potestatem suam exercuerit?*
2. *Quid sit Principis constitutio, edictum, decretum, rescriptum, interlocutio, oratio, mandatum, subscriptio seu adnotatio, pragmatica sanctio?*
3. *Rescripta justitiæ & gratiæ sunt inutilia, si per sub & obreptionem impetrata sint; ac semper in iis subauditur clausula: si preces veritate nitantur.*
4. *Quid juris sit, si rescriptum, per sub & obreptionem impetratum, plura capita contineat?*
5. *Inutilia quoque rescripta, quæ carent die & consule, vel Principis subscriptione, vel contra jus & utilitatem publicam sunt impetrata.*
6. *Ut & ea, quibus jus tertio quæsitum adimitur.*
7. *Nisi justa subsit causa, veluti delictum, aut utilitas publica; quo posteriore casu æquivalens præstandum.*
8. *Non tamen adimit jus quæsitum, si jubeat destrui, quæ non jure extructa erant.*
9. *Nec, si permittat ædificari in publico cum incommodo vicinorum.*
10. *Nec, si impediat, ne quis re sua male utatur, etiam concedendo rescripta moratoria.*
11. *Nec, si privilegia concedat, qualiacunque illa fuerint, dum vel jus fisci remittit, vel monopolii jus certis personis concedit, vel tertio nocet; & quid libello supplice exprimi debeat, si quis cum tertii læsione privilegium velit ex justa causa impetrare.*
12. *Privilegia, alia personæ, alia rei seu causæ sunt, & utraque vel certæ personæ aut rei, vel generaliter certo personarum aut causarum generi conceduntur.*
13. *Personalia cessione non transeunt, realia contra.*
14. *An & quando in dubio privilegia præsumantur esse realia vel personalia.*
15. *Privilegia civitati, provinciæ, vico, pago data, hodie faciunt magna ex parte jus municipale.*
16. *Privilegia strictam recipiunt interpretationem, ne ad alias personas aut res extendantur simili vel majori ratione, nisi aliud suadeant circumstantiæ privilegii.*
17. *In ipsis quoque personis privilegio comprehensis stricta interpretatio facienda, si contineantur ea, quæ odiosa sunt; jus publicum aut jus tertii tollentia.*
18. *Non tamen tam stricte, ut privilegium vel inutile, vel absurdum fieret.*
19. *Si nullius tertii, sed solius concedentis jus lædant, plenissime privilegiorum interpretatio facienda est.*
20. *Extinguuntur privilegia personæ vel rei interitu,*

cui concessa. An reviviscant, re vel collegio redintegrato?

21. *An & pereant revocatione concedentis, & quando, ac quibus de caussis revocatio illa licita sit: quando non?*

22. *An pereant renunciatione? & strictissimam esse renunciationis interpretationem, si ea rebus ipsis ac factis contigerit.*

23. *Universitati data privilegia non pereunt universitati per renunciationem privatam quorundam membrorum: imo quandoque nec ipsi renuncianti.*

24. *An pereant privilegia praescriptione?*

25. *Non pereunt morte concedentis; licet data fuerint, arbitrio dantis revocanda.*

26. *Quibus remediis experiundum sit pro privilegiorum tuitione ac conservatione, si de violatis municipiorum privilegiis quaestio sit.*

1. CUM lege Regia populus imperium omne ac potestatem transtulisset in Principem, non mirum fuit, idem dein eum potuisse, quod olim populus. Atque adeo, uti in libera republica praesente ac teste populo sine ullis aliis solemnitatibus pater familias testamentum condebat; sic postea testamentorum omnium solemnitatem superasse visum fuit, quod Principis conscientiam habuisset testem, *l. omnium* 19. *C. de testamentis*. Et ut populus leges ferre, latas abrogare, vel quosdam jure singulari legum vinculis eximere potuit; ita quoque deinceps sanciendae, tollendaeque legis arbitrium penes Imperatores constitutum fuisse, nulli dubium, *l.* 3. *in fin. ff. de officio praetoris*, *l.* 1. *ff. h. t. §. sed & quod* 6. *Instit. de jure natur. gent. & civili.* Quinimo quod de proconsule in provinciis Ulpianus scripsit *l. si in aliam* 7. *§. ult. ff. de offic. procons. & legati*, nempe, *cum plenissimam habeat jurisdictionem, omnium partes, qui Romae vel quasi magistratus vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere;* id de Romanis Principibus plenius tradit Dion Cassius *Histor. lib.* 53. *pag. mihi* 507. 508. dum eos sub obtentu illarum dignitatum, quae in libera republica viguerant, & quarum titulos non aspernabantur, puta, consulum, censorum, pontificum, tribunitiae potestatis, suum exercuisse imperium demonstrat. *Omnia*, inquit, *ex sententia Imperatoris aguntur: quod ne videantur Imperatores ex potentia, potius quam legibus habere omnia, quae in populari forma reipublicae multum valuerant, Senatu populoque volentibus, ea cum ipsis nominibus in se recipiunt, excepta dictatura. Consules enim fiunt saepe numero, & quoties extra pomoerium sunt, proconsules dicuntur; nomenque Imperatoris, si aliquam victoriam retulerint, sed & alii omnes ad significandam plenam suam & perfectam potentiam, semper gerunt, loco nominis regii & dictatoris: quae semel e republica sublata ut non imponunt sibi, ita eorum vim ac rem ipsam imperatorio titulo confirmant. Horum nominum ratione exercitus scribendi, pecunias conficiendas, bella suscipiendi, pacem faciendi, peregrinis atque urbanis rebus perpetua & in omnia valente potestate imperandi, atque etiam intra pomoerium equites senatoresque necandi, aliaque omnia, quae consulibus aliisque cum pleno imperio magistratibus facere licet, agendi jus habent. Ex censoria autem appellatione in vitam & mores nostros inquirendi, census agendi, in equestrem ac senatorium ordinem adscribendi, aliosque ex iis removendi pro suo arbitrio licentiam consequuntur. Quod autem omnibus sacerdotiis inaugurati sunt, ac plerosque in ea collegia adsciscunt, semperque unus eorum (siquidem duo vel tres simul Imperatores sint) summum Pontificatum gerit; eo fit, ut omnes religiones & sacrificia in sua habeant manu. At tribunitia potestas, quam praeclarissimus quisque Imperator olim habuit, efficit, ut intercedere iis, quae ab aliis contra ipsorum placitum moventur, possint; ac sacrosancti sint, ita ut si vel minimo sermone se ab aliquo laesos existiment, ipsum indicta causa, tamquam qui se piaculo obstrinxerit, necare queant. Genere quidem tribunatum plebis nefas ducunt Imperatores, cum utique ipsi patricii sint; omnem vero tribunitiam potestatem, quanta unquam maxima fuit propriant; & quia quotannis eam cum tribunis plebis ejus anni renovant, annorum imperii ipsorum hinc summa concipi solet. Haec igitur singula cum legibus fuerint stabilita in ea republicae institutione, qua penes populum erat summa rerum, Imperatores cum ipsis nominibus sibi sumunt, ut nihil sibi a subditis non datum habere videantur.* Et quamvis infrequens non fuerit, ut duo vel tres simul eodem tempore Romano praefuerint Imperio, velut socii majestatis ac collegae; non tamen eo monarchicum regimen interruptum fuisse credendum est: *unius enim dominatio* (ut idem Dion Cassius d. lib. 53. ait) *etsi aliquando duo vel tres rerum potiti sint, rectissime dicitur.*

2. Est autem Principis constitutio, quod Principi placet, ut legis habeat vigorem. Quod ipsum multis solitus fuit explicare modis, puta, *edicto, rescripto, decreto, l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t. d. §.* 6. *Inst. de jure natur. gent. & civili*, ibique Theophilus *in paraphrasi*. *Interlocutione*, quae est pronunciatio de plano sine solemni ordine cognitionis, *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§. quaeri possit* 5. *ff. ad senatusc. Turpill. Oratione*, quam nomine Principis soliti in Senatu recitare Principis candidati, ut in ejus sententiam fieret Senatusconsultum, *l. unic. §.* 2. *& ult. ff. de offic. quaestoris, l.* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, l.* 1. *§.* 1. *ff. de tut. & curat. dat. ab his l.* 3. *ff. de donat. inter vir. & uxor. Mandato*, quod praesidibus, aut procuratoribus, aliisque similibus in provincias profecturis, aut aliter negotia expedituris, dabat, ut laudabiliter partes sibi commissas administrent, *tit. Cod. de mandatis Principum, novell.* 17. *&* 114. Lamb. Goris *ad l.* 19. *ff. de offic. praesidis*, verbo, *unde mandatis adjicitur*, post adversaria. Adde Carolum Eman. Vizzanium *tract. de mandatis Principum. Subscriptione seu adnotatione;* dum privatorum potissimum libellis supplicibus subscribebat breviter, *l.* 1. *C. de diversis rescriptis & pragm. sanct. l.* 5. *C. ad leg. Corn. de sicar. l.* 3. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 2. *C. de bonis vacant. l.* 6. *C. de precibus Imperatori offer.* cujus subscriptionis formam ac formulam exhibet Brissonius *antiquit. select. lib.* 3. *cap.* 7. Ac denique *pragmatica sanctione*, qua de corporum & collegiorum ordinumque publicis causis ad eorum libellos plenius rescribebat, adhibitis in consilium pragmaticis seu viris peritis, *l. ult. C. de diversis rescript. & pragmat. sanct. l. ult. C. de proximis sacror. scriniorum.* De quibus prolixius DD. *ad §.* 6. *Inst. de jure nat. gent. & civili.*

3. Ex omnibus vero constitutionum speciebus non alia frequentiora sunt, quam rescripta; quæ tamen ipsa variis ex causis inutilia esse possunt: puta, si per subreptionem & obreptionem impetrata sint; id est, vel expresso in libelli supplicis narratione mendacio: vel suppressa veritate, qua enarrata, Princeps aliter fuisset rescripturus; aut ea expressa quidem ex parte, sed involucro verborum ac callida locutione, ad dissimulandum comparata; vel confusa atque perplexa narratione, sic intricata, ut deliberatam fugiat Principis conscientiam, Menochius *de arbitr. judic. lib.* 2. *casu* 201. *num.* 9. *&* *casu* 202. *num.* 10. *&* *seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 14. *num.* 4. 5. Jac. Coren *observ.* 27. *num.* 131. 132. *&* *seqq.* Qualem improbum ac mendacem precatorem non modo carere debere impetratis, etiam legibus consentaneum sacrum oraculum obtinuisset; sed & si nimia mentientis inveniatur improbitas, eum insuper severitati judicantis subjiciendum esse, imo falsi crimine teneri, constitutum est *l. etsi non* 4. *l.* 5. *C. si contra jus vel utilit. publ. l. si quis obrepserit* 29. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, mulctandos insuper esse judices, qui vetuerint precum argui falsitatem, *l. puniri* 3. *C. si contra jus vel util. publ.* In omnibus enim rescriptis, etsi expressa non inveniatur, subintellecta tamen semper est ista conditio: *si preces veritate nitantur*: sive rescripta *justitiæ* sint, qualia, quæ ad causæ cognitionem ac definitionem spectant; sive *gratiæ*, quæ scilicet præter jus commune vel criminis perpetrati remissionem continent, vel beneficii concessionem, dum forte monopolii species artifici, opifici, aliisque similibus, velut inventi novi præmium conceditur; ut prolixissime docet Jac. Coren *observat.* 27. *num.* 85. *&* *multis seqq. usque ad finem.* Quamvis enim de potestate Principis haud disputandum sit, & id faciens sacrilegii reus habeatur, ut dictum *tit. de legibus num.* 25.; tamen de voluntate ac scientia ejus disquirendi licentia haud denegata; in quantum velle non censetur, qui erroneis, falsisque narrationibus seductus, & negotiorum multitudine in narratorum veritatem anxie inquirere impeditus, rescriptum emisit, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 14. *num.* 6. 7. Ut proinde judicibus, a quibus admittenda & confirmanda rescripta sunt, veritatis inquirendæ necessitas incumbat; usque adeo, ut, si non cognitio, sed executio fuisset rescripto mandata, detecta per inquisitionem fraude petentis, de omni tamen negotio cognosci debeat, *l. & si non* 4. *C. si contra jus vel util. publ. cap.* 2. *extra de rescriptis*. Andr. Gayl. *d. libr.* 1. *obser.* 14. Groenevvegen *ad l. ult. C. de diversis rescriptis*.

4. Quod si plura rescripto per obreptionem impetrato capita contineantur, quorum unum principale est, reliqua accessoria, subreptio circa principalis negotii impetrationem commissa inutilia quoque faciet, quæ accessionis loco habentur; cum accessorium sequatur suum principale, nec subsistere queat, illo non subsistente. Secus quam obtineret, si capita diversa rescripto comprehensa per se singula subsisterent, a se mutuo non dependentia: tunc enim rescriptum non nisi pro ea parte, in qua obreptum fuisse patet, irritum censeri debet ac vitiatum; reliquis capitibus pari vitio non laborantibus in suo vigore mansuris; ne utile corruat per inutile, dum ab inutili potest separari, Andr. Gayl. *d. libr.* 1. *observ.* 14. *num.* 5.

5. Sed & auctoritate carent rescripta personalia, quæ sine die & consule sunt, *l. si qua* 4. *C. de divers. rescriptis*. Cum enim non omni tempore liberum fuerit Imperatori supplicare, non lite pendente, nec pendente appellatione, multoque minus post definitivam sententiam, aut transactionem, quo sopitæ refricarentur quæstiones; nisi quis petat actorum communium vel sententiæ editionem, vel ut judici judex adjungatur, vel ut lis terminetur & sententia feratur, *l.* 1. 2. 3. *C. ut lite pendente vel post provocationem aut definitiv. sent. nulli liceat Imperatori supplicare, l. ult. C. sententiam resc. non posse, l. causas* 16. *C. de transact. novell.* 113. *cap.* 2. dijudicari sine diei & consulis adjectione non potuit, utrum licito an illicito tempore quis supplicatione interposita sibi rescripti principalis auxilium obtinuerit. Et quamvis hodie etiam pendente lite supplicare Principi permissum sit, quoties quis restitutionis auxilium implorare cupit, teste Zypeo *notit. juris Belgici tit. in de integr. restit. in fine*; non tamen ideo a veteri jure, diei adjectionem in rescriptis desiderante, recessum puto; cum & ad falsitatem rescripti arguendam, & ad alia diei adjectio proficere queat. Nec minus viribus destituuntur, quæ subscriptione Principis munita non sunt, seu, ut Imp. ait, cocti muricis & triti conchilii ardore, seu encausto non signata, *l. sacri affatus* 6. *C. de divers. rescr. & pragm. sanct.* de quo encausto Pancirollus *de reb. deperditis lib.* 1. *tit.* 2. ibique Salmuthus *in notis*. Quibus consequens fuit, non exempla rescriptorum, sed tantum authentica, atque ipsa originalia fidem facere, *l. sancimus* 3. *C. de divers. rescript. & pragm. sanction.* Inefficacia insuper censenda, quæ juri contraria, vel fisco damnosa sunt: quippe quæ ab omnibus judicibus refutari debere constitutum est, *l. nec damnosa* 3. *l. rescripta* 7. *C. de precibus Imperator. offer.* arg. *l. jubemus nullam* 10. *Cod. de sacros. eccles.* Nisi Principem ex certa scientia a jure communi voluisse recedere manifesto constet; dum vel crimen supplicantibus indulget, vel ea concedit, quæ non lædunt alterum, & prosunt petenti, *d. l.* 7. *C. de prec. Imp. off. tot. tit. ff. & C. de sentent. passis & restit.*

6. Invalida denique rescripta, quæ jus tertio quæsitum adimunt; cum illibatam dominorum in res suas potestatem esse, nec cuiquam mortalium jus suum a Principe detrahi oportere, aut in cujusquam injuriam beneficia debere concedi, ipsa Principum rescripta dictent, *§. ult. Instit. de his, qui sui vel alien. juris, l. nec avus* 4. *C. de emancip. liberor. d. l. rescripta* 7. *C. de precib. Imperator. offerend.* Qua de causa nec exceptionem peremtoriam suo potest Imperator rescripto enervare, *l. quoties* 2. *C. de precib. Imperat. offerend.* nec in creditoris præjudicium dilationem indulgere debitori non idonee satisdanti *l. universa* 4. *C. de precib. Imp. off.* nec ex transactione legitima, vel contractu quocumque alio quæsitam obligationem exscindere aut infirmare; vel resuscitare litem sopitam, *l. causas* 16. *C. de transaction. l. de contractu* 3. *C. de rescind. vend.* ne in suum quidem, aut fisci commodum, *d. l.* 3. *in fine*, cui conveniens est, ut & ipse stare teneatur contractibus, quos cum suis inivit subjectis. Et-

si enim conventionum solemnibus ligatum non esse Principem ex *tit.* 3. dictis constet; ab ipsa tamen obligatione, quæ ex contractu sponte per ipsum celebrato juxta rationis naturalis ac juris gentium principia descendit, quæque ipsum non tam ut Principem, quam potius ut hominem tenet, resilire suo arbitratu nequit, eamve ex plenitudine potestatis eludere: cum ita ei, quicum contraxit, ademturus esset jus ad rem, & agendi potestatem ex contractu quæsitam. Ne dicam, grave semper vel in ipsis privatis fuisse habitum, fidem fallere, *l.* 1. *ff. de constituta pecun.* ut proinde longe gravius id in Principe censendum sit; in quo ante omnia dictorum factorumque constantia exuberare debet, & a quo, velut justitiæ omnis & æquitatis fonte, ac lege animata omne alterius fraudandi consilium abesse oportet, omnemque iniquitatem. Everhardus *in loco, a plenitudine potestatis*. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 15. Ant. Matthæus *de auction. l.* 2. *cap.* 11. *n.* 2.

7. Nulli interim dubium, quin, justa urgente causa, privato per Principem recte jus quæsitum adimatur: dum vel in pœnam id fit, publicato ob crimen patrimonio, parteve ejus; vel postulante necessitatis aut utilitatis publicæ favore; dummodo hoc casu posteriore æquivalens detur, quod rei vel juris ademti vices rependat, & quam parcissime diminuatur domini jus, *l. venditor* 13. §. 1. *ff. commun. prædior. l.* 2. *C. pro quib. causis servi pro præmio, l. si quando C. de operibus public.* Invito proinde domino lapides ex ejus lapicidinis cædi, soluto salario, uti consuetudine, sic & rescripto constitui potest; suadente id publico ædificiorum inde construendorum aut reficiendorum aspectu, *d. l.* 13. §. 1. *ff. commun. prædior.* Viis quoque publicis edacitate fluminis aut chasmate absumtis, vicinus proximus recepto pretio viam de suo præstare compellendus est, *l. si locus* 14. §. 1. *ff. quemadm. servitut. amitt.* ibique Gothofredus *in notis*. Nec minus Fabricæ publicæ, vel operis alterius publici struendi gratia proximas ædes æstimatas dirui, Principis auctoritas decernere potuit, *d. l. si quando* 9. *C. de operib. public.* Similique modo hodiernis moribus receptum est, ut & civitatum magistratus, & aggerum præfecti, mœnium amplificandorum, fossarum dilatandarum, aquæ ductuum faciendorum, aggerum struendorum aut reparandorum gratia, tum ædificia privatorum, tum agros in publicum redigant, æstimatione dominis soluta; sive ad id privilegio aliquo generali ab Ordinibus majestate præditis muniti sint, sive speciatim ab iis impetraverint certis in casibus id ipsum faciendi potestatem. Hugo Grotius *manduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 32. *num.* 8. Responsa Juriscons. Holland. *part.* 1. *consil.* 184. *et part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *in med.*

8. Non tamen jus quæsitum adimere videtur, quoties perperam ædificata destrui mandat; ædes forte contra formam publicam extructas, & aspectum publicum deformantes, aut publica in via positas, usuique publico nimis officientes, angustatis platearum spatiis, aut latitudine porticibus minuta; vel denique sit mœnibus aliisque publicis junctas operibus, ut ex iis incendia vel insidias vicinitas reformidet, *l. ædificia* 14. *C. de operibus publicis, l.* 2. §. *si quis nemine* 17. *ff. ne quid in loco publ.* junct. *l. sanctum* 8. §. *ult. ff. de rer. divis. l.* 2. *et* 3. *ff. ne quid in loco sacro*; cum enim tales non jure faciant, &, ut ita dicam, faciendo delinquant, non sane Princeps peccaverit destructionem præcipiens arg. *l.* 1. §. *ult. ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat*; & cum a privatis damnum sine spe reparationis pati cogatur, qui illicite exstruxit, nullam etiam habiturus cautionis de damno infecto exigendæ licentiam, *l. qui bona fide* 13. §. *si qui juxta* 7. *ff. de damno infecto*; quid ni Princeps damno exstructorum mactet eos, quo contra utilitatem publicam comperit nullo jure ædificasse?

9. Sed nec quæsiti juris privatio est, si in publico loco ædificandi potestatem privato Princeps faciat, etiam cum vicinorum damno; nam etsi simpliciter impetrans a Principe, *ut in publico loco ædificare liceat*, credendus non sit in dubio obtinuisse, ut id cum vicinorum agat incommodo; nominatim tamen id ei posse indulgeri a Principe, Ulpianus auctor est, *l.* 2. §. *merito* 10. & *seqq.* & §. *si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publ. vel itin. fiat.* Uti enim privatus quisque suo in solo vel ipse ædificare, vel alteri facultatem illic exstruendi concedere potest, etiamsi vicinis inde damnum immineat, obscuratis forte luminibus, aut prospectu impedito, quoties ipsi non constituit de luminibus, prospectuve haud officiendo servitutem: ita non jure quis parem Principi circa loca publica potestatem denegaverit, qua vel ipse, vel ex ejus concessione alius in publico extruat cum vicinorum illorum detrimento, quibus nulla servitute constituta competere non poterat impediendi jus, atque ita nulla quoque fiebat injuria. Quamvis non desint, quibus placuit verba illa, *nisi forte quis hoc impetraverit*, in *d. lib.* 2. §. 16. referre ad vicinos, quasi non a Principe, sed a vicinis illud jus ædificandi cum eorum incommodo impetratum fuisset: quod tamen minus convenire puto primis verbis d. paragraphi, in quibus agitur de eo, qui simpliciter a Principe impetraverat, ad oppositionem ejus, qui non simpliciter, sed & cum incommodo vicinorum ædificandi potestatem nactus erat.

10. Multo minus quæsiti juris ademtionem sapit, quoties id Princeps agit, ne quis re sua abutatur, eamve perdat, sive nimiam exercendo sævitiam, sive intempestivam faciendo crediti exactionem, sive sua dissipando; cum intersit reipublicæ, ne quis re sua male utatur, §. 2. *Inst. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Quo fundamento non modo prodigis recte bonis interdicitur, & domini olim servos nimis duriter habitos, ac intollerabili affectos injuria, jubebantur bonis divendere conditionibus, *d.* §. 2. sed & rescriptorum moratoriorum justitia defenditur: talia namque indulgendo, licet Princeps creditoribus agendi potestatem ad tempus demat; tamen tantum abest, ut ita his eorum diminuisse videri posset, ut potius ipsis in tuto collocet totum jus crediti, quod intempestiva, ac sæpe per calorem iracundiæ præcipitata executione, magna fuissent ex parte subversuri: dum non aliter ea concedit obæratis, quam si de solidi debiti solutione, post lapsum temporis facienda, idoneam datis fidejussoribus interponant cautionem; sic ut merito dixeris, nullorum magis interesse, quam ipsorum creditorum, rescripto tali debitores muniri, *l. universa* 4. *C. de precibus Imp. offerend. l. ult. C. qui bonis cedere possunt.*

11. Non denique jus quæsitum tollit Princeps, beneficia atque privilegia concedendo. Nam etsi olim vetitum fuerit privilegia privatis hominibus irrogari, ac justum fuerit creditum, leges non ad singulares personas, sed ad omnes subjectos pertinere, ut dictum *tit. de legibus num.* 5.; posterioribus tamen temporibus id mutatum fuisse in aperto est, *§. sed & quod* 6. *Inst. de jure natur. gent. & civili l.* 1. *§. ult. ff. h. t. l. privilegia quædam* 196. *ff. de reg. juris l. quod vero contra* 14. *ff. de legibus.* Neque tamen ideo, ut dixi, jus quæsitum tollitur per Principem, beneficia ac jura singularia personæ vel rei seu causæ contemplatione concedentem. Quod ut innotescat magis, considerandum puto, præter ea, quæ proprie Principum beneficia dicuntur, & nulli nocent, triplicem esse speciem privilegiorum, quibus læsio alicujus videri posset inesse. Sunt enim, quibus Princeps suum tantum seu fisci jus remittit, sibique nocet, dum a tributis, vectigalibus, aliisque similibus publicis oneribus ac functionibus immunitatem certis indulget personis, certisve hominum universitatibus; aut pœnarum mulctarumque compendia fisco cessura remittit; aut privatis permittit agrorum desertorum, alluvionum, fundorumque diu inundatorum, & ita fisco quæsitorum inclusionem munitionemque ac exsiccationem; & quæ hujus generis dantur alia non pauca. Sunt & alia, quibus ex peculiari favore certis tantum conceditur personis per monopolii modum exercere hanc aut illam artificii, opificii, aut mercaturæ speciem, quam ipsi vel industria peculiari excogitarunt, vel adinventam ante auxerunt plenius ac excoluerunt, vel sumtu suo atque periculo utilem effecerunt ac fructuosam; quo reducenda Societati Indiæ tum orientalis tum occidentalis indulta negotiandi per istas regiones potestas, tum exclusione aliorum, qui societatum illarum participes non sunt; quæque in dies rerum novarum inventoribus, typographis sumtuosa volumina edituris, aliisque id genus pluribus concedi moris est. Sunt denique talia, quibus jus tertio vel ex lege vel ex beneficio quæsitum tollitur directo. Primam speciem quod attinet, cum suo tantum juri tunc Princeps renunciet, frustra læsionem tertii in ea quæsiveris. Secundam quod spectat, etsi plerisque aliis extra personas aut societates privilegio donatas lucrandi spes omnis ex certo opificio aut mercaturæ modo sic præclusa sit; non tamen ideo jus quæsitum dici potest iisdem ademtum; sed potius aliis sua lucrandi spes, quam multorum sæpe annorum industria, ac patrimonii vel periculo vel dispendio quæsiverant, censeri debet privilegio firmata: ut ita ex æquitate naturali ac juris regulis intacta penes eos maneat spes lucri, qui primo subierunt damni metum; utque honores & præmia ferant, qui (ut dici solet) versiculos fecerunt, atque non aliis, sed sibi aratra ferant, sibi mella nidosque parent. Tertiæ vero privilegiorum speciei inclusam esse juris tertio quæsiti ademtionem, supponitur quidem, sed tamen & verum est, non esse hæc cuiquam in alterius injuriam concedenda a Principe, nisi id suadeat vel publica necessitas, vel ingens utilitas; adeoque non nisi talibus positis circumstantiis ac requisitis, quibus & Principem ex plenitudine potestatis jus tertio quæsitum adimere posse, superius est traditum arg. *l.* 2. *§. merito* 10. *ff. ne quid in loco publ. vel itin. fiat, Beneficium alteri in alicujus injuriam tribuere, moris nostri non est,* inquiunt Imperatores in *l. nec avus* 4. *C. de emancip. liberor.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 21. 22. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 205. Unde & ad obtinenda privilegia talia, quibus jus alteri quæsitum adimendum foret, necesse est, ut ea impetrare volens libello supplice nominatim jus tertio quæsitum exponat: jura quoque ac privilegia anteriora, ex quibus videri posset, aliis jam ante jus quæsitum esse, ibidem enarret; ut ita Princeps (qui probabiliter quidem scire præsumitur jura universalia, sed non peculiaria quæque statuta, locorum singulorum ac collegiorum consuetudines, aut privilegia privatis data) plenissime ex narratis instructus, sine obreptione ex certa scientia privilegium decernat, auditis etiam ipsis illis, quorum jura privilegio tollenda vel minuenda forent. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 201. *num.* 136. 137. 138. *& seqq.* Jacob. Coren. *observ.* 27. *num.* 147. *et seqq. ad num.* 153. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 205.

12. Dividuntur privilegia, quod alia personæ sint, alia rei seu causæ. Personalia dicuntur, quæ personæ concessa, cum ea extinguuntur, nec ad hæredes transeunt. Realia, seu causæ, quæ rei cohærent, & ad hæredes, aliosque successores transmittuntur, *l. privilegia* 197. *ff. de reg. juris, l. ætatem* 3. *§.* 1. *l. forma* 4. *§. quanquam* 3. *ff. de censibus, l. immunitates* 4. *ff. de jure immunit. l. exceptiones* 7. *pr. & §.* 1. *ff. de except.* Personalia autem sunt non ea tantum, quæ uni certæ personæ data, sed & quæ toti certarum personarum generi generali lege concessa. Sic quondam pupillis pro administratione tutelæ, uxori pro recuperatione dotis privilegium inter tutorum, ac maritorum creditores tributum, ipsis solis, non item hæredibus, aliisque successoribus prælationem præbebant, *l. dubitanusque* 19. *§.* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possidend. l. unic. C. de privilegio dotis, §. fuerat* 29. *Inst. de action. l. ex pluribus* 42. *ff. de admin. et peric. tutor.* Maritis quoque solis de dote conventis, ut & ceteris, quibus beneficium competentiæ a lege datum, id ipsum prodest; nequaquam hæredibus, *l. maritum in id.* 12. *et ll. seqq. ff. soluto matrimon. l. et si fidejussor.* 24. *§.* 1. *et ll. seqq. ff. de re judicata, l. exceptiones* 7. *pr. ff. de exception. præsc. et præj.* Quemadmodum ex adverso etiam causæ privilegia non rei seu causæ tantum singulari, sed & generaliter indulta fuisse, in propatulo est: nam & actioni judicati, contra condemnatos intentandæ, privilegium dilationis mensium quatuor est additum, non ipsis tantum condemnatis, sed & hæredibus, ac aliis in locum eorum succedentibus profuturum, *l. tempus* 29. *de re judicata,* & actioni funerariæ cohærens privilegium, religionis favore, non funeranti tantum, sed & hæredi ejus agenti utile est, ut dicetur *tit. de religiosis.*

13. Quæcunque autem privilegia sunt personalia, illa, uti ad hæredes non transeunt, ita nec cessione juris aut actionis in aliam possunt personam transferri, cum ea ratione personam egrederentur contra concedentis intentionem, *d. l. ex pluribus* 42. *ff. de admin. & peric. tut.* Tiraquellus *de retract. convent. §.* 1. *glos.* 6. *num.* 12. Contra, si quæ rei seu causæ vel actioni cohærent, ea cessione transi-

re nihil impedit: ubi enim genus actionis locum facit beneficio, ibi, ad quemcumque persecutio ejus devenerit, non deficit auxilii ratio, *l. in omnibus* 68. *ff. de regul. juris*, *d. l. tempus* 29. *ff. de re judicata*. Et quamvis forsitan extra privilegiorum materiam non universaliter verum sit, illud omne, quod ad hæredes transire potest, etiam posse cessione transferri; tamen, cum rei seu causæ privilegia dicantur ex eo, quod rei seu causæ ipsi adsint & insint, æquum est, ut, quemadmodum ipsa causa seu actio recte ceditur, ita & inhærens ei privilegium cedendo censeatur translatum. Vide Tiraquellum *de retractu gentilit.* §. 26. *glos.* 3. *num.* 29. Ant. Matthæum *de auction. l.* 2. *cap.* 6. *n.* 31. 32.

14. Quod si de indulto privilegio non satis constet, an personæ tantum, an magis causæ concessum sit: illud ex onerosa vel gratuita concessione dijudicari oportere censent Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 2. *num.* 13. *& seqq.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 7. *num.* 50. sic ut gratis data putent in dubio personalibus, ex contractu oneroso impetrata realibus, annumeranda esse: eo quod quisque sibi & hæredibus suis contraxisse præsumitur, *libr. si pactum* 9. *ff. de probation.* Sed cum contractus & onerosa causa impedire non debeat restrictionem eius, quod odiosum est, maxime, si per modum privilegii indultum sit; ac gratiam ipsam gratuitamque concessionem non raro præcedant benemerita, benevolentiam Principis non minus provocantia, quam ex contractu numeratum pretium; ideo inspiciendum magis arbitror, utrum id privilegio comprehensum sit, quod favorabile est, & publicam utilitatem ac jus tertii non lædit; an contra odiosum, in præjudicium reipublicæ aut juris tertio quæsiti datum. Illo quidem casu, quia beneficia, quæ a Principum indulgentia proficiscuntur, quam plenissime interpretari debemus, rei potius, quam personæ ea tributa esse, præsumendum erit, arg. *lib. beneficium* 3. *ff. h. t.* Hoc vero in casu rectius personalia in ambiguo censenda forent, cum odiosa non videantur benigniore juvanda interpretatione, arg. *lib. cum quidam* 19. *ff. de liberis & posthumis*, *lib.* 2. §. *merito* 10. *&* §. *si quis a Principe* 16. *ff. ne quid in loco publ.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 18. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis section.* 2. *cap.* 3. *num.* 7. Ut tamen haud sit eundum inficias, quin ex variis personarum rerumque circumstantiis aliis, de eo, an personæ, an rei concessum videatur privilegium, quandoque statuendum sit, uti id pluribus tractat Menochius *de præsumpt. lib.* 3. *præf.* 103.

15. Ceterum, ut in jure Romano privilegia commemorantur, non tantum certis data personis, vel certo personarum generi, veluti pupillis, sed & talia, quæ certis hominum universitatibus, puta civibus aut incolis vici, oppidi, regionis, provinciæ concessa sunt, *l.* 1. §. *ult. ff. ad municipal. l. non tantum* 17. §. 1. *& seqq. ff. de excusat. tutor. l. forma* 4. §. *quamquam* 3. *ff. de censibus*; ita quoque nunc id plures apud gentes, præcipue vero penes Hollandos, frequens esse ignorare nequit, nisi qui nostra in republica plane hospes est. Constat utique, plurima diversis temporibus ac seculis per Hollandiæ Comites civitatibus plerisque, quin & toti Provinciæ, privilegia fuisse tributa, vel ob fidem egregie præstitam, vel ob rem bello strenue navatam, vel ob subsidia Comitibus petentibus liberaliter extra ordinem soluta, vel ob subministratam fisco nummorum penuria laboranti pecuniam, velut juris singularis pretium; usque adeo, ut non contemnendam istorum privilegiorum a Comitibus datorum partem recte dixeris esse jura civitatis cujusque municipalia, ac politica de civium regimine leges, variis per varios voluminibus congestas. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud.* Holland. *lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 20. 21. *& seqq.* Merula *praxi civili lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 3. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 10. versu, *ten vysden.*

16. Interpretationem privilegiorum quod attinet; si quidem de ipso verborum sensu hæsitatio sit, ea fere, quæ de legum interpretatione *tit.* 3. dicta, huc quoque trahenda sunt. Neque etiam absurdum fuerit, ubi prævio libello supplice privilegia impetrata sunt, ex ipsius libelli verbis ac mente explicationem privilegii indulti derivare, sensumque eruere, Jacobus Coren *observ.* 27. *post num.* 112. Surdus *decis.* 291. *num.* 15. Quod si de eo quæstio sit, an strictam, an vero latam privilegia recipiant interpretationem, non sine distinctione id definiri potest. Etenim cum privilegia sint jura singularia certæ personæ, vel rei, vel etiam universitati hominum contemplatione concessa, strictam eatenus admittant interpretationem necesse est, ut non extendantur ultra personas aut causas, quibus indulta sunt; etiamsi in aliis personis causisve eadem aut similis majorve ratio inveniretur. Quamvis enim in re communi omnibus subjectis scripto, vigeat axioma: Eandem admitti debere juris dispositionem in casibus lege non expressis, in quibus eadem aut similis ratio militat, atque ita ad similia procedendum esse, *lib.* 12. 13. *ff. de legibus*; non tamen in privilegiis id probatum est; quippe quæ in exemplum trahi, aut ad consequentias produci, prorsus inhibitum, §. *sed & quod* 6. *Instit. de jure natur. gent. & civ. l.* 1. §. *ult. ff. h. t. l. quod vero* 14. *ff. de legibus.* Nisi ex circumstantiis evidentibus colligi possit, concedentis hanc fuisse intentionem, ut & ad personas non speciatim enarratas privilegii vires extenderentur. Qua ratione, cum pupillis pro administratione tutelæ privilegium in bonis tutorum edicto prætoris datum esset, ad exemplum vero pupillorum furiosis quoque, & prodigis, aliisque corporis aut animi vitio suo genere præditis, darentur curatores; etiam hos omnes privilegium in bonis curatoris habere obtinuit, etsi in edicto nulla eorum mentio esset, *lib. & mulieri* 15. §. 1. *ff. de curat. furios. & aliis extra min. dandis l. dabimusque* 19. §. 1. *& l. seqq. ff. de rebus auctorit. jud. possidendis.* Et cum mulieribus pro dote recuperanda privilegium prælationis datum esset, illud ad sponsas quoque, & puellas annis duodecim minores in domum mariti ductas, ac nuptarum loco habitas, interpretatione prudentum productum legimus; eo quod rei publicæ interesset, has quoque solidum consequi, ut nubere possent, *l. quæsitum* 17. §. 1. *l.* 18. *ff. de rebus auctor. jud. possid. l si sponsa* 74. *ff. de jure dotium.* Deficientibus autem hujusmodi circumstantiis, firmum manet, jura singularia non egredi personas privilegio comprehensas. Unde si quis pro se & *harede suo*

(in singulari) privilegium meruerit, in dubio primus tantum hæres, at non hæredis hæres eo gavisurus est, arg. *l. antiquitatis* 14. *C. de usufructu & habit.* Tiraquellus *de retract. convent.* §. 1. *glos.* 6. *num.* 18. Similique modo quæ ob opificii, artificii, negotiationis, aut studiorum exercitium privilegia concessa sunt, non recte iis quoque vindicaveris, qui nomine tantum tenus collegiis jure singulari honoratis adscripti sunt, arg. *l. si duas* 6. §. *& utique* 4. *ff. de excusat. tutor.* Joh. Papon. *lib.* 7. *tit.* 7. *arres.* 15. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 118. *num.* 8. 9. 10. *& seqq.*

17. Plane, quantum ad ipsas personas aut causas, quas privilegio comprehensas esse in aperto est, inspiciendum videtur, an privilegio indulto contineantur ea, quæ jure communi repugnant aut utilitati publicæ, vel jus tertio quæsitum (positis terminis habilibus) adimunt; an ex adverso nullius, aut solius concedentis jura diminuant. Si enim juri publico, vel alteri quæsito quid detrahi appareat, strictissimam merito interpretationem adhibueris, ut quam minimum juri communi derogetur, juribusque tertio quæsitis decedat: nam cum ipsæ leges posteriores, universo populo latæ, sic in dubio explicandæ sint, ut quam parcissime jus vetus subvertant, multo magis id in privilegiis contra communem juris universalis rationem inductis servandum erit, arg. *d. l. quod vero* 14. *de legibus*; maxime cum & manifestum sit, odiosa esse, quæ contra publicam utilitatem & jura publica, singulorum quoque jus asserentia atque firmantia, constituta inveniuntur; & ideo vel eo quoque nomine per interpretationem oportere restringi, arg. *lib. cum quidam* 19. *ff. de liberis & posthumis*, Didac. Covarruvias 1. *resolutionum cap.* 17. *num.* 13. *in fine*, Andr. Tiraquellus *de retractu in præfat. numer.* 62. 63. Grotius *de jure belli ac pac. lib.* 2. *cap.* 16. *numer.* 12. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 23. Utut enim verum sit, ipsa quoque jura singularia contra tenorem juris communis propter aliquam utilitatem auctoritate legislatoris constituta esse, quatenus ille non nisi justa ratione motus præsumitur jus alteri publico jure competens voluisse minuere, *l. jus singulare* 16. *ff. de legibus*; tamen cum in dubio privati cujusque commodum publicæ utilitati cedere & postponi fas sit; adhuc manebit illud, privilegia certis tantum personis aut causis primario faventia, juribus communibus in ambiguo minimum debere præjudicium inferre. Atque hinc est, quod & ipsa Principum beneficia, quæ tempore concessionis nullius tertii involvebant detrimentum, in dubio vires perditura sunt, quoties ob circumstantias supervenientes incipiunt tertio damnosa, atque ita iniqua esse, *l. ex facto* 43. *ff. de vulg. & pupil. substit.*

18. Interim non adeo in arctum coangustanda per interpretationem privilegia, ut nullarum essent virium, ac nihil operarentur ultra jus commune, *l.* 1. §. *ult. ff. ad municipalem*, aut absurdum continerent ineptumque sensum, Grotius *de jure belli ac pacis, d. lib.* 2. *cap.* 26. *num.* 12. aut denique per posterius privilegium tolleretur prius; cum potius in dubio ita posterius indultum accipiendum sit, ut prioris additamentum ac augmentum magis, quam ademtionem comprehendere intelligatur, *l.* 2. *C. de præpositis agentium in rebus.*

19. Quod si ex adverso nullius, aut solius concedentis juribus per privilegia quid detrahatur; beneficia talia a mera Principum benignitate proficiscentia quam plenissimam recipere interpretationem, dictat *l. beneficium* 3. *ff. h. t. l. si quando* 2. *C. de bonis vacant.* Grotius *de jure belli ac pac. libr.* 3. *cap.* 21. *num.* 14. *& seqq. & libr.* 2. *cap.* 16. *num.* 12. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 22. Quod & multo magis tunc admittendum, cum non ex simplici Principis beneplacito, sed ob benemeritum hujusmodi beneficia indulta constat, vel etiam per quandam contractus nominati vel innominati speciem; eo quod omnis remuneratio etiam in negotiis, quæ alioquin stricti juris sunt, pleniore atque benigniore interpretatione videtur adjuvanda, Tiraquellus *ad l. si unquam* 8. *C. de revoc. donat.* verbo, *donatione largitus num.* 48. & 85. Covaruvias 1. *variar. resolut. cap.* 13. *in fine*. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *vol.* 2. *consil.* 240. *num.* 11. *& seqq. & part.* 4. *consil.* 64. *& part.* 5. *consil.* 2. *pag.* 9. *&* 11. *DD. ad d. l.* 3. *ff. h. t.*

20. Extinguuntur privilegia variis modis; personalia morte personæ, cui data; realia interitu rei, cui concessa, *l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *ff. de regul. juris.* Quod si civitati, collegio, corpori, castro privilegium indultum sit, & hæc hostili violentia, aut prædonum incursu æquata solo, subversa, aut dissoluta fuerint; non ideo ipsum privilegium periisse credendum est: sed potius redintegrato hominum collegio, instaurata de novo civitate vel castro, idem jus singulare superesse censeri debet, quod ante fuit; cum periniquum foret, jam satis casu fortuito sine sua culpa afflictis, & bellica pressis calamitate aliam afflictionem addi, arg. *l. æde sacra* 73. *ff. de contrab. emtione l. cum loca* 36. *ff. de religios. & sumt. fun.* Aliter quam statuendum esset, si propter delictum, civitas aratrum passa aut castrum destructum, aut hominum universitas dissociata sit: tunc enim redintegratio, quæ forte per conniventiam tolerata fuit, non faciet reviviscere privilegia semel jure extincta, sed nova concessione opus foret; cum absurdius nihil sit, quam beneficia, legitimo peremta modo, sine nova voluntate Principis, a cujus solius indulgentia proficiscuntur, pristino restitui vigori, Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 61. *num.* 1. 2. 3. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 27. 28.

21. An & concedentis revocatione privilegia pereant, non expeditum satis. Distinctionem ab And. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 60. *num. ult.*, & Merula *in prax. lib.* 1. *tit.* 4. *cap.* 3. *num.* 33. adhibitam video, utrum subdito, an non subdito, privilegium concessum sit, ut illo quidem casu revocationem sæpe Principi permissam putent; hoc non item. Sed cum non magis suis sint fraudandi commodis subjecti, quam exteri, ac Princeps non minus illis, quam hisce, fidem ex jure gentium servare obstrictus sit, nulla sufficiens distinctionis talis ratio apparet, sive de privilegiis ex mero Principis beneplacito indultis quæstio sit, sive de illis, quæ ex præcedente quodam contractu aut causa descendunt. Rectius sentiunt, qui revocationis facultatem Principi tribuunt in iis privilegiis, quæ ex mera ejus liberalitate non præcedente vel subsequente conventione & obligatione profluxerunt, quæque ipse in-

definite sine ulla temporis adjectione concessit, aut (quod non infrequens) circa quæ tempore concessionis sibi potestatem revocandi, mutandi, diminuendive nominatim reservavit; eo quod hæc non alio, quam precarii jure videri possunt haberi atque possideri ab illis, quibus acquisita sunt; nec ullam dici potest injuriam inferre, qui precario concessa repetit, aut juri sibi reservato utitur, etiamsi nulla peculiaris subesset revocandi causa, Besoldus *delibat. jur. ad Pand. lib.* 1. *num.* 13. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. libr.* 1. *cap.* 2. *num.* 24. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 51. Ut tamen hic prudentis sit Principis in id incumbere, ne nimis facili & temeraria revocatione adimendo vesperi, quam mane dederat gratiam, sibi contrahat vacillationis & inconstantiæ dictorum factorumque pudendæ infamiam; unde nec in dubio illum ademisse aut adimere voluisse præsumendum est, juxta Menochium *libr.* 6. *præsumt.* 40. Si vero mediante contractu, interveniente causa onerosa, ob aliquod factum impletum vel implendum, aut dationem præsentem vel futuram privilegia concessa constet, vel ob benemerita talia & operas navatas, quæ sæpe tanti valent, quanti pecunia, arg. §. 2. *instit. de societate*, ne ex plenitudine quidem potestatis ac majestatis eorum revocandorum, mutandorum, aut imminuendorum potestatem sibi Princeps jure arrogaverit; nisi justæ legitimæ & satis graves de novo emergant retractandi causæ in sequentibus excutiendæ, Besoldus *in delibatis juris ad Pandect. lib.* 1. *num.* 13. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 30. Idemque ferendum de iis judicium, quæ, cum vel ex conventione, vel ob benemerita leviora, vel ex mera benevolentia Principum indulta essent, jurejurando tanquam leges fundamentales a successore suscepti imperii tempore fuerunt firmata, dum se ad omnium privilegiorum observationem solemniter obstringit: quod ut alibi fieri solitum, ita quondam durante Comitum regimine in hisce regionibus usitatum fuit, dum non ante in Comitis verba jurabat populus, seu repræsentantes populum Ordines, quam si prius ipse jurasset in verba populi, & ita ad privilegiorum conservationem ac tuitionem sese devinxisset, Besoldus *d. lib.* 1. *num.* 13. Hugo Grotius *d. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 22. *& seqq.* consult. JConsult. Holland. *part.* 5. *consil.* 2. *pag.* 18. 19. 20. Unde & solemnis Philippi Burgundi Hollandiæ Comitis processit promissio, de non concedendis mandatis ullis aut rescriptis, in præjudicium privilegiorum, quæ urbibus aut civibus Hollandicis tributa erant, tendentibus. 11. *Junii* 1452. *vol.* 2. *placitorum pag.* 658. Quod & repetitum privilegio Mariæ Burgundicæ 14. *Martii* 1476. *d. vol.* 2. *pag.* 658. *& seqq.* Et quamvis Hispaniæ Reges, tanquam Belgii Principes, multis censuerint obviam eundum esse corruptelis in administranda justitia tum civili, tum præcipue criminali frequentatis, ea tamen, quæ privilegii jure civitatibus aliisque invenirentur indulta, licet ipsum redolentia majestatis jus ac potestatem, intacta relinqui nominatim sanxerunt. *Ordonnantie op de criminele justitie van Kon. Philips* 5. *Julii* 1570. *art.* 15. 20. 79. *& alibi, vol.* 2. *placitorum pag.* 1007. Si tamen privilegia vel ad certum annorum numerum, vel in perpetuum sic impetrata sint, ut obreptum concedenti manifesto constet, suppressa veritate, vel mendacio suggesto; non dubium, quin impetrationis effectu quantocius per Principem privari possint mendaces tales precatores, per ea, quæ superius de laborantibus vitio rescriptis tradidi. Quemadmodum & justa ademptionis causa erit, si artifices, opifices, aliosve similes concesso sibi privilegio contra Principis concedentis intentionem in aliorum subjectorum fraudem abuti, probatum sit; ut unanimibus suffragiis judicatum tradit Jacobus Coren *observat.* 27. *num.* 157. *usque ad finem.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 29. ut &, si obtentu privilegii sibi ipsis jus dicant, factis magis ac violentiis & armis de privilegio contendentes, quam judicis competentis cognitione & auxilio implorato, *Placitum Car.* 5. 1. *Aprilis* 1521. *vol.* 2. *placitorum, pag.* 2056. quæ verissima, si tota illa artificum societas sic privilegio abusa sit: etenim si cum universitati indultum esset, per membra quædam ejus singularia, sine ipsius universitatis assensu, sub velamento privilegii peccatum fuerit, & publice privatimve nocitum; iniquum fuerit, ex paucorum forte facto insontes quoque ceteros atque ipsam universitatem quæsito jure fraudari; cum ibi utique pœnam esse conveniat, ubi noxa est, & peccata suos debeant tenere auctores, ac unusquisque ex suo admisso sorti subjiciendus sit, non alieni criminis successor constituendus; denique nec ulterius progredi metum oporteat, quam reperitur delictum, *l. sancimus* 22. *C. de pœnis*, *l. crimen* 26. *ff. de pœnis*, arg. *cap. si diligenti* 12. *in fine extra, de foro competente.* Andr. Gayl. *lib.* 2 *observ.* 60. *num.* 14.

22. Renunciatione insuper privilegium extingui manifestum est, cum quisque juri ac favori pro se introducto recte renunciet, *l. pen. C. de pactis*, sive ea expresse fiat, sive rebus ipsis & factis renunciandi voluntas evidenter declaretur; dum actus geritur privilegio, in non faciendo consistenti, in universum & directo contrarius, arg. *l. semper* 5. *§. ult. ff. de jure immunit.* junct. *l. Severus* 9. *§.* 1. *ff. de decurion.* veluti si corpori alicui seu collegio immunitatem præbenti allectus, sponte se alteri patiatur adscribi ordini tali, quo ipso jure desinit collegii prioris membris annumerari, & muneribus incipit reddi obnoxius, *d. ll. & l.* 1. 2. *C. de his, qui sponte mun. pub. subeun.* Hieron. Schurpfius *cent.* 1. *consil.* 14. *num.* 2. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 60. *num.* 10. si modo effectum actus sortitus sit, non si tantum tentatus. Præses Everhardus *consil.* 21. *paulo post medium.* Menochius *lib.* 6. *præsum.* 41. *num.* 12. Ut tamen ea, quæ ex rebus & factis colligitur, strictissimam admittat interpretationem; cum enim juris sui renunciatio donationis speciem in se involvat, ac nemo in dubio præsumatur donare velle, aut suum jactare; consequens est, ut in casu singulari sponte faciens id, quod vi privilegii declinare potuerat, atque adeo unum actum celebrans, a privilegio deviantem quidem, sed ei non directo & in universum contrarium, in casibus tamen aliis postmodum emersuris suo non sit privilegio destituendus. Quid enim, si a vectigalibus aliisve impositionibus immunitatem adeptus, aut a muneribus personalibus vacationem, tributa semel sponte solvat, munusve subeat? durum sane fuerit, hanc inde præsumtionem concipi, quod immunitatis & excusationis beneficium sibi in perpetuum voluerit ademtum.

Voluntariæ sane tutelæ munera privilegiis nihil derogare, rescriptum est, *l. voluntaria. 12. C. de excusat. tutor.* nec privilegium competens amitti, si quis muneris publici vacationem habens, honorem aliquem sponte susceperit, & jus publicum paulisper laxaverit, patriæ suæ utilitatibus vel gloriæ propriæ ad tempus serviturus, *leg. qui publici 2. Cod. de his, qui sponte publica munera subeunt*. Menochius *lib.* 6. *præsumt.* 41. *num.* 1. *& seqq.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *observat.* 60. *numer.* 10. 11. 12.

23. Quod si non singularibus personis, sed toti alicui hominum universitati privilegium datum sit, nec singulorum renunciationibus quicquam juris ipsi decedet universitati, nec singulorum factis privilegio contrariis illud subvertetur; cum nemo juri alieno renunciare possit; jus autem alienum sit ratione singulorum, quod toti universitati quæsitum est, arg. *l. sicut* 7. §. *si quid* 1. *ff. quod cujusque universit. nomine;* atque insuper iniquum sit, actus singulorum, ac forte paucorum, nocere universis ejusdem collegii, civitatis, aut alterius societatis membris, arg. *cap. si diligenti* 12. *in fine extra, de foro competent.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *obs.* 60. *num.* 13. 14. Menochius *d. libr.* 6. *præsum.* 41. *num.* 5. Præses Everhardus *consil.* 21. *prope finem*. Ne dicam, infrequens non esse, ut privilegio, quod universitati datum est, ne sic quidem membra ejus renunciare valeant, ut sibi ipsis sibique solis utendi beneficii potestatem adimerent. Qua ratione, licet ex juris Romani principiis liberum cuique fuerit renunciare fori præscriptioni, quapropter militiæ cingulum, vel dignitatis aut sacerdotii prærogativam munitus erat, *l. pen. Cod. de pactis;* rescriptis tamen Pontificum contra decretum fuit, ne quisquam clericorum pacto id agat, ut secularia subeat judicia; ratione addita, quod non esset personale hoc beneficium, sed potius toti collegio ecclesiastico publice indultum, cui privatorum pactis non erat derogandum, *d. c. diligenti* 12. *in fine extra, de foro compet.* & generaliter, quoties privilegia addictam habent clausulam irritantem & annullantem (ut loquuntur) omnes actus in contrarium gestos, nec renunciatione, nec facto contrario illa perire, vulgo a DD. traditum reperio, Andr. Gayl. *d. libr.* 2. *observat.* 60. *num.* 12. Hieron. Schurpf. *cent.* 1. *consil.* 14. *num.* 3. Menochius *libr.* 6. *præsumt.* 41. *num.* 10.

24. De præscriptione dubium, an & per eam privilegia pereant. Quod si in faciendo & actus alicujus exercitio consistant, ac toto illo tempore, quo præscriptionem impleri, leges aut mores gentis cujusque definiverunt, oblata non fuerit eorum exercendorum occasio; non est, quod præscriptio privilegiato opponatur. Ut enim agere non valenti ea non currit, ita nec illis, qui, si maxime voluissent, utenti privilegii objectis habilibus destituti fuerant, nec culpæ ullius argui poterant aut negligentiæ; quæ tamen præcipua præscriptionum admittendarum ratio est, arg. *l. & Atilicinius* 35. *ff. de servit. præd. rust.* Et ut iniquum visum fuit, itineris ad sepulchrum præscriptionem fieri ob usum ejus diutius intermissum, dum nullus forte illuc inferendus ultimum claudebat diem, *lege iter* 4. *ff. quemadmodum servit. amit.*, ita absurdum quoque fuerit, jurisdictionis aut meri imperii (quod nunc privilegiis annumeratur) juribus quemquam privari, quod forte toto seculi aut amplioris temporis intervallo nulli deprehensi fuerint supplicio aut corporis cruciatu plectendi. Idemque de similibus judicium esto, Dion. Gothofred. *in not. ad d. l.* 4. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 60. *num.* 2. 3. Carpzovius *definit. forens. part.* 2. *constit.* 3. *defin.* 23. Ant. Faber *Cod. l.* 7. *tit.* 13. *def.* 10. Plane si, cum exercendi privilegii non deesset occasio, ex eo tempore, privilegiatus toto spatio, præscriptioni legibus aut moribus definito, non fuerit eo usus, non dubitandum, quin illud quoque præscriptione periturum sit. Atque ita nundinarum majorum jure a Principe impetrato, non utendo decennii tempore, eum, qui meruit, amittere, Modestinus docet, *l.* 1. *ff. de nundinis*. Menochius *lib.* 6. *præs.* 41. *num.* 16. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 60. *num.* 1. 2. Carpzovius *d. defin.* 23. Hieron. Schrup. *part.* 1. *consil.* 14. *num.* 1. 2. Quod si in quadam monopolii specie consistant privilegia, veluti, ut soli privilegio donati hoc aut illud artificii genus exerceant, ut tantum intra urbes munitas & non ruri liceat cerevisiam coquere, navium fabricam exercere, &c. uti quondam Hollandiæ civitatibus hæc a Carolo V. inveniuntur indulta 11. *octob.* 1531. *vol.* 1. *placitorum pag.* 1268. & 18. *Januarii* 1559. *vol.* 2. *pag.* 2060., etiam in hisce præscriptio non reprobanda; saltem, ut, quotquot ruri tempore ad præscriptionem necessario opificia exercuerint, non intercedentibus neque impedimenta struentibus civitatibus, hoc jure singulari munitis, in posterum cogi nequeant judiciorum auctoritate ad opificii illius intermissionem: salvo tamen manente civitatibus suo privilegio, & impediendi jure quantum ad omnes alios, qui vel de novo instituere ruri vellent artificiorum exercitia, vel cum jam exercerent, necdum statuto ad præscriptionem tempore continuarunt; vigente hic vulgato axiomate: Tantum præscriptum & usurpatum esse, quantum possessum, & non plus, arg. *l.* 1. *§. si quis hoc* 4. *&* §. 6. *ff. de itin. actuque privat. l. qui fundum* 7. §. 1. *ff. pro emtore, l. quod meo* 18. *§. ult. ff. de acquir. vel admitt. possess. l. rerum mixtura* 30. *§. ult. ff. de usurp. & jus.* Consult. JCtor. Holland. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 186. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 84. 85.

25. Non tamen morte Principis, qui privilegium concessit, illud extinguitur, sive reale fuerit, sive personale, sive absolute datum, sive ita, ut ad libitum concedentis foret revocabile. Quamvis enim hoc ad libitum concedentis revocabile in universum a Principis voluntate dependeat, ac vulgo obtinuerit, quæ ab alicujus voluntate libera nutuque pendent, morte ejus evanescere, cum ultra vitæ finem voluntas humana se non extendat, *l. locatio* 4. *ff. locati*, & gratiosa concessio ad beneplacitum dantis indulta, morte ejus dicatur expirare, quasi cessante tunc beneplacito, *cap. si gratiose* 5. *de rescriptis in* 7.; considerandum tamen, Principem, qua talem, nunquam civiliter deficere, nunquam mori, sed in successoribus superesse. Unde quemadmodum morte naturali ejus, qui principatum gerit, aut aliud officium, non extinguuntur ea, quæ Principi, qua tali, vel alii, ut dignitatem gerenti, relicta sunt, (licet alias ejus sint naturæ, ut morte extinguantur) sed ad successores in officio transmittuntur, quasi non tam personæ, quam principatui & dignitati data,

lege quod Principi 56. *ff. de legatis* 2. *l. annua* 20. *§.* 1. *ff. de annuis legatis*; ita & ex rationis similitudine fas est, rebus humanis exemto Principe, qui ut majestate præditus, & qua Princeps beneficia ad beneplacitum revocanda largitus fuerat, ea ipso jure non interire; ut tamen ad exemplum ejus, qui sic privilegia concesserat, successor imperii quovis tempore eorum revocandorum sit habiturus potestatem. Nec alio sensu, quæ in *d. l.* 4. *ff. locati*, & *in d. cap. si gratiose*, occurrunt, accipienda putem, quam quod successori, ubi libuerit, arbitrium sit hoc modo concessa quantocius revocandi, perinde ac si morte concedentis fuissent perempta. Suadetque quam maxime hanc interpretationem conjunctio *precarii* cum locatione in *d. lib.* 4. cum aliunde constet, precarii concessionem morte quidem accipientis ipso jure finiri, non vero concedentis interitu; sed magis ad hæredem jus, qui concessit, transire; aut quod quis a Titio precario rogavit, id eum quoque videri precario habere a Titii hærede, *leg. quæsitum est* 8. *§. quod a Titio* 1. *leg. precario* 12. *§.* 1. *ff. de precario* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 60. *num.* 15. 16.

26. Ceterum ubi quis privilegio munitus (sive privatus, sive collegium, municipium, aut civitas) in ejusdem turbatur aut impeditur exercitio; non est quod factorum violentia, aut armis de jure suo contendat, etiamsi civitas a civitate privilegii violationem patiatur; maxime si non in ipsius civitatis privilegiatæ territorio, sed alibi privilegio impedimenta fiant. Sed nec consultum hisce regionibus fuerit, talionis jure aut repressaliis, ut loquuntur, remedium quærere, ne majoris inde tumultus, & initiorum belli civilis nascatur occasio, arg. *leg. non est singulis* 176. *ff. de Regul. jur. placitum Caroli V., prima Aprilis* 1521. *vol.* 2. *placitor. pag.* 2056. Quin potius jure experiundum apud judicem læsis lædentibusque competentem, juris sui tuendi gratia, idque vel remediis possessoriis; vel, si decreto civitatis unius alterius privilegia infracta videantur, appellatione ad superius tribunal interposita. Quamvis enim politicum magis sit, quam juridicum, decreta condere statuta municipalia; unde hujusmodi negotiorum disceptatio videri posset tribunalium excedere potestatem; juridicam tamen magis, quam politicam merito dixeris esse disputationem, cum de eo, an tali decreto vel lege municipali, vel etiam facto, tollatur jus alteri ex privilegio quæsitum, controversia est. Consul. JCtorum Holland. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 186. & *part.* 4. *consil.* 145. 146. quæ repetita *part.* 5. *consil.* 217. quod & plus semel, mea memoria, pro hujus nostræ Universitatis juribus, ac privilegiorum tuitione non sine felici eventu factum, impetratis a Curia suprema mandatis, conservandæ possessionis causa paratis, adversus eos, qui nostra tentassent turbare.

TITULUS IV. PARS II.

De Statutis.

SUMMARIA.

1. *Qua methodo de statutis tractetur, ac quid hic statutorum veniat appellatione.*
2. *Dividuntur statuta impersonalia, realia, & mixta; quid sint personalia, eorumque exempla.*
3. *Quid realia, & exempla eorum.*
4. *Quid mixta.*
5. *Summo jure nec personalia, nec realia, nec mixta operantur extra territorium statuentis, & quot modis quis subjectus esse possit.*
6. *Docetur id in specie de realibus.*
7. *Et plenius de personalibus.*
8. *Refelluntur argumenta dissentientium.*
9. *Potest tamen magistratus domicilii secundum suas leges infirmum habere actum, a suo cive alibi ex lege istius loci valide gestum; & vice versa, etiam prohibere sub pœna, ne hoc aut illud per civem suum extra territorium fiat.*
10. *Probatur mixta quoque statuta summo jure ultra territorium non operari.*
11. *Docetur, assertionem de statutis territorium non egredientibus non subverti ex eo, quod mobilia ubicunque sita devolvantur ab intestato secundum leges domicilii defuncti.*
12. *Consultum est, singulorum locorum magistratus aliquid de suo summo jure quandoque remittere, & alterius magistratus statuta ac decreta comiter observare: & hoc ita fieri in realibus statutis circa mobilia, non item circa immobilia.*
13. *Idemque multis populis placuisse circa statuta mixta, ut actus valeat, si modo adhibita sint solemnia loci, in quo gestus est.*
14. *Nisi quis dolo malo alio se contulerit, ut actum minore expediret solemnitate; vel lex municipalis expresse infirmos declaret actus peregrina solemnitate gestos.*
15. *Quid juris, si quis extra domicilii aut rerum sitarum locum alibi actum gesserit, neglectis solemnibus loci in quo actus geritur, & adhibitis iis, quæ lex domicilii, vel rei sitæ requirit?*
16. *De statutis personalibus non ita per generales regulas definiri potest, quousque alter alterius statuta ac decreta ex comitate servet.*
17. *Proponuntur exempla, in quibus vicinæ gentes mutua comitate, & ex conventione de summo suo jure remittunt, & vicini populi statuta ac decreta probant.*
18. *Per pacta recedi non potest a statutis, jus publicum aut publicam honestatem concernentibus, nec a statutis probibitoriis; a ceteris potest.*
19. *Etiam pacta tacita & præsumta hic admissa sunt, ac præsumendum, unumquemque contrahentem voluisse se accommodare statutis sui domicilii, ac eorum præscriptum probasse etiam quantum ad res immobiles alibi sitas.*
20. *Tacita tamen talis pactio non habet locum, cum statutum domicilii probibitorium est, nec civibus permittit in contrarium paciscî.*
21. *Uti nec, si nihil omnino gestum, actum aut contractum sit; adeoque nec in eo, qui moritur intestatus.*
22. *Alia de statutis ubi tractanda sint.*

1. QUod olim de Gallis Julius Cæsar libr. 1. de bello Gallico in pr. *eos* nempe *lingua, institutis, legibus diversos esse*, id etiamnum de Belgio universo, &, si linguam excipias, de fœderato verissimum. Unde cum non raro intricatissimæ ac prope inexplicabiles surgant de statutorum, legumque, ac consuetudinum tum provincialium, tum mu-

nicipalium auctoritate ac viribus controversiæ, quo usque suam quæque potestatem exserant, ubi diversa ac sæpe contraria diversis in regionibus de re eadem placuisse constat: operæ pretium me facturum credidi, si ex ipsis juris ac rationis naturalis principiis hujus materiæ tractationem compendiosam paulo altius repeterem; quod tribus præcipue me absoluturum spero; traditurus primo, quid ex summo jure obtinere debeat, quoties quisque populus sua jura mordicus, quo usque potest extendere, & tueri, aliena vero suis ex finibus arcere intendit. Dein quid ex comitate gens genti circa statutorum decretorumque extensionem ultra territorium statuentis liberaliter & officiose indulgeat, permittat, patiatur, ultro citroque; nullo alioquin ad id jure obstricta; & quomodo, ut pares utrimque servarentur comitatis fines, variis id inter cognatas ac confines gentes pactionibus publicis fuerint in nonnullis definitum stabilitumque. Tum denique, qua usque a legum municipalium ac provincialium dispositione quisque sive civis, sive exterus, per conventiones expressas recedere possit, aut per pactiones tacitas, ex præsumptionibus deducendas, recessisse censeatur. Illud in antecessum semel monuisse suffecerit, in hisce circa statutorum varietatem disceptationibus, non inferiorum tantum magistratuum, sed & supremorum Principum ac populorum majestate præditorum jura, sive expressa voluntate sancita, sive moribus utentium ac consuetudine inducta, veluti Germanorum, Anglorum, Gallorum, Hollandorum, Ultrajectinorum, aliorumque similium, venire statutorum appellatione; atque adeo leges omnes gentium omnium, solo Romano civili, canonicoque jure excepto: quin & sententias ac decreta judicum & magistratuum circa singulares personas; dum prodigi, infames, declarantur, veniam ætatis impetrant &c.

2. Nobilissima statutorum divisio est, qua alia personalia sunt, alia realia, alia mixta; circa quarum specierum descriptiones ac determinationes quantopere discrepent interpretes, non fusius enarrabo; suffecerit observasse, frequentiorem præcipuorum juris statutarii peritorum consensum circa personalia, & realia huc fere redire, si pauca exempla excipias, de quibus variatum est, quod personalia sint, quibus principaliter de universali personæ statu, qualitate, humilitate, vel inhabilitate disponitur, sive nulla prorsus fiat rerum mentio, sive de rebus etiam sermo sit; si modo principalis intentio statuentis non sit de re aliquid, sed de persona disponere. Veluti quibus determinatur, an quis pro cive, an peregrino habendus sit; pro nobili, an ignobili, an infamis, an integræ opinionis, vel famæ restitutus; an ejus ætatis ac conditionis, ut testari de bonis possit, nec ne; an mulier, an minor, sine viri tutorisve consensu ad contrahendum admittendi sint, an non. Nec minus huc reduxeris, declarationem prodigi, concessionem veniæ ætatis, interdictionem advocationis, fori, negotiationis, artis; aut ex adverso ad hæc exercenda admissionem, quoties pecularis admissio est necessaria, veluti ad exercendam artem tabellionis seu notarii, aut similem: & in genere, quoties personæ qualitas additur aut detrahitur, ex qua vel habilis vel inhabilis videbitur ad actus varios expediendos.

3. Realia ex adverso, quæ rem principaliter efficiunt, & circa rem aliquid disponunt, sive personæ mentio facta sit, sive non; si modo primaria statuentis mens sit, non de personis, sed de rebus disponere. Quo pertinent jura successionum ab intestato; quonam ordine ad bona quæque ab intestato quisque in capita, vel stirpes, vel lineas, vel jure primogenituræ admittendus sit; qua ratione legitimi, aut illegitimi, agnati, cognati vocentur; quæque his sunt similia plura. Nec perperam ad hanc statutorum classem retuleris donationum prohibitionem aut licentiam inter conjuges, *novella decis. Ultraject. anni* 1659. *art.* 1. communionis bonorum inter eosdem ex nuptiis introducendæ determinationem, *l. hac edictali* 6. *C. de secundis nuptiis*, dispositionem testamentariam alibi vetitam, sola vigente successione ab intestato, permissam alibi. De quibus Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 218. *gloss.* 6. *nu.* 5. *& seqq.* Burgundus *ad consuetud. Flandriæ tractat.* 1. David Mævius *ad Jus Lubecens. in prælimin. quæst.* 4. *nu.* 16. Rodenburch *de jure, quod oritur ex statutorum diversitate, tit.* 1. *cap.* 2. Paulus Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 2. *nu.* 1. 2. 3. 4. *& cap.* 3. *per tot.*

4. Mixta denique non absurde dixeris ea, quæ neque de personis, neque de rebus principaliter disponunt, sed actuum a personis circa res gerendorum, sive judicialium sive extrajudicialium formam, modum, ordinem, solemnia definiunt. Quo sensu mixta statuta accepit p. mem. Parens Paulus Voet *de statutis d. sect.* 4. *cap.* 2. *num.* 4. *in med.* Neque eo sensu trimembrem concipere statutorum divisionem displicuit Hugoni Grotio, ex ipsis juris naturalis principiis jura educere ac illustrare plerumque satagenti, dum in consilio, quod reperitur inter *consult. Ictorum Holland. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 341. *revera* 241. *nu.* 1. 2. 3. 4. 5. ex Baldo observandum ait, omnem legem imponi vel personæ, vel rebus, vel actui; personæ, dum alioquin habilis fit inhabilis, aut vice versa; rebus, dum directe lex effectum suum in rem imprimit. Tertium genus legum esse, quod actui formam dat, in eoque respiciendum actus ipsius gesti locum. Vinnius quoque *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 19. statuta talia medio quasi loco habuit, non realia proprie, nec personalia.

5. Vim & efficaciam statutorum quod attinet, ex summo jure & ratione naturali, regulam admittamus necesse est, quam Paulus ICtus tradit in *l. ult. ff. de jurisd.* puta *extra territorium jus dicenti impune non pareri*, ac *pari in parem nullum competere imperium, seu cogendi potestatem, l. nam magistratus* 4. *ff. de recept. qui arbitr. receper. l. ille a quo* 13. *§. tempestivum* 4. *ff. ad SConsult. Trebell.* cui consequens est, neque realia, neque personalia, neque mixta, operari per se quicquam posse ultra statuentis territorium, aut ullos effectus alibi, invitis locorum illorum legislatoribus, sortiri. Cum enim non plus virium habere statuta possint, quam a legislatore statuente acceperunt, & ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii coarctata sit, ipsorum quoque statutorum vim omnem territorio statuentis conclusam ac circumscriptam esse, sponte patescit: modo illud meminerimus, aliquem vel subjectum dici ratione bonorum, dum bona quædam in illo habet territorio sita, licet alibi domicilium fixerit; vel

ratione personæ, dum vel eo in loco domicilium fovet, licet alibi maxima patrimonii portio sita esse deprehendatur; vel ad tempus tantum illic subsistere aut transire peregrinantis instar constituit, unde talem non male subditum temporarium quidam dixerunt. Responsa JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 1. versu, *nochtans desen*.

6. De realibus quidem cum plerorumque consensus sit, id pluribus docere supervacuum fuerit. Testes sunt Ant. Matthæus *de criminib. lib.* 48. *tit.* 20. *cap.* 4. *nu.* 17. Rodenburch *de jure conjugum d. tract. prælimin. de statut. divers. tit.* 1. *cap.* 3. *in pr.* Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 218. *gloss.* 6. *num.* 9. 10. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraj. art.* 10. *num.* 138.

7. De personalibus statutis plurium opinio fert, ea territorium statuentis egredi posse, sic ut in loco domicilii qualitate ac habilitate quadam præditus, aut privatus, per statutum personale ubique locorum pro tali habendus sit; adeoque, quoties de personæ jure ac habilitate quæritur ad actus civiles, in universum ejus determinandi potestatem esse penes solum domicilii judicem; qui sic de persona sibi subjecta ex jure domicilii statuere possit, ut, quod edixerit, judicaverit, ordinaverit de personarum jure, ubicunque obtineat, quocunque sese persona contulerit; sive statuta personalia concepta sint in certum genus hominum, sive in singularem quandam personam. Hinc minorennem aut majorennem ex lege domicilii, ubique terrarum pro tali habendum, etiam in locis illis, ubi provectior ætas, aut anni pauciores ad majorennitatem sunt requisiti. Hinc infamatum, prodigum declaratum, nobilitatum, legitimatum a Magistratu domicilii, talem ubique censendum esse, nec ulla mutatione loci aut illam, quam habet, exuere, aut aliam induere posse qualitatem. Argentræus *ad consuet. Britan. art.* 218. *gloss.* 6. *n.* 4. 12. 13. Hugo Grotius *inter consult. JCtorum Holland. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 341. *rever.* 241. *nu.* 2. 3. Jacobus Marchisellus *Sylva quastion. quæst.* 45. *nu.* 2. 3. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 3. *num.* 3. *& seqq.* Christian. Rodenburch *de jure conjugum in tract. præliminari de statut. diversit. tit.* 1. *cap.* 3. *num.* 4. *& tit.* 2. *cap.* 1. Abraham a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 23. *& seqq.* Nulla tamen ratione sufficiente cum hæc nitantur, nec a legibus Romanis huic sententiæ patrocinium accedere possit; verius est, personalia non magis, quam realia territorium statuentis posse excedere sive directo, sive per consequentiam. Quidquid enim pro eo, quod realia ultra territorium non operentur, adduci potest, personalibus eodem jure applicueris. Certe ut realia, sic & personalia, a potestate statuentis vires accipere, potestatem vero statuentis esse territorio limitatam, nemo cum ratione ibit inficias; tum ob *d. l. ult. ff. de jurisdiction.* tum quia omnis magistratus extra fines potestatis attributæ privata persona est, ac finitæ potestatis finita est jurisdictio. Imo, ut ipse magistratus, extra suum existens territorium, exutus est qualitate ac potestate sibi data, sic ut saltem exercere nequeat, dum alibi est, actus jurisdictionis a lege vel Principe concessæ, idque vel ipso jure Romano; quamvis tunc magistratus omnes uni subessent supremo legislatori, *l. præses* 3. *ff. de offic. præsidis*, *l. ult. ff. de offic. præfect. urbi. l.* 2. *l. observare* 4. *§. ult. ff. de offic. procons. & legati*; ita nec ratio ulla est, cur magis qualitas & habilitas privato per statutum data vel denegata, vires extenderet per ea loca, in quibus diversum quid aut contrarium circa personarum qualitatem lege cautum est. Quod si hæc cuiquam minus videantur sufficere, is velim mihi rationem modumve expediat, per quem legislator personam, domicilii intuitu sibi suppositam, habilem inhabilemve ad actus gerendos declarans, alterius loci legislatorem potestate parem cogeret, ut is alienis decretis statutisve pareret, aut rata irritave haberet, quæ judex domicilii talia esse jussit in persona domicilium illic fovente; maxime, si fateatur (ut fateri necesse est) pari in parem nullam competere cogendi potestatem. Exponat, obsecro, prodigo declarato, vel infamia notato, vel legitimato, vel in ipso pubertatis tempore habili ad testamentum condendum declarato per magistratum Hollandum, ac Ultrajectum se conferente vel immobilia possidente; exponat, inquam, qua juris via magistratus Ultrajectinus adstringi posset, ut istum ratione bonorum, in Ultrajectino solo sitorum, pro tali agnosceret; ideoque contractus prodigi Hollandici haberet irritos; dignitates Hollando infamato denegaret; successionem in bona Trajectina ad spurium Hollandum legitimatum pertinentia, tamquam in legitime nati patrimonium, pateretur proximis deferri; testamentum masculi, ante annum ætatis octavum & decimum conditum, juberet ratum esse. Sane, quantopere magistratus cujusque loci contemnere, negligere, spernere suo jure possit magistratus alteri territorio præpositi statuta vel decreta, abunde docent inter plures confines gentes receptæ literæ (quas appellant requisitoriales), quibus velut beneficium petitur, & pari data occasione velut beneficium offertur, sententias a rogante latas executioni dari in bona sita in territorio rogati; quales rogationes etiam non ubique admitti, denegata alieni judicati executione, nos suo exemplo docent abunde Gerli; quos ideo injustitiæ arguere nemo merito sustinuerit, sed potius eos jus in territorium suum sibi competens isthac ratione exercere dicendum. Et ut de infamato addam, quis, quæso, ignarus est, vel ipsam infamiam & relegationem subinde inferri per sententiam in una regione ob tale factum, per quod quis alteri regioni aut Principi (per fas an nefas haud inquiro) prodesse studuit; sic ut non infamia, sed honore magis dignus videri posset, præmiumque magis, quam læsæ existimationis pœnam mereri. Et ut injustum judicari debet, magistratum unius loci per suam relegationem velle præscribere alterius loci magistratui, quos ille in civitatem suam cives cooptet, ut ait Matthæus *de criminib. lib.* 48. *tit.* 20. *cap.* 3. *num.* 6.; ita pari laborat injustitia, per suam sententiam alteri dictare velle alterius loci magistratui, quos ille velut honestos in sua civitate consideraturus sit. Neque minus in legitimato utilitatis fiscalis ratio obstat: cum enim legitimati legitimantis fisco quibusdam in locis quandam pendere soleant pecuniæ quantitatem, velut in pensationem juris illius, quod fiscus ratione successionis habuerat in illegitimi bona (uti in Hollandia *instructie voor de Heeren van de Rekeninge van de Domeynen van Holland* 27.

Martii 1593. *art.* 97. *vol.* 3. *plac. pag.* 732) quæ, quæso, justitiæ ratio aut regula dictabit, unius legislatoris facto, non sine præmio, vel pretii quadam in fiscum illatione interposito, damnum sentire loci alterius Principem aut fiscum ejus, dum a legitimati, & ita ubique pro legitimo (ut volunt) habiti successione, quantum ad bona in suo territorio, excluderetur in totum, illis præcipue in locis, quibus vel universis est denegata testandi licentia, vel spuriis saltem juxta quorundam opinionem ademtum censetur testamenti condendi jus. Atque ita de personalibus statutis censuerunt Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 124. *num.* 6. 9. 10. 11. Hugo Grotius *consult. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 185. *num.* 10. 11. Barry *de successionib. lib.* 1. *tit.* 1. *num.* 46. *post. med.* Perezius *tit. Cod. de testamentis, num.* 24. *in med.* & quotquot in universum censuerunt, nulla statuta cujuscunque conditionis egredi posse territorium statuentis. Quos vide apud Peckium *de testam. conjug. lib.* 4. *cap.* 28. *n.* 6. 7.

8. Neque hic ullum adversæ sententiæ auctoribus patrocinium accedere potest e jure Romano; quod nempe infamem ex judicis sententia ubique infamia comitetur, arg. *l. ex ea causa* 9. *ff. de postuland.* quod tutoria qualitas imposita tutori a prætore, vel præside, se extendat ad administrationem bonorum ubique sitorum, *l. propter litem* 21. *§. licet* 2. *ff. de excusat. tut.* & quæ hujus generis plura eo in jure occurrunt. Neque enim mirum, hæc ita in Romanis subinde magistratibus obtinuisse, cum hi omnes supremi non fuerint, sed uni communi Principi subjecti, qui, ut toti præerat imperio, omnibusque junctim provinciis, sic ut proconsules præsidesque in sua provincia summum tantum haberent imperium post Principem, *l. & ideo* 8. *ff. de offic. procons. & legati, l. Præsidis*; ita quoque hanc singulis legem dicere poterat, qua alter alterius decreta servaret, tutoris Romæ per prætorem dari potestatem præses circa bona provincialia agnosceret; decretum Romæ interpositum de re pupillari in provincia sita, admitteret; sententias alibi latas daret executioni, *l. a D. Pio* 15. *§. sententiam* 1. *ff. de re judicat., l. magis puto* 5. *§. illud quæri potest* 12. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt, l. argentarium* 45. *§.* 1. *ff. de judiciis,* arg. *l. properandum* 13. *§. sin autem* 3. *C. de judiciis.* Quæ proinde ad nostros mores haud recte transtuleris, ubi plures regiones legibus, institutisque inter se diversæ, nulli communi subsunt capiti, aut supremo imperanti, a quo, quod uni placuit ditionis magistratui, alter juberetur ac cogeretur sequi ratumque facere. Præterquam quod extra talem supremi Principis jussionem Romanæ leges, æquitatem naturalem secutæ, dispositionem *d. l. ult. ff. de jurisdictione* in loci cujusque magistratibus religiose servarunt, ut patet *l. ex causa* 9. *ff. de postuland. l. relegatorum* 7. *§. interdicere* 10. *ff. de interdict. & relegat. l. jurisperitos* 30. *§.* 1. *ff. de excus. tut. l. jus dandi* 3. *l.* 24. *l. pupillo* 27. *ff. de tut. & curat. dat. ab his, l. cum unus* 12. *§.* 1. *is qui* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Sed nec, semota legum auctoritate, ratiociniis justis suffulta est de statutorum personalium extra territorium statuentis extensione opinio: audio quidem, *ipsam rei naturam, ac necessitatem invexisse, ut, cum de statu ac conditione hominum quæritur, uni solmmodo judici, & quidem domicilii, universum in illa jus sit attributum*: sed quæ illa fuerit rei natura, quæ necessitas satis urgens, necdum licuit animadvertere. Urgent tamen: inquiunt, *ab uno certoque loco statum hominis legem accipere necesse esset; quod absurdum foret, ut in quot loca quis iter faciens aut navigans delatus fuerit, totidem vicibus ille statum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hic sui juris, illic alieni futurus sit; ut uxor simul in potestate viri & extra eandem sit; alio loco quis habeatur prodigus, alio frugi; ac præterea, quod persona certo loco non affigeretur, cum res soli loco fixa, citra incommodum ejusdem legibus subjaceant, summa providentia constitutum est, ut a loco domicilii statum ac conditionem induat; illis legislatoribus pro soli sui genio optime omnium compertum habentibus, qua judicii maturitate polleant subditi, ut possint constituere, qui eorum de quando ad sua tuenda negotia indigeant auctoritate*, ita ex Argentræo *ad consuetud. Britann. art.* 218. *gloss.* 6. *num.* 12. Christ. Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statut. divers. tit.* 1. *cap.* 3. *num.* 4. Sed minus feliciter, cum gratis assumatur, nunquam ratione sat firma probandum necesse esse, ut ab uno certoque loco status hominis legem accipiat. Quin potius, ut variis ex causis quis potest subjectus esse, vel ratione domicilii, licet bona nulla illic habeat, vel ratione rerum, licet illic, ubi res sitæ, larem non fixerit fortunarum suarum, ut ante dictum; ita nec absurdum fuerit, neque injustum, personam eandem pro vario rerum situ, ad disponendum de illis rebus habilem aut inhabilem esse, secundum qualitatem, quam loci cujusque lex personæ propter res ibidem sitas subjectæ, imposuerit aut denegaverit: neque iniquum fuerit, personam ratione domicilii non subjectam, bonorum tamen contemplatione sequi territorii ac magistratus alterius jurisdictionem. Qua ratione etiam Romanis placuit, tutorem quidem principaliter personæ dari, non rei vel causæ; si tamen dispersa per varias provincias essent pupilli bona, quibus administrandis tutor, in loco domicilii constitutus haud sufficeret, singularum provinciarum intuitu ab earum præsidibus dari tutores pupillo propter bona in cujusque provincia sita, & ad pupillum, alibi jure domicilii commorantem, spectantia. Molestum quidem esse non diffiteor, aliquem uno in loco fore habilem, in altero inhabilem ad contrahendum, alienandum, testandum &c. quarundam rerum intuitu quem esse sui juris, aliarum ratione alibi jacentium pro eo, qui alienæ est potestatis, haberi. Commodissimum fore lubens concedo, si non tam vario jure regeretur, ac variaret personæ conditio. Denique sæpe omnium optime de qualitate, habilitate, ingenii judiciique maturitate, hominis ad sua gubernanda, alienanda &c. judicare posse magistratus domicilii, non eo inficias: dummodo tamen meminerimus, etiam fieri posse, ut quis natus ac educatus in locis, ubi ob tardius emergentia vigoris animi & habilitatis vestigia demum 25 ætatis anno impleto major quisque habetur, aliorsum migret, vix dum impleto viginti annorum spatio, ad loca illa, ubi ob ingeniorum maturitatem celeriorem annus vicesimus minorennitati finem facit, & vice versa: quibus tamen casibus cui

ex novi domicilii lege habilem inhabilemve fieri recentem advenam a sententiæ adversæ patronis traditum inveniam; (Rodenburgh *d. tract. prælimi-nari de statut. divers. tit. 3. part. altera cap. 1. num.* 5. 6.) edoceri velim, quo jure ex habilitate vel inhabilitate ejus judicare felicius possit novi, quam prioris domicilii magistratus, quippe novum civem primo adventus sui momento ignotum prorsus, habilem inhabilemve salutans vi suæ legis, quem alio censuerant jure domicilii pristini magistratus, pro ingenii tarditate, qua suo in solo natos credebant laborare: dum interim cælo mutato non protinus etiam animum mutari vulgo notum est. Sed quicquid ejus rei fuerit (ut a diverticulo in viam) si largiamur maxime superius memorata; tamen neque commoda hæc tanta sunt, neque oppositæ his difficultates ac molestiæ tam graves, ut inde videri posset invito judici alterius territorii imponenda necessitas approbandi ac collaudandi judicium judicis domicilii de incolæ sui habilitate interpositum, idque ratione dispositionis de bonis extra locum domicilii constitutis; dum perpetuo manet defectus remediorum, quibus magistratus domicilii judices locorum, in quibus res sitæ, pari imperio ac potestate præditos obligarent ex necessitate ac constringerent ratas habere aut infirmare dispositiones, de rebus secundum legem domicilii, sed non juxta legem vigentem in loco rei sitæ, factas. Neque cuiquam invidendum, aut vitio vertendum, quod legum suarum potestatem extendat quo usque potest: potest vero judex loci rei sitæ, quantum ad bona in suo sita territorio dum omnem impedit in talibus rebus executionem actuum non ex lege illic vigente gestorum. Ut proinde, si cui hoc perquam durum videatur, cogitet, longe durius & absurdius esse, pari per parem leges figi, ac legislatorem in suo territorio alienis alterius magistratus locique legibus adstringi; cogitet, jus sæpe durum quidem, sed tamen ideo non protinus iniquum esse, arg. *l. prospexit* 12. *§. ipsa* 1. *ff. qui & a quibus manumissi l. ita vulneratus* 51. *§. æstimatio* 2. *ff. ad leg. Aquil.* Sed & amplius, difficultates superius adductas minus sufficientes esse ad probandum id, quod demonstrandum fuerat, patescet plenius, si easdem in realibus quoque statutis occurrere notaverimus. Si enim molestum dicas, in uno loco habilem ad testandum, in alio inhabilem esse, in uno sui juris, in altero juri alieno subjectum, &c. æque incommodum fuerit, de bonis aliis dominum testari posse, de aliis illic sitis, ubi testamentaria dispositio lege improbata est, non posse; conjugem conjugi de bonis in Hollandia sitis gratificari posse, de Trajectinis aliisque prohiberi; denique pro vario rerum situ variare adeo unius intestato morientis successionem; dum alibi in capita, in stirpes alibi, alibi æqualiter & promiscue bona omnia dividuntur; alibi paterna paternis, materna maternis cedunt; alibi remotiores jure repræsentationis admittuntur; alibi, coarctato cancellis angustioribus isto jure, exclusi manent. Et tamen his omnibus nequicquam moveri quisquam potuit, ut realia statuta ob id extra territorium extendenda esse vel per somnium ei in mentem venisset, quamvis uniforme succedendi jus commodissimum fore, & litium multarum ansam præscissum, omnes norint, & ea de causa tanto labore in id superiori seculo, licet frustra, insudarint Hollandiæ Ordines, ut suæ saltem provinciæ partibus omnibus parem præscriberent successioni intestatæ rationem. Ut ergo propter hasce difficultates censuerunt, tot diversas debere concipi hæreditates, quot locis diverso jure utentibus dispersæ erant res defuncti; ita pari, imo majori jure, concipiemus, tot esse personas separatas, quot sunt res diversis in locis sitæ, in quibus alio alioque jure ac potestate præditus est rerum dominus: nam si plures hæreditates concipias, plures personas ut simul concipias, necesse est; cum unius personæ naturaliter una tantum hæreditas, successio in universum jus esse queat. Atque hinc esse arbitror, quod Ultrajectinæ Provinciæ Ordines, habilitatem testandi restringentes nova decisione ad annum decimum octavum in masculis, & sextum decimum in fœminis, nec invenientes viam, qua suum jus novum ad civium Ultrajectinorum immobilia in Hollandia sita cum effectu producerent, pronunciaverint, illud statutum, licet de habilitate personæ disponens, effectum tantum realis statuti sortiri, & ita reale esse. *Novell. decis. Ultraject. anni* 1659. *art.* 16. quicquid in contrarium sed frustra argutari libuerit Abrahamo a Wesel *in comment. ad d. art.* 16. *num.* 18. 19. cui plenissimo responso ita satisfactum a parente p. mem. ut perpetuum fuerit deinceps silentium, *tract. de mobilibus & immobilibus cap.* 13. *num.* 4. 5.

9. Quæ tamen de statutis territorium statuentis non egredientibus, nec ad bona alibi sita se extendentibus hactenus dicta sunt, non impediunt, quo minus qualitas subdito imposita a statuto domicilii eundem comitetur ubique locorum peregrinantem aut transeuntem, idque quantum ad bona in loco domicilii, non alibi sita. Qua ratione Hollandus in Hollandia declaratus prodigus si Ultrajecti aut in Frisia contraxerit (ubi summo jure eum pro prodigo non habet Ultrajectinus Frisicusve Magistratus, ex ante dictis) deinde reversus in Hollandiam ad locum domicilii, conveniri ibidem efficaciter non poterit ex contractu alibi celebrato; in quantum Magistratus Hollandus suum de prodigo decretum tueri potest in bonis sub sua jurisdictione sitis. Similique modo si filiusfamilias Hollandus in Frisia testetur, (quæ potestas filiofamilias in Frisia denegata est) testamentum ejus ratum habebit Magistratus Hollandus circa bona in Hollandia sita, cum hactenus possit habilitatem tueri, quam lege sua suis tribuerat subjectis perinde ac si in casu priore prodigus, in casu posteriore filiusfamilias non peregre, sed in domicilii loco contraxisset, aut fuisset testatus. Uti hæc latius *tit. qui testam. fac. poss.* & *tit. de curat. furios.* tradenda erunt. Quin imo, nec illud ex supra dictis impeditum videtur, quod domicilii judex legem possit condere, qua suo per domicilium subjecto vetat quid facere circa res immobiles in alieno sitas territorio, vel etiam in alieno territorio quosdam exercere actus, pœna in secus facientem constituta; in quantum in eum reversum pœnam comminatam executioni dare potest, vel etiam absentia durante, in bona illa, quæ in loco domicilii ad eum pertinentia reperta fuerint, & ita judici domicilii subjecta; si pœnam pecuniariam sancitam ponas. Unde non dubium, quin justitiæ ac rationis fulcris innitantur statuta, quibus

prohibentur sub pœnæ comminatione cives extra domicilii locum se mutuo in jus vocare; prope confinia caupònas frequentare; molendinis uti; & alia agere his similia, dum forte alibi viliore potulenta parantur pretio, aut frumenta conteruntur, minore tributo publico imposito, atque ita fraudantur per consequentiam domicilii vectigalia, *l. non solum* 2. *l. mercatores* 4. *C. de commerciis*, & *mercator. Waarschouwinge aangaande de dwangmoolens in oud en nieuw Beyerland. an.* 1657. 29. *Octobr.* & *an.* 1661. 19. *Maji vol.* 2. *placitorum Holl. p.* 2481. & *p.* 2654. Peckius *de jure sistendi cap.* 8. & *de testam. conjug. lib.* 4. *cap.* 28. *n.* 8. *in med.* Menochius *de præsumtionibus lib.* 2. *præsumt.* 2. *n.* 5. Nicol. Everhardus *consil.* 45. *num.* 4. 5. Rodenburch *de jure conjugum tractat. prælimin. de statut. divers. tit.* 1. *cap.* 3. *num.* 2. Paulus Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 2. *num.* 10. & *sect.* 8. *cap.* 2. *num.* 6. 7. 9. atque ex hoc fundamento multoties invenimus apud nos vetitum, ne quis provinciarum fœderatarum incola ex nostris, aut aliorum Principum Rerumve publicarum portubus in Indiam orientalem vel occidentalem navigare sustineat sub aliorum Principum auctoritate atque auspiciis, vel in alterius, quam societatis Indicæ utriusque utilitatem, pœnis gravioribus in contravenientes sancitis, *Placitum Ordin. General.* 9. *Septemb.* 1606. & 8. *Decemb.* 1616. & 14. *Decemb.* 1617. *vol.* 1. *placitor. pag.* 547. & *seqq. Octroy van de West. Indische Compagnie* 3. *Iunii* 1621. *art.* 1. *placitum* 9. *Junii* 1621. & 10. *Iunii* 1622. & 26. *Novembr.* 1622. *d. vol.* 1. *placitor. pag.* 568. 577. 579. & *seqq.*

10. Dicta huc usque ac explicata de statutis realibus ac personalibus in mixtis quoque circa actuum gerendorum solemnia quid disponentibus locum habent; atque adeo, si jus summum magistratuum cujusque regionis investigemus, obstrictus nemo erit, ut quantum ad bona, in suo sita territorio, ratas habeat dispositiones aliis in locis celebratas, solemnitatibus adhibitis ex lege loci, in quo negotium gestum est, *neglectis* illis, quas rei sitæ statuta postulabant. Dictant id argumentationes eædem, quæ de personalibus statutis paulo ante adductæ. Quibus accedit ab absurditate desumta ratio; si consideres, ad submovendam omnem falsitatis tum occasionem, tum suspicionem in Frisia septem testium præsentiam in testamentis desideratam esse, in Hollandia binos sufficere tabellioni junctos. Frisonem, obsecro, aut Hollandum in Frisia de bonis Frisicis testantem, concipe, tabellione Frisico ibidem probato cum testibus duobus fide dignissimis adhibito, non sane dubitabitur, quin hæc de rebus Frisicis in ipsa Frisia declarata voluntas effectu caritura sit; nec fidem habiturus sit judex Frisicus tribus hisce, licet sibi familiaribus, licet sibi & vulgo notis, tanquam spectatæ auctoritatis, prudentiæ, probitatis, fideique viris. Quod si ergo, converso casu, Hollandum aut Frisonem de bonis Frisicis in Hollandia coram tabellione duobusque testibus testatum fuisse ponas, atque adeò functum solemnibus locis actus gesti; quæ, quæso, vel justitiæ vel æquitatis ratio dictat, ut trium Hollandorum assertioni stare teneretur ex necessitate judex Frisicus, & ita ratam de rebus Frisicis habere dispositionem, dum suis civibus, notis familiaribus indubitatæ integritatis laude conspicuis, actui simili superstitibus, pari numero, fidem habere nec vult, nec potest. Quis non durum judicaverit & iniquum (nisi comitatis ratio aliud suadeat, ut post dicetur) malignum de propriis civibus fovere judicium; de aliis nec situ locorum nec genio longe diversis, nec candore probatis, bene credere, plenam his fidem adhibere, quia sic voluit, sic judicavit judex loci, in quo voluntatem supremam testator dictavit. Denique si magistratus quisque jure possit in universum testamentarias prohibere dispositiones de rebus in suo territorio sitis; quis non longe magis ei permissum arbitrabitur, talem legem condere, qua non aliam vult ratam esse voluntatem supremam de rebus in suo territorio existentibus, quam quæ ejusdem loci solemnibus invenitur firmata, juxta vulgatissimum illud: Non debere ei, cui quod plus est, licet, non licere quod minus est, *l. non debet* 21. *ff. de regulis juris*. Nec desunt pro hac opinione, sic rationibus suffulta, auctoritates virorum præstantium, qui, licet non iisdem omnes ratiociniis usi, concludendum tamen censuerunt, summo jure actum minoribus solemnibus ex præscripto loci, in quo gestus est, non operari circa bona in tali sita territorio, in quo pleniorem leges solemnitatem requirunt, & hoc a loci cujusque magistratu sic posse constitui. Ita plures relati apud Ferdin. Vasquium *quæst. lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 18. ac præter eos Tuldenus *in Codicem tit. de testamentis num.* 5. Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statut. divers. tit.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. *in med.* Burgundus *ad consuetud. Flandriæ tract.* 6. *num.* 2. Christinæus ad *leg. Mechliniens. tit.* 17. *art.* 1. *num.* 10. & *ad rubricam d. tit. num.* 10. Fachinæus *lib.* 5. *controv. cap.* 90. & 91. Paulus Voet *de natura mobil.* & *immobilium cap.* 12. Nec quicquam facit in contrarium, quod absurdum fuerit, unum idemque testamentum diverso solemnitarum jure instruendum esse, aut plura per unum esse condenda testamenta. Nam, quamvis id molestius fore testantibus nemo iturus sit inficias; absurditatem tamen aut injustitiam in illo juris rigore non deprehendo, non magis, quam est in eo, quod pro multiplicatis regionibus, in quibus immobilia bona morientis intestati sita sunt, multiplicatæ censeri debeant hæreditates ex situs legibus singulæ certo certius regendæ. Testamentorum sane & hæreditatum numerum pari procedere passu, justum satis, cum per testamenta de hæreditatibus dispositio fiat.

11. Atque ita evictum hactenus existimo in omnibus statutis, realibus, personalibus, mixtis, aut quacunque alia, sive denominatione, sive divisione, concipiendis, verissimam esse regulam, perdere omnino officium suum statuta extra territorium statuentis; neque judicem alterius regionis, quantum ad res in suo territorio sitas, ex necessitate quadam juris obstrictum esse, ut sequatur probetve leges non suas. In eo tamen forte scrupulus hæserit, si scilicet hæc ita sint, qui ergo fiat, quod vulgo reperitur traditum, in successionibus, testandi facultate, contractibus, aliisque, mobilia ubicunque sita regi debere domicilii jure, non vero legibus loci illius, in quo naturaliter sunt constituta; videri enim hac saltem ratione jurisdictionem judicis domicilii non raro ultra statuentis fines operari in res dispersas

per varia aliorum magistratuum, etiam remotissimis ad orientem occiduumque Solem regionibus imperitantium territoria. Sed considerandum quadam fictione juris, seu malis, præsumtione, hanc de mobilibus determinationem conceptam niti: cum enim certo stabilique hæc situ careant, nec certo sint alligata loco, sed ad arbitrium domini undequaque in domicilii locum revocari facile ac reduci possint, & maximum domino plerumque commodum adferre soleant, cum ei sunt præsentia; visum fuit, hanc inde conjecturam surgere, quod dominus velle censeatur, ut illic omnia sua sint mobilia, aut saltem esse intelligantur, ubi fortunarum suarum larem summamque constituit, id est, in loco domicilii. Proinde si quid domicilii judex constituerit, id ad mobilia ubicunque sita non alia pertinebit ratione, quam quia illa in ipso domicilii loco esse concipiuntur. Gilkenius, Chassanæus, Peckius, Peregrinus, Giurba, aliique allegati apud parent. p. mem. Paulum Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 2. *num.* 8. Rodenburch *de jure conjugum tract. præliminar. de statut. diversit. tit.* 1. *cap.* 2. *circa fin.* Mævius *ad Jus Lubec. quæst. prælimin.* 5. *num.* 28. 24. Tyraquellus *de jure primogenit. qu.* 48. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 138. *num.* 16. *& seqq.* Si tamen has juris fictiones quis a ratione naturali, in hisce solum consideranda, alienas putet, quippe desiderantes unum communem legislatorem, lege sua fictiones tales introducentem ac stabilientem, non equidem repugnaverim, atque adeo tunc hoc ipsum comitati, quam gens genti præstat, magis, quam rigori juris, & summæ potestati, quam quisque magistratus in mobilia suo in territorio constituta habet, adscribendum putem. Præsertim cum considero, subinde per magistratus loci, in quo mobilia vere existunt, de illis ea constitui sancirique, quæ domicilii judici displicere possent. Quid enim si domicilii judex frumenta importari jubeat, penuria frugum vexata regione; incola spe lucri majoris frumenta sua, in alia regione horreis recondita, inferre desideret, regioni vero isti imperans omnem vetuerit frugum exportationem, jure suo in sui territorii frumentis usus? Quis hic, obsecro, negare sustineat, mobilia regi lege loci, in quo vere sunt, non in quo ob domicilium domini esse finguntur. Adde Consult. JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 1. *vers. nec obstat secundum.* Nec minus id in rerum publicationibus ex delicto apparet, in quantum fisco loci, in quo reus condemnatus est, non sunt cessura bona omnia mobilia ubicunque sita, sed ea sola, quæ in loco condemnantis inveniuntur; nisi aliud ex comitate alicubi servetur, ut pluribus dicemus *tit. de bonis damnatorum.* Nec dicam variare de rebus quibusdam locorum plurimorum statuta, utrum mobilibus illæ, an immobilibus accensendæ sint; nec novum esse, ut quæ una in regione mobilia habentur, immobilium catalogo alibi adscripta inveniantur; annui, verbi gratia, reditus a Provincia debiti, in Hollandia mobiles, immobiles Trajecti; arbores grandiores solo hærentes passim immobiles, mobiles tamen in Flandria habitæ, uti hæc pluribus *tit. de rer. divers.* Quo posito, necesse fuerit, ut, quæ in domicilii loco mobilia habentur, immobilia vero illic ubi sunt, regantur lege loci, in quo vere sunt, magistratus lege loci, in quo vere ne ex comitate quidem permissuro ut quasi mobilia domicilii dominici sequerentur jura.

12. Ceterum ut minus feliciter privatus quisque in societate civili vitam transacturus est, si mutua officia dare aliis, ac vicissim in suum commodum ab aliis recipere respuat; licet nulli injuriam inferre dici possit, si duro vivendi genere sibi placens, & aliorum spernens delicias, relinquat aliis, quæ ipsorum sunt, sibique sua servet, omni repudiato commercii officiique liberalis usu: ita quoque nisi magistratus diversarum regionum, nec sibi mutuo nec tertio superiori simul parentes, subinde nonnihil de suo remittant rigore juris superius exposito, & mutua comitate alter alterius jussa benigne probet, rata habeat, promoveatque, duriorem reddet plurimisque molestiis & difficultatibus implicitam subjectorum suorum conditionem, & ut bene gesta, decreta, sancita aliorum quisque conturbabit, subvertet, infirmabit; ita sua vicissim ab aliis turbari, infringi, rescindi patietur, talionis, & summi juris ratione. Quamvis ergo a statutis suis realibus, sensu ante dato, magistratum cujusque loci circa immobilia ne latum quidem unguem ex comitate recedere, sed suo mordicus inhærere juri, experientia testetur, atque inde immobilia non alia quam loci situs lege regi, tralatitium sit. Vide Mævium *ad jus Lubecens. quæst. prælim.* 6. *n.* 10. *& seqq.* Ibique DD. mobilium tamen ratione in dispositionibus testamentariis, dum quæritur, an illa in universum permittendæ sint nec ne, uti & ab intestato successionibus, donationibus inter conjuges vetitis permissisve, & aliis similibus, de juris rigore communi quasi gentium omnium consensu laxatum est; sic ut ex comitate profecta regula praxi universali invaluerit, mobilia in dubio regi lege loci, in quo eorum dominus domicilium fovet, ubicunque illa vere exstiterint. Uti suis ista locis plenius confirmanda erunt, *tit. de donat. inter vir. & uxor. tit. de successionib. ab intestato lib.* 38. alibique.

13. Neque minus de statutis mixtis, actus cujusque solemnia respicientibus, percrebuit, insuper habitis de summo cujusque jure ac potestate ratiociniis, ad validitatem actus cujusque sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci, in quo actus geritur, præscripserit observandas; sic ut quod ita gestum fuerit, sese porrigat ad bona mobilia & immobilia ubicunque sita aliis in territoriis, quorum leges longe alium, longeque pleniorem requirunt solemnium interventum; quod ita placuisse videtur, tum, ne in infinitum prope multiplicarentur & testamenta & contractus, pro numero regionum, diverso jure circa solemnia utentium; atque ita summis implicarentur molestiis, ambagibus, ac difficultatibus, quotquot actum, res plures pluribus in locis sitas concernentem, expedire voluerint: tum etiam, ne plurima bona fide gesta nimis facile ac prope sine culpa gerentis conturbarentur, arg. *l. Barbarius* 3. *ff. de offic. prætoris.* Tum quia ne ipsis quidem juris in praxi versatissimis, multoque minus aliis simplicitate desidiaque laborantibus, ac juris scientiam haud professis, satis compertum est, ac vix per industriam exquisitissimam esse potest, quæ in unoquoque loco requisita sint actuum solemnia, quid in dies in hac vel illa regione novis legibus circa solemnium observantiam mutetur: ut proinde

qua ratio de militari testamento obtinuit, Quiritium jure, milites nempe solemnibus paganorum non fuisse adstringendos, dum in castris & expeditione occupati erant, quia & juris imperiti erant, & peritiores consulere in castris non poterant, etiam nunc suadeat, illum, qui actum gerit, ad alterius loci, quam in quo gerit, solemnia non esse obligandum; quia & probabiliter aliorum locorum solemnia ignorare potest, & in loco, in quo actum gerit, peritiores morum alienæ regionis non satis consulere; dum ita fere comparatum est, ut pragmatici, quibus auctoribus contractus celebrantur, aut conduntur testamenta, versati quidem plerumque satis sint in jure patrio, non item locorum omnium & universi Orbis jure; atque insuper non raro moræ ad inquisitionem anxiam adhibendam impatiens est quod geritur negotium. Quamvis ergo in Frisia septem testes in testamento requiri constet, alibi fere tabellionis testiumque duorum præsentia ac fides sufficiat, aut saltem in universum longe minor solemnitas desideretur; tamen æquitate rei motus Frisiæ senatus ratam habuit de bonis Frisicis dispositionem, Sylvæ ducis coram parocho duobusque testibus declaratam, juxta Sylvæducensis regionis usum. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 14. & ita in praxi hæc Belgis, Germanis, Hispanis, Gallis, aliisque placuisse, auctores cujusque gentis testantur. Inter Belgas præter Sandium Peckius *de testamentis conjugum libr.* 4. *cap.* 28. *in fine*. Zoesius *ad Pand. tit. qui testam. fac. poss. num.* 49. *& seqq.* Vinnius *select. quæstion. libr.* 2. *cap.* 19. Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 17. *art.* 1. *numer.* 10. & *vol.* 2. *decis.* 3. *num.* 7. Rdelaant. *Curia Ultraject. decis.* 126. Consult. Juriscons. Holl. *part.* 2. *con. l.* 163. *&* 189. *& part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 15. *num.* 4. *& consil.* 133. *nu.* 1. Rodenburch *de jure conjug. tract. præliminar. de statut. divers. tit.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. *& d. tit.* 2. *parte altera cap.* 3. *n.* 1. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 37. *& lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 34. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 2. *&* 3. *&* 9. D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 7. *num.* 1. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 1. *nu.* 12. 13. Jacobus Coren *observ.* 23. *num.* 18. 19. 20. Gereformeert landrecht van Nymegen *tit.* 22. *art.* 3. 4. Inter Germanos Andr. Gayl. *libr.* 2. *observat.* 123. Mynsingerus *cent.* 4. *obs.* 82. *num.* 3. *& cent.* 5. *observ.* 20. *nu.* 4. *& seqq.* Mævius *ad jus Lubecens. part.* 2. *tit.* 1. *art.* 16. & *de arrestis cap.* 20. *num.* 5. Carpzovius *pract. crimin. part.* 2. *quæst.* 54. *nu.* 51. Inter Hispanos Ferdinand. Vasquius *Quæstion. libr.* 4. *cap.* 8. *nu.* 17. 18. 19. Menochius *libr.* 2. *præsumt.* 2. *numer.* 7. Inter Gallos Mainardus *libr.* 5. *decis.* 92. Guido Pap. *decis.* 262. Choppinus *de moribus Parisiens. lib.* 2. *tit.* 4. *nu.* 2. Barry *de successionib. lib.* 1. *tit.* 1. *num.* 45.

14. Atque hæc ita obtinent, nisi appareret, aliquem, ut evitaret molestiores, ac forte sumtuosiores sui domicilii solemnitates, sine ulla necessitate, in fraudem statuti alio profectum esse actus expediendi gratia, ac mox reversum; tunc enim vix est, ut ad bona in loco domicilii sita sese extenderet actus aut testamenti validitas; cum indignus videatur ullo beneficio & comitate, qui domicilii jura consulto ac fraudulenter sprevit, circumvenit, elusit. Quo reducendos existimem eos, qui, cum in domicilii loco obtinerent graviora chartæ sigillatæ onera fisco pendenda, ut jura sigilli fraudarent, alio tendunt, ubi ignotum illud tributi genus, & actu perfecto, ad domicilii locum revertuntur. Ant. Thesaurus *quæst. for. libr.* 2. *cap.* 8. *num.* 14. Mævius *ad jus Lubecens. quæst. prælimin.* 6. *nu.* 6. 7. *& part.* 2. *tit.* 1. *art.* 10. *num.* 11. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 4. *& num.* 9. *except.* 3. Post Mascard. & Aretin. & alios ibidem citatos. Aut nisi nominatim statutum vetet, alio modo extra territorium, aliisque solemnitatibus, actum geri. Vide *Menochium lib.* 2. *præsumpt.* 3. *n.* 6.

15. Posito vero hoc generali circa solemnium adhibitionem jure, excutiendum superest, quid statuendum sit, si quis in loco aliquo actum gerens, neglectis loci istius solemnibus, adhibuerit ea, quæ vel domicilii locum vel rei sitæ statuta requirunt, sive diversa illa sint, sive pauciora? Mynsingerus quidem, & Michael Grassus actus ita gestos nullius fore momenti pronunciant, sive actum gerens extra domicilii locum servaverit solemnia domicilii, sive ea, quæ requirebantur in loco rei immobilis sitæ. Mynsingerus *centur.* 5. *observ.* 20. *n. ult.* Grassus *recept. sent. libr.* 1 *§. testamentum qu.* 54. *n.* 24. *in fine*, sed sine justa ratione. Cum enim ante dictum sit, aliquem & ratione domicilii, & ratione bonorum immobilium, subditum esse magistratibus locorum, in quibus vel domicilium fixit, vel bona immobilia possidet; ac quisque magistratus secundum jus summum (de quo superius disputatum, quodque hic usum invenit) sui statuti vires non male tueatur, quo usque potest; iniquus sane esset in sibi subjectum ratione domicilii aut bonorum, si non respectu bonorum, in suo territorio jacentium, ratam haberet ultimam voluntatem aut contractum ejus, a quo sua statuta solemnium intuitu servata videt; maxime, cum hac ratione defendens sui statuti potestatem non conturbet aut subvertat alibi bene gesta, atque adeo nequaquam alterius territorii magistratibus ullam videri possit injuriam facere. Ultrajectinum concipiamus, & Trajecti ubi domicilium fovet, & in Hollandia res immobiles possidentem, cum in Frisia decumberet, illic condidisse testamentum coram tabellione ac duobus testibus subscribentibus, atque adeo illis adhibitis requisitis, quibus Hollandici Trajectinique soli leges contentæ sunt. Ex æquo utique & bono sustinuerint Hollandi talem dispositionem circa immobilia Hollandica, & Ultrajectini circa immobilia Trajecti sita, quin & circa mobilia sita ubicunque, tanquam juris fictione in loco domicilii existentia: cum in dispositione de his rebus facta, sua quisque solemnia inveniat ex legum suarum præscripto adhibita: eo fere modo, quo quondam prætor sæpe testamenta, summo jure civili infirma, sustinebat ob id, quod in illis edicto suo injunctas solemnitates videret observatas, *§. non tamen* 6. *Instit. quib. mod. testam. infirm. l. posthumus* 12. *l. filio* 17. *ff. de injust. rupt. irrit. fact. testam.* Rodenburch *de jure conjug. tract. præliminar. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 3. *nu.* 2. *& cap.* 4. *num.* 5. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 9. *nu.* 2. *in fine*, cumque justum sit, ut indignus habeatur statuti beneficio, qui illud non servavit, sed contra illud fecit, arg. *l. ult. §. sine*

nem, statutis domicilii conformem, circa delationem successionis intestatæ; cum & eorum noverimus deferri ab intestato hæreditates, qui per ætatem, animive vitium nullam possunt facere voluntatis manifestationem: cujus tamen contrarium semper in contrahentibus reperiri, res ipsa loquitur; in quantum nemo tacite creditur pactus esse, aut ex tacito pacto obligatur, nisi qui ejus conditionis est, ut expressam quoque potuisset conventionem inire. Uti id ex pactorum tacitorum exemplis, in *tit. de pactis* recensendis, manifestum est. Nec est, quod regeratur, quasi contractus esse tacitas conventiones ex aliquo orientes facto vel gestione; ex quibus & furiosos & alios similes, expresse contrahere non valentes, sine curatoris aut tutoris consensu obligari constat, *l. furiosus* 46. *ff. de oblig. & act.* Etenim præsumpta magis, quam tacita in quasi contractibus conventio est, ut alibi latius dicetur; atque insuper inter pacta tacita, & quasi contractus illos, ex quibus furiosi similesque sine curatore obligari possunt, illud interest, quod pacta tacita factum requirunt illius, qui inde obligatur, aut obligationem sibi quæsitam remittit, sic ut facto suo consensum declaret. At in quasi contractibus intervenit factum aut gestio ejus, qui tali facto non tam ipse obligari vult, quam potius alium sibi obligatum reddere primario intendit, aut intendisse fingitur, gerendo negotia, indebitum solvendo. Unde & ex uno quasi contractu, ubi obligatio nascitur ex facto proprio ejus, qui obligandus erat, puta, ex aditione hæreditatis, obligatio non nascitur ex solo impuberis, furiosi, aut prodigi facto, sed tutoris aut curatoris auctoritate opus est, *§. 1. Instit. de auctor. tut. l. si infanti* 18. *pr. & §. seqq. C. de jure deliberandi.* Quæ omnia a me adducta ad id proficiunt, ut evincatur, ubi nullum factum est, ibi nec tacitam pactionem esse, & ex rationis similitudine nec tacitum testamentum: cum æque in testamentis ac conventionibus necessaria sit voluntatis declaratio, vel verbis literisve significanda, vel rebus ipsis & factis. Quo utroque deficiente consensus interponendi modo, consequens est, ut inepte vel pactio tacita quæratur, vel concipiatur tacitum testamentum.

22. Ceterum de statutorum interpretatione, eorundem condendorum potestate, abrogatione, & aliis, quæ his sunt affinia, plura hoc loco congerere supersedeo; cum pleraque ex iis, quæ supra de legibus, earumque interpretatione tractavi, sint satis evidentia: & quid in singularibus de statutorum varietate ac potestate controversiis obtinere debeat juxta principia generalia, hic a me pro virili adstructa, suis tractare decreverim locis propriis, & genuina materiæ cujusque sede.

TITULUS V.

De Statu Hominum.

SUMMARIA.

1. *Homines vel masculi, vel fœminæ, & aliquando deterior, aliquando melior harum, quam illarum conditio.*
2. *Sunt & vel cives, vel peregrini, qui & jure Romano, & hodiernis moribus varie inter se distant.*
3. *Homines vel liberi, vel servi sunt, de quibus plura remissive; & quousque servitus nostris moribus in usu sit: quid item nunc sint homines proprii.*
4. *Homines liberi apud Romanos erant vel senatorii, vel equestris, vel plebeii Ordinis. Alii optimates, alii populares. Hodie alii nobiles, alii ignobiles; quod ex patris, non matris conditione æstimandum regulariter. Novæ nobilitatis peregrinæ hominibus non competunt privilegia nobilium.*
5. *Sunt denique vel jam nati, vel adhuc in utero; & quando hi pro jam natis habeantur, quando non.*

1. Status, seu conditio personarum varius est atque inde variæ hominum divisiones. Nam, ut sileam, alios esse imperantes, alios parentes, alios ætate majores, minores alios, quæ suis locis usum invenient; notabilis quantum ad varios in jure effectus distinctio est in masculos & fœminas, hermaphrodito ei sexui annumerando, qui in eo prævalet, *l. quæritur* 10. *ff. h. t. l. repetundarum* 15. *ff. de testibus, l. sed est quæsitum* 6. *§. ult. ff. de liberis & posthum.* Quamvis enim plerumque, & in longe maximis juris nostri partibus eodem utantur jure masculi & fœminæ, sic ut de maribus disposita, & in sexum concepta masculinum, ad fœminas quoque producenda sint, si non aliud inveniatur lege dispositum, *l. 1. l. pronunciatio* 195. *ff. de verbor. signif. l. ait prætor* 3. *pr. & §. 1. ff. de negot. gestis, l. quod & lex* 3. *§. hæc verba* 1. *ff. de homine libero exhib. l. si quis ita* 16. *in pr. ff. de testam. tutela, l. patroni* 52. *l. quisquis mihi* 116. *l. Servius ait* 122. *ff. de verb. signif.*; in nonnullis tamen melior, pejorve fœminarum, quam virorum reperitur conditio, *l. in multis* 9. *ff. h. t.* Melior quidem, in quantum Vellejani Senatusconsulti gaudent beneficio; in plurimis impune juris laborant ignorantia; & mitius subinde ex delicto coercentur, quam viri. Deterior vero, dum nec magistratus esse possunt, nec publicis aliis & civilibus fungi muneribus, *l. fœminæ* 2. *ff. de regul. juris*; etsi non desint, quæ jure remotæ, re ipsa tamen publica quoque tractare amant, filiorum maritorumque potestate abutentes. *Viderint* (inquit Seneca de consol. ad Helviam cap. 14.) *illæ matres, quæ potentiam liberorum muliebri impotentia exercent; quæ, quia fœminis honores non licet gerere, per illos ambitiosæ sunt: quæ eloquentiam commodando aliis, fatigant.* Ad hæc juxta gentium variarum mores in successione non modo feudalium, sed & allodialium, viris postpositæ: uti suis hæc aliaque plura locis plenius.

2. Divisi & olim in cives & peregrinos, multisque supra peregrinos excellebant modis civitatis Romanæ jure gaudentes: quas inter cives atque peregrinos ex veteri instituto differentias prolixe recenset Brissonius *antiquit. libr. 1. cap.* 13. Unde & legibus variis a populo Romano communicatas legimus gentibus aliis, velut insigne beneficium, has ipsas civitatis suæ prærogativas; quas leges apud Rosinum collectas vide *antiquit. lib. 8. part. 2. cap.* 2. Et quamvis *Augustus* (Suetonio teste in vita ejus cap. 40.) *magni existimans, sincerum atque ab e-*

nuni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum, civitatem Romanam parcissime dederit, Tiberio pro cliente Græco petenti rescripserit, non aliter se daturum, quam si præsens sibi persuasisset, quam justas petendi causas haberet; & Livia pro quodam tributario Gallo roganti civitatem negaverit; tamen successu temporis ex Antonini Imperatoris constitutione omnes, qui in orbe Romano erant ingenui, cives Romani effecti sunt, *l. in orbe* 17. *ff. h. t.* Quam constitutionem licet Antonino Caracallæ velut auctori tribuendam putet Cl. Rykius *in notis ad Tacitum pag.* 334. *& seqq.* & ancipitis plane disquisitionis in universum videatur, quis hic Antoninus fuerit, dum Imperatores varii verum Antonini nomen habuerunt; alii illud æque, ac Cæsaris & Flavii assumserunt uti ex historiæ augustæ scriptoribus aliisque constat, ac plene docet Rævardus *lib.* 3. *varior. cap.* 10. Magis tamen est, ut adscribamus Antonino Pio, vel Marco Antonino philosopho: quippe quo imperante conditum quoque fuit Senatusconsultum Apronianum, ab Aproniano tunc consule (ut ex fastis patet) denominatum, quo cautum, ut omnes civitates in orbe Romano fideicommissa capere possent, & ipsi quoque municipes; sic ut actiones quoque ex Trebelliano in municipes transirent, *l. omnibus* 26. *ff. ad Senatusconsul. Trebell. l. cum senatus* 20. *ff. de reb. dub.* Ulpianus *in fragmentis tit. qui hæred. institut. possunt* 22. *§.* 5. quod fieri non potuisset, nisi simul cives fuissent effecti. Nec multum ab hisce Romanorum institutis ablusere per Hollandiam, & plures alias provincias, ac regiones, antiquis temporibus in peregrinos præjudicia, quibus erant a civibus distincti: cum nec testes olim fuerint idonei contra cives, nec potuerint honore fungi, & levius vindicatæ fuerint illatæ ipsis injuriæ, ac denique fiscus iis succederet. Sed ex quo mercaturæ occasione plurimi in hasce regiones cœperunt peregrini confluere, par quoque in plerisque cœpit esse peregrinorum ac civium conditio, exceptis per urbes & municipia magistratus honoribus, quos solis civitatis cujusque civibus deferri, peregrinis exclusis, passim municipales leges cavent: nec difficile peregrino est vel prece vel pretio modico, in publicum illato, concessionem jurium civitatis ab urbis cujusque magistratu nancisci. Hugo Grotius *Manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 13. *per tot.*

3. Quamvis autem *omnes homines natura libertati studere, & conditionem servitutis odisse*, Julius Cæsar *lib.* 3. *fere in med.* vers. *itaque quum* de bello Gallico testetur, & experientia dictet; jure tamen gentium inducta fuit inter liberos & servos distinctio; prout vel alieno dominio contra naturam subjecti fuerint; vel salvam sibi reservaverint facultatem faciendi quod libet, nisi si quid vi aut jure impediantur, *l. libertas* 4. *ff. h. t.* vi enim illicita non minui libertatem, qualis est prædonum similiumque violenta detentio, patet ex *l. qui a latronibus* 13. *ff. qui testam. fac. poss. l. hostes* 24. *ff. de captiv. & postlimin.* non magis quam juris dispositione; quippe quæ vetans, ne, verbi gratia, prodigi sua dissipent, minores immobilia sine decreto alienent, filiif. testamenta condant, nullis horum videri potest libertatem sustulisse, sed tantum restrinxisse licentiam nimiam ipsis pariter, & reipublicæ damnosam. Ceterum quo modo servi ratione officiorum & ministeriorum distincti fuerint, alii ordinarii, alii vicarii & mediastini appellati, Rævardus docet 5. *variorum cap.* 20. Amplius qua ratione servi facti fuerint, quo modo pro nullis jure civili habiti (licet non ita in iis, quæ juris naturalis essent) ac tota ipsorum vita, libertas, & omnia olim ex domini pependerint arbitrio ac voluntate; qui deinceps mitigata paulatim fuerit illa potestas dominica, & intra modicæ castigationis cancellos coarctata; qui insuper omnia suis acquisiverint dominis, nihil sibi: quales fuerint adscriptitii, prædiorum nempe magis, quam personarum servi, simul tamen cum prædio, cui adscripti, in dominio dominorum fundi constituti, sine fundo nec alienandi nec legandi: quibus dein modis ex conditione servili ad libertatem perducti, libertini facti fuerint, ab ingenuis natis distincti, & quæ hujus generis plura sunt, petenda si cui libet, latius ex interpretibus *ad tit. instit. de jure personarum, & tit. de his, qui sui vel alien. juris*, consulto prætermitto; cum minorem hæc apud nos usum inveniant, inter Christianos fere abolita in universum servitute; usque adeo, ut, si servus regionum nostrarum, ac plurium gentium aliarum fines intraverit, etiam invito domino possit confestim ad libertatem proclamare, ut multis a Groenewegio id firmatum DD. auctoritatibus ad *tit. Inst. de his, qui sui vel alien. juris*, & Parente p. mem. Paulo Voet *ad §.* 5. *Instit. de jure personarum.* 4. nec cuiquam mortalium nunc liceat sese venundare, aut alia ratione servitutis jure semet alteri addicere. Bugnon *de leg. abrogat. lib.* 1. *cap.* 5. Vid. *Imp. Leonis constit.* 59. Si tamen Christiani cum barbaris bello commissi fuerint, ut ipsis capti barbarorum servituti addicuntur, ita talionis jure captos a se barbaros eodem servitutis jugo pressos tenent; sic ut aliquando ab Ordinibus Fœderati Belgii cautum inveniamus, in talibus etiam vigere debere latas de servis leges civiles; addita tantum exhortatione, ne domini eos durius habeant, neve diebus dominicis, aliisque temporibus ad publica pietatis exercitia destinatis, eos labore gravent *Instructie van de Staten Generaal, voor de geconquesteerde plaatsen in Brazil*, 23. *Augusti* 1636. *art.* 85. 86. *vol.* 2. *placitorum pag.* 1261. Quid, quod & multis in locis, ac ipsis vicinis Geltiæ Zutphaniæque partibus, ubi sublatum est servitutis jus, inveniuntur etiamnum homines proprii, aut ab iis haud longe diversi, adscriptitiis Romanorum in plerisque similes, nec omni carentes macula servitutis; quippe quibus defunctis pro usu regionis cujusque vario succedit dominus in quandam mobilium partem, imponit certis temporibus operas manu aut jumentis præstandas, mulctas illiciti conjugii ab illis exigit, quoties cum non ejusdem conditionis hominibus matrimonium inierint, pecuniam in redemtionem juris primi concubitus accipit, in alios alienas, judiciis possessoriis ac petitoriis petit, nec invitus pati tenetur, prædia per tales possessa alienari, dividi, oppignorari, multisque modis aliis ex hoc jure sibi competente gravis hisce videri potest, ac quodam premere servitutis jugo. Atque hi non uno veniunt nomine, antiquitus dicti, Germanis *leibeigene*, nostratibus, *laten, lassen, heurmoedige, schothare, behoorige mannen, Wastinische luyden.* De quibus ac-

Hisque similibus ex nostrarum viciniarumque regionum antiquo & obscuro usu petitis, huc spectantibus plura vide sis apud Fredericum a Sande *de feudis Geltriæ tract. præliminar. cap. num.* 28. & *seqq. ad finem*, & *cap.* 2. *in pr.* Lambert. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 13. *num.* 4. & *seq. ad fin.* Ant. Matthæum *parœmia* 2. *num.* 45. & *seqq.* Simon a Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 1. *cap.* 2. *num.* 2. 3. 4. 5. 6. Mævium *ad jus lubecense libr.* 1. *tit.* 3. *art.* 3. Burgundum *ad consuetud. Flandriæ tract.* 15. Struvium *ad Pand. h. t. num.* 23. 24. Justum Meyerum *collegio Argentorat. h. t. num.* 17. 18. 19. Parent. p. mem. Paulum Voet *ad princip. Instit. de jure person. num.* 8. & *ad* §. 5. *d. tit. num.* 4. Placitum Ordinum Zelandiæ 15. *Novemb.* 1678. *vol.* 3. *placit. pag.* 536.

4. Porro nec liberi homines ejusdem omnes fuerunt conditionis ac dignitatis, dum alii senatorio Ordini fuerunt adscripti, alii equestri, pars longe maxima plebejum Ordinem constituebant. Alii insuper optimates dicebantur, populares alii. De quibus omnibus prolixe Carolus Sigonius *de antiquo jure civ. Romanor. lib.* 2. *cap.* 1. 2. 3. 4 5. 6. Rosinus *antiq. Roman. lib.* 1. *cap.* 15. 17. 18. ibique Demsterus *in notis*. Quibus proxime accedit ea, quæ apud nos, & passim obtinet, hominum in nobiles, & ignobiles seu plebejos distinctio; de quorum Nobilium origine, juribus, ac differentiis qui plura novisse cupit, videat Hugonem Grotium *Manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 14. Simon van Leewen *censura forens. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 7. 8. 9. 10. 11. Clariss. D. Ant. Matthæum Collegam honorandum *tractatu luculento, de nobilitate*, Andr. Tyraquellum *de nobilitate*. Hæc enim aliaque similia prolixius excutere, licet sua non careat utilitate; a nostro tamen instituto alienum est. Illud expeditum, quoties de nobilitatis aut civitatis jure quæstio est, non tam maternæ, quam paternæ stirpis conditionem spectandam esse, ut liberi nobilibus vel plebejis, civibus aut peregrinis accensendi sint, *l.* 1. §. 2. *pr. ff. ad municipalem l. cum legitimæ* 19. *ff. h. t.* nisi privilegio munita inveniatur origo materna, ut vel civitatis, vel nobilitatis jura per eam propagentur, *d. l.* 1. §. *ult. post pr. ff. ad municipalem*, Paulus Voet *de statutis sect.* 5. & *ad princ. Instit. de ingenuis num.* 5. Zoesius *ad Pand. tit. de his, qui sui vel alien. jur. sunt num. ult.* observandum tamen, privilegiis, quæ nobilibus inveniuntur concessa in dubio illos gavisuros, qui vetere nobilitate conspicui sunt, aut nova quidem, sed ab eo data, qui & privilegium indulsit; nequaquam illos, qui nobilitatis novæ peregrinæ titulis splendent; ne alioquin privilegia extendantur ultra mentem concedentium, arbitrio Principis extranei etiam ad eos quos indignos judicaret privilegii auctor, vide Paulum Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 3. *numer.* 16. Ant. Matthæum *parœmia* 5. *num.* 11. *in med.* quod & nominatim dictant edicta Philippi II. & Alberti, ac Isabellæ, ibidem allegata; uti & novissime placitum Ordinum Hollandiæ anno 1666. *vol.* 3. *pag.* 608. 609. quo cautum, jura venationis, nobilibus per Hollandiam competentia, talibus tamen non censeri indulta.

5. Ad hæc inter homines jam natos, & nascituros, seu in utero etiamnum constitutos leges distinguunt. In utero constitutos quod attinet, licet proprie necdum hominis appellatione venire possint ob incertum nativitatis, sed magis tales velut *spem animantis* lex regia consideraverit, *l. negat.* 2. *ff. de mortuo inferendo*; fictione tamen juris pro jam natis habentur, quoties de ipsorum commodo agitur, *l. qui in utero est* 7. & *l. qui in utero sunt* 26. *ff. h. t.* Qua ratione post conceptionem superveniens parentibus calamitas nocere non solet ei, qui in ventre est: sive enim prægnans mater in servilem deducatur statum, vel ultimo damnetur supplicio aut deportetur, partus liber erit & ingenuus, *pr. Instit. de ingen.*, *l. Imperator* 18. *ff. h. t.* sive ab hostibus capta ibidem pariat, partus postliminii jure gaudebit; cum alioquin ad eos, qui penes hostes & concepti & nati sunt, jus postliminii se non extendat, parentibus apud hostes extinctis, *l. qui in utero sunt* 26. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *C. de postlimin.* & licet concepti natique ex patre, qui Senatu motus est, senatorum filiis haud accensendi sint; concepti tamen antequam pater ordine moveretur, licet post demum nati, quasi senatoris filii eadem ratione intelliguntur, *l. emancipatum* 7. §. 1. *ff. de Senatoribus*. Hæreditates quoque legitimæ ut jam natis deferri solent, ita & nascituris in utero constitutis, *d. l. qui in utero sunt* 26. *ff. h. t.* quibus & donec nati fuerint portiones reservantur, *l. antiqui* 3. & *l.* 4. *ff. si pars hered. petatur*. Quod si non ipsorum in utero existentium, sed tertii tantum vertatur commodum, cessat illa juris fictio, qua pro jam natis haberentur, nec aliis prosunt, nisi natis, *d. l. qui in utero est* 7. *ff. h. t. quod dicimus* 231. *ff. de verb. signif.* Hinc, quæ ipsis necdum natis prodesse nequeunt, etiam ex tempore nativitatis suspensa manent; qua de causa nec posthumi præteriti a patre, dum sunt in utero testamentum rumpunt, sed demum agnatione sua, testamento manente rato, si abortus fiat, aut monstrum producatur, *l. uxoris* 2. *l.* 3. *C. de posthumis hered. instit.* nec ipsis ad spem successionis vocatis una cum aliis collatio per reliquos facienda, nisi postquam fuerint editi; cum nec ante reipsa hæredes sint, *lege ultim. ff. de collation.* junct. *lege posthumo* 1. *Cod. eod.* Plane, si vel læsionem evitare nequeat, vel commodum sentire is, qui in utero est, nisi & tertio pro tempore prosit, patiuntur leges, tertium quoque usque ad editionem partus reddi commodorum participem. Cum ergo partus salvus esse nequeat, dum mater prægnans supplicio afficitur; ac summopere periclitetur, si vel quæstionibus illa subjiciatur; & pœnam & tormenta differri obtinuit, donec pepererit, quæ nocens est aut accusata, *l. prægnantis* 3. *ff. de pœnis*, *l. Imperator* 18. *ff. h. t.* Paulus *recept. sent. lib.* 1. *tit.* 12. §. 5. Cumque nutriri fœtus nequeat, nisi matre nutrita; consequens fuit, ipsi uterum gestanti alimenta, conditioni congrua, præstanda esse ex hæreditate, in cujus possessionem illa ventris nomine missa fuerit, licet aliunde habeat, unde sustentare se possit; cum ista præstari videantur ei, qui in ventre est, *lib.* 1. §. *mulier. autem* 19. *lib. curator* 5. *ff. de ventre in posses. mitt.*

TITULUS VI.

De his, qui sui vel alieni juris sunt.

SUMMARIA.

1. *Homines vel sui, vel alieni juris sunt.*
2. *Quid sit patria potestas? eam furiosis quoque ac prodigis posse competere.*
3. *Qui olim, qui postea, qui moribus hodiernis sint effectus patriæ potestatis. Nepotem hodie non esse in potestate avi paterni.*
4. *Variis modis constituitur potestas hæc, præcipue justis nuptiis, si modo tempore legitimo liberi nati sint; quodnam sit illud tempus legitimum, tum jure Romano, tum hodierno.*
5. *Natus mense quinto vel sexto a nuptiis contractis legitimus non est, si maritus ante nuptias cum uxore non consueverit.*
6. *In dubio præsumendum est, filium non ex alio, sed marito conceptum esse.*
7. *Si mulier profiteatur, se ex alio quam marito suo gravidam esse, nec partui, nec sibi nocet, si alia probatio desit.*
8. *Si mulier probetur adultera, tamen partus in dubio magis ex marito, quam adultero conceptus videri debet.*
9. *Si mulier mox a morte mariti prioris ad alias nuptias transeat, & partum edat, qui naturaliter poterat vel ex primo, vel ex secundo marito conceptus esse, præsumendum est, eum ex marito secundo esse genitum.*
10. *Natus ex sponsa impregnata, nuptiis non secutis, an legitimus?*
11. *An legitimus sit, qui post solemne divortium conceptus, & editus est ex conjugibus, privata auctoritate ac pœnitentia conjugium redintegrantibus?*
12. *Quibus modis probetur, aliquem esse filium aut esse legitimum remissive.*
13. *An monstra liberorum numero censeantur?*

1. Est & alia personarum divisio, qua alii sui juris sunt, dum nec patriæ, nec dominicæ subsunt potestati, & *patres familias* appellantur, sive puberes sint, sive impuberes; cum & impubes in tutela constitutus sui juris sit, *pr. Instit. de tutelis*. Etsi me non lateat, alio alioque sensu & patris familias denominationem apud probatos scriptores reperiri. Vide Rævardum *l. 4. variorum c. 12. in med.* Alii alieni juris, qui dominicæ, vel patriæ potestati subsunt. De dominica potestate satis pro instituti ratione *tit. præced.* actum.

2. Patria potestas est jus, quod cives Romani masculi, non fœminæ, habebant in suos liberos ex justis nuptiis, legitimatione, vel adoptione quæsitum, sive ingenui essent, sive libertini, *l. libertos 8. C. de patria potestate.* sive scirent, prolem sibi natam esse, sive non, *l. uxorem 29. ff. de manumiss. testamento.* Etiamsi furore vel amentia, aliove animi vitio laborantes re ipsa non potuissent hanc potestatem exercere; sive ante furorem sive in ipso furore ex uxore sana, vel simili amentiæ specie vexata, liberi proponantur concepti, *l. patre furioso 8. ff. h. t. l. qui furere 20. ff. de statu homin.* Licet enim in iis, in quibus patriæ potestatis effectus facto aliquo, vel consensu declarandus est, factum parentis furiosi non expectetur; & ideo liberi hæreditatem adire, & nuptias contrahere possint, non interposito per talem jussu, *l. cum hæres 52. in pr. ff. de acquir. vel omit. hæred. l. si nepos 9. ff. de ritu nupt. l. si furiosi 25. C. de nupt. pr. Instit. de nuptiis*; non tamen ideo minus commoda ex tali liberorum facto, parenti de jure tributa, ipsi quoque furioso salva erunt, quasi consensisset, veluti emolumenta hæreditatis, & jura patriæ potestatis in nepotes, ex tali matrimonio filii quæsitos, ne alias furoris infortunio calamitosis alia addatur in ademtione juris consistens afflictio, *l. furiosus 63. ff. de acquir. vel omitt. hæred.* arg. *d. l. si furiosi 25. in fin. C. de nuptiis.* Idemque in prodigo juris in plerisque est: tantum enim abest, ut prodigalitate patris patria solveretur potestas, ut magis ipsi tributa inveniatur emancipationis facultas, quam tamen furioso non competere certum est, *l. penult. §. potuit 2. in fine ff. de curat. furios. & aliis extra min. dand.*

3. Cum vero potestas hæc quandam quasi proprietatis speciem patri avoque paterno in liberos tribuerit, *l. 2. §. 2. ff. de interdictis sive extraord. act.* sic ut & vindicatio liberorum ex jure Quiritium, & interdictum de liberis exhibendis, & actio furti, & utilis de servo corrupto, & legis Aquiliæ, similesque inde competerent, *d. l. 2. §. 2. ff. de interdictis sive extraord. act. tot. tit. ff. de liberis exhibend. §. 9. Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. sed & si 5. in fine, l. qua actione 7. in pr. & §. si quis in colluctatione 4. ff. ad leg. Aquil. l. 1. §. 2. de rei vindic.* non mirum fuit, quod & olim ejusdem potestatis jure pater filiumfamilias noxæ dare potuerit ex ejus delicto noxali conventus judicio, *§. ult. Instit. de noxal. action.* ac in eum habuerit jus vitæ necisque, *l. ult. C. de patria potest. l. in suis 2. in fine ff. de liber. & posthum. l. divus 5. ff. de leg. Pomp. de parricid.* Adde Rævardum *ad leg. 12. tabul. cap. 3.* quamvis vendere non potuerit, atque ita libertatem eripere, aut abdicare, nisi liberos sanguinolentos, urgere egestate & necessitate famis; sic ut plus incolumitati libertatis, quam vitæ liberorum olim a Romanis prospectum fuerit, *d. l. ult. C. de patria potest. l. abdicatio 6. C. eod. tit. l. 1. 2. C. de patrib. qui filios distraxer.* Jure tamen posteriori non ita in immensum extensa fuit auctoritas paterna, ac ne in corrigendis quidem liberorum erratis animadversio privata quæcunque permissa patri; sed vel damni pœna mulctare potuit, ob ingratitudinem alimenta denegans, ab hæreditate secludens *l. si quis a 5. §. idem judex 11. ff. de agnosc. & alend. liber. nov. 115. cap. 5.* vel pœna sensus, vel modicam coercere castigationem; ut, quos ad vitæ decora non provocabant domesticæ laudis exempla, saltem correctionis mediocris medicina impelleret: nam ut Seneca *lib. 1. de ira cap. 5.* castigatio, *quæ sincera est, & cum ratione, non nocet, sed medetur specie nocendi.* Quod si atrocitas facti domesticæ emendationis jus excederet, liberos enormium delictorum reos placuit judicio tradi notioni, *l. un. in fin. C. de emendat. propinquor.* Quæ tamen hactenus nec ad singulare jus patriæ potestatis reducenda sunt, nec solius pa-

tris propria; cum & matri similia facere permissum sit naturali ratione, & in emancipatos hæc quoque jura exerceri possint. Quæ vero illa sint, quæ patri soli in liberos suos non emancipatos, jura competunt, partim in acquirendo, partim in administrando, partim in substituendo, tutores dandi, ratione voti aut nuptiarum consentiendi, vel dissidendi potestate, aliisque pluribus consistentia, suis locis singula tractanda venient. Si quis interim collecta & juncta desideret, videat *DD. ad tit. Cod. de patria potestate & princip. ac tot. tit. Instit. de patr. potest.* dummodo cogitet, gentium plerarumque moribus (Frisiis exceptis, quos in plerisque hic juri Romano adhærere testatur Sande *lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 2. & 3.) magna ex parte sublatos esse ipsos illos, qui recentiori jure Romano supererant, patriæ potestatis effectus; aut si non sublati, cum matre communicatos, etenim nec vendere filium potest in casu necessitatis, nec peculii adventitii usumfructum apud nos acquirit; nec pupillarem facit substitutionem ad eos effectus, quos illa jure Romano solebat sortiri: nec ultra, quam & mater substituendi jure gaudet; nuptiarum quoque intuitu, ut patris consensus requiritur, sic eo deficiente, matrem consentire usque ad eandem ætatem necesse est; ut hæc tit. de peculio, de vulgari & pupill. substitut. de nuptiis, alibique latius tradam. Vide *Gudelinum de jure noviss. lib.* 1. *cap.* 13. vers. *quid moribus*, seu *numer.* 14. Groenewegen *de legib. abrog. ad* §. 2. *Instit. de patria potest.* Paulum Voet *ad princ. Inst. eod. tit. n.* 5. Bugnon *de leg. abrog. lib.* 1. *cap.* 7. Lambert. Goris *adversar. tract.* 4. §. 6. Et quamvis Romanis legibus placuerit, ex filio in potestate retento nepotes in avi esse potestate, sic ut eo vivente patris intermedii potestas vix esset conspicua, §. *ult. Instit. de patria potest. l. patri* 20. & 21. *ff. ad leg. Iul. de adult. l. si nepotem* 3. *ff. de ritu nup.* §. *illud.* 11. *Instit. de adopt.* §. *admonendi* 7. & §. *illud autem* 9. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solv.*, patrio tamen jure nepotes in solius patris, non avi potestate esse, ac ne mortuo quidem patre nexibus illibatos fore, verius est: cum enim per nuptias ipse filius nunc a patria liberatus sit potestate, ut dixi *tit. seq.* ac nepotem ex filio emancipato natum, patrem, non avum sequi leges dictent, *d.* §. 9. *inf. Instit. quiq. mod. jus p. pot. solvitur*, omnem certe nepotem non aliter, quam ex filio emancipato conceptum natumque, atque adeo solius patris potestati subjectum, considerare necesse est; etiamsi ante nuptias natus, per nuptias legitimatus esset; cum utique non nisi in legitimos, aut adoptatos patria potestas possit competere, non in naturales tantum. Gudelinus *de jur. noviss. libr.* 1. *cap.* 13. *in fin.* Groenewegen *ad* §. *ult. Instit. de patr. potestat.* Ant. Matthæus *disput. de nupt.* & *tutelis, in auctario de divortiis legum & usus n.* 17. unde & patris solius aut matris, non avi aviæque assensum in nuptiis desiderari, notatum *tit. de ritu nupt.*

4. Constituitur hæc potestas tribus potissimum modis, puta, nuptiis, legitimatione, & adoptione, judicis quoque sententia, dum emancipati ob ingratitudinem in patriam revocantur potestatem, *l. unic. C. de ingratis liberis*, aut per errorem declarantur a judice filiifamilias cum vel emancipati, vel ne filii quidem essent; re scilicet judicata habita pro veritate, arg. l. *ingenuum* 25. *ff. de statu homin.* junct. *l. si cum pater* 2. *C. si advers. rem judic.* plenissima denique restitutione per Principem facta, si patris aut filiifamilias deportatione potestas patria evanuisset, §. 1. *Instit. quib. mod. jus patr. pot. solv.* Nuptiis tamen non aliter, quam si legitimo tempore filius natus fuerit; quod est ab initio mensis septimi ad initium mensis undecimi; sic ut a nuptiis contractis mense septimo aut ulteriore editus pro legitimo habendus sit; cum & mensis septimi initio perfectum nasci partum ex Hippocratis auctoritate receptum sit, *l. septimo* 12. *ff. de statu homin. l. intestato* 3. §. *ult. ff. de suis & legit. hered.* & rursus octavo, nono, vel decimo usque ad undecimi mensis initium natus, a dissoluto per obitum mariti, aut divortium matrimonio, vel ab absentia viri, tempore computando, *l. Galus* 29. *in pr. ff. de liberis & posthumis, l. intestato* 3. §. *penult. ff. de suis & legit. hered. l. ult. C. de posthum. hered. Instit. l. ult. ff. de fideicommissar. libertat. novell.* 39. *cap.* 2. post decimum elapsum ab absentia vel nuptiarum dissolutione mensem nati, ut legitimis annumerandi non sunt, ita nec potestati subjecti censeri possunt, *d. l. intestato* 3. §. *pen. ff. de suis & legit. hered. novell.* 39. *cap.* 2. multoque minus, si cum Ulpiano concipiamus, abfuisse maritum per decennium, ac reversum invenisse anniculum in domo sua, *l. filium* 6. *ff. h. t.* Plane cum inter ipsos medicos non satis de extremo seu longissimo gestandi uteri tempore conveniat, Aulus Gellius *Noct. Attic. lib.* 3. *cap.* 16. Paulus Zacchias *quæst. Medico legal. lib.* 1. *tit.* 2. Carolus Hannibal Fabrottus, *de tempore partus humani.* Atque ut terrore aliisque subitaneis animi motibus mulieres non raro maturius enixas fuisse in aperto est; ita quoque ex adverso luctu domestico, infirmitate valetudinis, defectu virium naturali, alimenti penuria, aliisque similibus, parturiendi tempus retardari posse non sit improbabile; non absurdum fuerit, arbitrio judicis hic aliquid permitti, ut, perpensis probe circumstantiis, & ipsa mulieris vita anteacta, moribusque fama publica integris aut suspectis, adhibitis etiam in consilium artis medicæ peritis a Juris Romani definitione decem mensibus circumscripta nonnihil recedat; maxime cum de solitis casibus ac frequentioribus leges soleant non ad ea, quæ difficulter & perraro eveniunt, aptari, *l. jura* 3. *et. ll. seq. ff. de legibus*, ut proinde nec in raro contingentibus adeo exacte servanda sit legum definitio, arg. *l. si major* 12. *C. de legit. heredibus.* Qua ratione, suadente ita pudicitiæ fama ac præsumptione, in Frisia duodecimo mense natus sententia curiæ legitimus & defuncto mariti hæres declaratus est. Sande *dec. Frisic. lib.* 4. *tit.* 8. *def.* 10. Adde Paulum Zacchiam *quæst. Medico legal. lib.* 1. *tit.* 2. *quæst.* 6. Mynsingerum *cent.* 6. *observ.* 40. Menochium *lib.* 2. *de arbitrar. judic. casu* 89. *n.* 33. & *seqq.* Rittershusium *ad novel. part.* 4. *cap.* 13. Carranza *de partu natur.* & *legit. cap.* 13. 14. 15. Carpzovium *definit. forense par.* 4. *constit.* 27. *def.* 13. 14. 15. Gudelinum *d. jure noviss. lib.* 1. *cap.* 12. vers. *ac decemviri* seu *n.* 6.

5. Quod si sexto, vel quinto, aut citeriore a nuptiis contractis, mense partus edatur, cum vitalis esse nequeat ex judicio medicorum aut perfectus, non

est quod de jure patris in talem inquiramus. Si tamen perfectum ac plenissime formatum edi contigerit, non est cogendus maritus talem agnoscere, aut alere ut suum, quoties præmaturæ ac festinatæ ante nuptias veneris usum negaverit, jurejurando, si exigatur, interposito arg. *d. l.* 12. *de statu homin.* Paulus Zacchias *quæst. Medico-legal. tom.* 3. *decis.* 45. Carranza *de partu natur. & legit. cap.* 7. 8. 9. Plane, si quis ante nuptias in furtivos cum puella complexus ruens, eam deinceps matrimonii vinculo legitime sibi sociaverit, nec anticipata gaudia ipse diffiteatur; non dubium, quin vel confestim a nuptiis contractis, aut ipso nuptiarum die editus (quamvis tum demum concipiendus) legitimis liberis adscribendus sit, subsequente connubii fœdere omnem conceptionis maculam tollente, arg. *princ. Instit. de ingenuis l. & servorum* 5. *§.* 2. *ff. de statu hom.* cum & ante nati ea ratione fiant legitimi, *§. ult. Inst. de nuptiis.* Simon van Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 15. etiamsi post contractas nuptias nullus intercesserit concubitus, & in illis versemur locis quibus ad introducendos alios nuptiarum effectus præter sacerdotalem benedictionem ingressus in thorum conjugalem desideratur.

6. De cetero pro eo, qui legitimo tempore ex uxore est editus, præsumptio militat, legitimum illum esse, sic ut & filium leges definiant, qui ex viro & uxore ejus nascitur, *l. filium* 6. *ff. h. t. l. si vicinis* 9. *C. de nuptiis*, & patrem, quem nuptiæ demonstrant, *l. quia semper* 5. *ff. de in jus voc.* & ad id, ut quis se legitimum probet filium, sufficiat demonstrare, se ex matrimonio legitime celebrato natum esse: usque adeo, ut in dubio præsumatur & habilitas generandi, & rei venereæ exercitium inter conjuges cohabitantes, nec ferendus sit, qui cum uxore quotidie moratus, filium ex ea natum agnoscere noluerit quasi non suum; nisi constet, maritum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente, vel impotentia generandi, quo posito probatoque, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus pro filio mariti ratione manifesta haud foret habendus, *d. l. filium* 6. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 12. *num.* 3. Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 18. *art.* 4. *n.* 1. Andr. Gayl. *lib.* 2. *obs.* 97. *num.* 16. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 89. *num.* 19. & 53. *ac seqq.* Jacob Coren *consil.* 12. *num.* 11. & *seqq.* Abr. a Wesel. *ad novell. constit. Ultraj. art.* 14. *num.* 55.

7. Quid ergo, si mulier partum edat eo tempore, quo potuit ex marito suo prægnans esse, octavo forte, vel nono a nuptiis contractis mense, maritum vero patrem neget, vel ante partum, vel in ipsis parturiendi difficultatibus atque discrimine, ac ex alio se concepisse fateatur; erit ne proles legitima & mariti? Certe, si alia non adsit probatio fœtus ex alio, quam marito suscepti præter ipsam illam mulieris confessionem, verius est, nec sibi nocituram tali professione utut jurata mulierem, ut adulterii vel stupri rea perageretur, aut pelleretur repudio; nec partui, quo minus ille & legitimus haberetur, & a marito etiam invito, sine legitimis probationibus filium abnegante, agnoscendus, alendus, & hæreditate suo tempore beandus foret. Præterquam enim, quod natus in domo mariti præsumendus est ex eo & uxore ejus conceptus esse, sic ut, cum mater naturaliter certa sit, pater ex præsumptione censeatur, quem nuptiæ demonstrant, nisi contrarium evidenter constiterit, *d. l. filium* 6. *ff. h. t. l. quia semper* 5. *ff. de in jus voc.* insuper hujusmodi professionem propriæ turpitudinis sic sponte emissam vel ab insania quadam & læsa imaginatione, vel a concepto in maritum odio ac ira, quæ & ipsa brevis furor est, procedere merito conjeceris: assertionibus autem de partu, a matre propter repudiationem aliamve causam, sed veritatis locum fore, Scævola auctor est, *l. Imperatores* 29. *§.* 1. *ff. de probat.* arg. *l. divortium* 3. *ff. de divortiis*, *l. quicquid* 48. *ff. de reg. juris.* Et ita maxime non apparente, leges tamen in dubio pro falsis habent, ac velut ab iis, qui non sanæ sunt mentis, profecta, quæcunque malignum parentum circa liberos judicium continent; donec assertorum veritas fuerit aliunde probata, *l. non est* 4. *ff. de inoff. pr. Inst. eod. tit. nov.* 115. *cap.* 3., non enim nudis asseverationibus, & ementita professione, licet uterque conjugum consentiret, veritati & liberis præjudicium fit, arg. *l. non nudis* 14. *C. de probat. l. nec omissa* 15. *l. parentes* 22. *C. de liber. causa.*; Jacob. Coren *consil.* 12. Mascardus *de probation. conclus.* 719. Boerius *dec.* 299. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 18. *art.* 4. *n.* 2. & *seqq.* Costalius *ad l.* 16. *ff. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 97. *num.* 8. D. Ant. Matthæus *de probat. cap.* 1. *num.* 50. & *seqq.*

8. Quod si non sola sit matris professio, secundum jam dicta, sed insuper eam adulterii convictam ponamus; nec sic quidem adulterinum præsumamus partum; sed magis in dubio genitum a marito, quoties ille, durante eo tempore, quo partus concipi potuit, uxori cohabitaverit, nulla impotentia manifesta præpeditus, sive proles mariti, sive adulteri vultum credatur referre. Neque enim crimen adulterii, quod mulieri objicitur, infanti præjudicat; cum possit & illa adultera esse, & natus maritum mulieris habuisse patrem, *l. miles* 11. *§. quæ propter* 9. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* Quod enim, si Juliam imitata adultera, non nisi plena nave vectorem admiserit; ut ea ratione filios ederet maritum ore vultuque repræsentantes. Eoque facit, quod ubi & ex licito & ex turpi actu initium rei derivari potuit, in dubio pro actu licito & honestate præsumendum sit. Menochius *lib.* 2. *de arbitrar. jud. casu* 89. *n.* 20. & *seqq.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *obs.* 97. *n.* 7.

9. Illud sua non caret difficultate, si mulier, anno luctus neglecto, brevi post conjugis obitum ad alia vota transiens, eo tempore enixa sit, quo & ex primo defuncto, & ex secundo marito concepisse potuisset, mense puta nono a morte viri, septimo vero a nuptiis contractis computando. Sunt enim quibus placuit, talem habendum esse utriusque mariti filium, ex utriusque alendum patrimonio, & ad hæreditatem utriusque admittendum. Sunt & qui arbitrio prolis tribuunt electionem, utrum defuncti, an superstitis haberi cupiat. Sed cum impossibilitatem prior involvat opinio, & ridiculum sit, atque naturæ repugnans, ut quis hunc, vel illum suo arbitratu haberet genitorem; aliis contra visum fuit partum talem neutrius mariti liberis ob incertitudinem accensendum esse, ac ab utriusque hæreditate depellendum, arg. *l. si fuerit* 10. *ff. de reb. dub. l. si quis ita* 3. *§. si duobus* 7. *ff. de adim. vel trans-*

filium quoque, quem prius emancipaverat, vel alteri dederat in adoptionem, ipse rursus adoptare non sit prohibitus, *l. si pater.* 41. *l. qui liberatus* 12. *ff. h. t. l. Papinianus* 8. *§. si quis impubes* 15. *ff. de inoff. testam.* aliter, quam in adoptivo receptum fuit, quem, si semel emancipando, vel alteri in adoptionem dando pater adoptivus de sua dimisisset potestate, rursus adoptare non poterat, *l. adoptare* 37. *§.* 1. *ff. h. t.*

2. Hanc DD. diviserunt in plenam & minus plenam; plenam appellantes, qua patriæ potestati adoptantis adoptatus subditur: minus plenam, qua vel sola libertas adoptato tribuitur, veluti in servo per dominum adoptato; vel solum jus filii citra patriæ potestatis vinculum; dum filiusfamilias ab extraneo adoptatur, vel ex Principis rescripto mulier in liberorum amissorum solatium adoptat. *§.* 2. 10. & *ult. Inst. h. t.*

3. Sed convenientior legibus est ea, qua in adrogationem & adoptionem in specie distinguitur. Adrogatio est, qua paterfamilias pubes aut impubes expresse consentiens rescripto Principis in filium assumitur, *§.* 1. *Instit. h. t. l. in adoptionibus* 5. *l. nonnunquam* 82. *l. & si pubes* 33. *ff. h. t.* aut etiam in nepotem, *l. si adrogator* 22. *§. ult. ff. h. t.* cujus morem veterem, & nominis etymologiam habet Aulus Gellius *noct. Attic. lib.* 5. *cap.* 19. Ulpianus *in fragment. tit. de adoption.* 8. Gajus *l.* 2. *ff. h. t.* qui eam a rogatione fuisse dictam, & comitiis curiatis fieri solitam auctore populo; nec in impuberibus, sed solis vesticipibus (qui scilicet prætexta posita assumserant) habuisse locum, sed Imperatoris Antonini constitutione ad impuberes fuisse productam, tradunt *d. locis.* Adde Rævardum *lib.* 5. *variar. cap.* 12. dummodo adrogandi impuberes septennio majores essent, ut consensum, qui ante ætatem illam nullus creditur, interponere valerent, arg. *l. in adoptionibus* 5. *ff. h. t.* junct. *l. in sponsalibus* 14. *ff. de sponsalib.* atque insuper tutorum omnium, quotquot fuerint, interveniret auctoritas, *l. ult. C. de auctorit. præstanda*, uti in minorum adrogatione curatorum consensum interponi, necesse fuit, *l. quod, n.* 8. *ff. h. t. l. ult. in fin. C. de auctor. præstanda.* Atque insuper pater adrogator caveret personæ publicæ, se bona impuberis restituturum illis, quibus deberetur, si adrogatio facta non fuisset, *§.* 3. *Inst. h. t. l. his verbis* 19. *ff. h. t.* qua tamen cautione omissa, utilis nihilominus in adrogationem actio supererat, *d. l.* 19. *§.* 1. *ff. h. t.* Quin &, ne lubrico ætatis circumscriberentur adrogatione damnosa impuberes, non modo plenior fuit adhibenda causæ cognitio, inquisitione facta, an causa adrogandi justa satis & honesta esset, expediretque pupillo, *§.* 3. *Inst. h. t.* sed & ab eodem Antonino Pio, qui impuberum adrogationes primus induxerat, constitutum, ut emancipato intra pubertatem sine justa causa, vel exhæredato, imo generaliter adrogato impuberi, in quem non cadebat justa causa exhæredationis, aut emancipationis, pars quarta bonorum patris adrogatoris, quanti illa fuerint mortis tempore, relinqueretur, præter bona ipsius impuberis, adrogatori adrogationis jure quæsita, *de §.* 3. *l. ult. ff. si quid in fraudem patroni.*; *l. Papinianus* 8. *§. si quis impubes* 15. *ff. de inoff. testam.* Cujus etiam quartæ petitionem ad hæredes transmittebat, facienda probabiliter exactione per condictionem ex lege; cum lex nova hujus quartæ, tanquam æris alieni, persecutionem dederit, nec tamen certum expresserit actionis nomen, *l. si adrogator* 22. *ff. h. t. d. l.* 8. *§.* 15. *ff. de inoff. test.* junct. *l. unic. ff. de condict. ex lege.*

4. Quartam illam non esse legitimam partem portionis ab intestato debitæ, ut veteres plerique voluerunt, & novissime censuerunt Vinnius *ad §.* 3. *Inst. h. t. num.* 3. Hubertus *comment. ad Inst. h. t. n.* 6. *in med.* sed magis omnium bonorum quartam, non inde tantum colligi potest, quod, ubicunque ejus mentio injicitur, simpliciter appelletur *quarta bonorum*, ac lege nuspiam distinguente, nec nostrum sit distinguere: sed & ex eo manifestum est, quod, nisi ita statuamus, non tantum inutilis sit futura D. Pii constitutio (quippe in omnem eventum id tantum tribuens impuberibus adrogatis, quod & iis & aliis quibuscumque cujusvis ætatis adrogatis etiam ante D. Pii tempora erat debitum, quarta nempe legitima) sed & ipsis damnosa pupillis adrogatis; dum constat, puberes adrogatos, & non in legitima (qua tenerentur contenti esse) institutos; sed sine justa causa exhæredatos, querelam potuisse movere, & ita toto subverso adrogatoris testamento, ex jure, quod sub D. Pio receptum erat, sibi totam adrogatoris vindicare hæreditatem; quia tamen querela impuberibus denegata, jussique quarta contenti esse, *d. l.* 8. *§.* 15. *ff. de inoff. testam.* Nisi ergo id incommodum pensatum dicatur commodo licet totius hæreditatis, & ita pupilli viderentur in eo melioris conditionis redditi, qui per constitutionem D. Pii quantum ad querelam deteriore, quam puberes, fuerant loco habiti, nullum omnino deprehendi posset principale beneficium. Neque id novum, ut ob peculiarem conditionem ejus, qui adoptabatur, major tribueretur portio, & quarta bonorum omnium: nam & ita uni ex tribus moribus seu filiis masculis ejusdem patris per alium adoptato olim jure singulari ex Senatusconsulto Sabiniano relinquenda fuit omnium bonorum quarta, uti patet ex *l. pen. §. quæ autem* 3. *C. de adoption. §. sed ea omnia* 14. *Inst. de hæreditat. quæ ab intest.* rejecta frigida Rævardi conjectura, & temeraria lectionis mutatione, quæ constans est in *d. l. pen. §.* 3. *C. h. t. d. §.* 14. *Inst. de hæreditat. quæ ab intest. & l. ult. in fin. C. de decurionibus*, Cujacius *ad d. l. ult. C. de decurion.* Dion Gothofredus *ad d. l. pen. §.* 3. *C. de adoption.* Vinnius *ad d. §.* 14. *n.* 4. Nec ratione caret, ut diversæ sententiæ opinantur auctores, quod magis adrogatis impuberibus, quam legitime natis deberetur omnium bonorum quarta. Etenim cum patris erga naturales & legitimos simul, naturali ex vinculo sanguinis, affectio quoque maxima præsumeretur, & inde votum ejus, ut hos haberet sibi hæredes, tanquam quibus ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, parentum hæreditatem addiceret, & velut ad debitam vocaret successionem, *l. cum ratio* 7. *in princ. ff. de bonis damnat.*; non ita leges hisce putarunt prospiciendum esse, multum tribuentes & fidentes amori & affectui paterno, progeniei suæ impuberi abunde prospecturo. At ex adverso, in impuberem adrogatum nullam cadere adrogatoris ex naturali sanguinis nexu affectionem, palam est: & quia ex sola civili ra-

tione, & adoptionis vinculo natus amor imminui facilius poterat ac refrigescere; nec impubes per ætatem vel obsequio prudenti, vel benemeritis sibi parare vel conservare poterat successionis plenioris spem; atque inde expectandum erat, fore, ut quantum posset minimam portionem adrogato impuberi daret adrogator; jure optimo per Antoninum (qui & primitus induxit, impuberes adrogari posse, ut ex Ulpiani fragmentis *tit.* de adopt. 8. *§.* 5. supra observatum est) impuberibus hisce prospectum fuit, ne sola legitima accepta dimitti possent, sed pleniorem, quam naturales, ex necessitate perciperent portionem; quæ & ideo non *ex judicio patris, sed ex principali providentia* ad eos dicitur pervenire, *l. si adrogator* 22. *§.* 1. *in fine ff. h. t.* Nec est, quod quis usque adeo absurdum arbitretur, meliorem ea ratione esse posse adscititiorum, quam naturalium liberorum conditionem, si simul existant. Nam, cum difficulter indulgere soleat Princeps adrogandi licentiam, liberis ex justo matrimonio progenitis superstitibus, ne horum spem, quam obsequio sibi paraverant, diminuat, nisi gravissima urgente causa, *l. nec ei* 17. *§. præterea* 3. *ff. h. t.* iniquum non fuit, ut qua ratione Princeps induceretur ad permittendam adrogationem, ex eadem etiam aliquanto melioris conditionis esset adrogatus, quam naturalis: maxime si consideres, parenti, liberos habenti, per leges licere extraneo bene forsan merito relinquere dodrantem, jure novo bessem aut semissem totius hæreditatis, sola legitima liberis assignata.

5. Adoptio in specie est, qua filiusfamilias non contradicens, adeoque etiam infans, imperio magistratus adoptatur, *§.* 3. *Inst. h. t. l.* 5. *& passim ff. h. t.* per eamque olim patris naturalis, potestati subductus in adoptantis familiam transibat ac potestatem. Sed jure novo non aliter, quam si ab aliquo ascendentium adoptatus fuerit, concurrente tunc in unum & naturali & civili adoptionis jure: cum alioquin jura patris naturalis, divino nexu copulata, per ludibrium & fictionem non viderentur evertenda: ut tamen ab extraneo adoptatus adoptivo patri intestato morienti succedat una cum liberis legitime natis, *§.* 2. *Inst. h. t. l. pen. §.* 1. vers. *sed si quidem C. h. t.* Fuit & adoptio quandoque testamento facta; Augustum enim a Julio Cæsare testamento adoptatum fuisse, testis est Suetonius in *Julio Cæsare cap.* 83. Sed minus propriam eam fuisse, vel inde manifestum est, quod patriam potestatem tribuere numquam potuerit, effectum demum habitura mortuo adoptante.

6. In utraque, tam adrogatione quam adoptione, requisitum fuit, ut adoptans plena pubertate, id est decem & octo annis, antecederet adoptatum: nec in universum esset ad generandum inhabilis, adoptione scilicet naturam imitante, *§.* 4. *&* 9. *Inst. h. t.* insuper sexagenario major esset, ac liberis careret aliis legitimo matrimonio progenitis; nisi aliud suaderent graves causæ, *l. si paterf.* 15. *§.* 9. *l. nec ei* 17. *§. præterea* 3. *ff. h. t.* Communes etiam utriusque effectus sunt, quod dignitas adoptione augeri possit, plebejo forte per senatorem adoptato; at numquam minui adoptato, nempe per plebejum senatore; & aucta duret, donec adoptio dissoluta fuerit, *l. in omni* 13. *t. per adoptionem* 35. *ff. h. t.* Utraque præterea agnationis quidem jura conferantur, quæ consanguinitas dicitur in *l. si is* 44. *ff. h. t.* non tamen jura sanguinis aut cognationis naturalis, *l. qui in* 23. *ff. h. t.*

7. Sed de hoc patriæ potestatis introducendæ modo plus satis: cum neque nostris, neque gentium aliarum pleranumque moribus adoptio amplius inveniatur frequentata; nec, si de facto interveniret, adoptivi hodie liberorum, sed magis alumnorum censerentur loco, etiamsi nominatim sic adoptati conciperentur, ut liberorum gauderent jure. Unde nec patri adoptivo ab intestato succedunt, nec liberorum veniunt appellatione: sive in privilegiis, sive in legibus municipalibus, sive in ultimis voluntatibus inveniatur liberorum injecta mentio: maxime, cum nec Romani voluerint, eos liberorum appellatione comprehendi, si de excusatione a tutela, aliisque muneribus publicis ob numerum liberorum, aut existentia conditionis *si sine liberis*, aut evitandis orbitatis pœnis, quæstio esset, *pr. Inst. de excus. tutor. l. fideicommissum* 76. *ff. de condit. & demonst. l. si ita* 51. *§.* 5. *ff. de legatis* 2. Tacitus *annal. lib.* 15. *cap.* 19. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 1. *c.* 13. *num.* 15. *& seqq.* Christinæus *vol.* 4. *decis.* 185. *num.* 4. 5. Anton. Matthæus *parœmia* 1. *num.* 14. Hugo Grotius *manud. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 8. Imbertus *enchirid.* verb. *filii adoptivi.* Petr. Gregor. Tholosan. *synt. jur. civ. lib.* 10. *cap.* 6. *num.* 30. Groenevv. *tit. Inst. de adoption.* Paulus Voet *ad §. ult. Instit. ad adoption. num.* 3. excepta forte Frisia, religiosissima illa Romani juris custode, in qua eam, utpote non abrogatam, etiamnum vigere, & jus succedendi ab intestato tribuere, exemplo hujus sæculi recente docet Huberus *ad Inst. h. t. num. ult.* nisi quis in facti specie illic proposita successionem adoptivo, non qua tali, sed qua fratris filio, & ita proximo agnato, delatam putat. Argumentum certe pro eo quod adoptio illic etiamnum obtineat, quia scilicet statutis Frisicis non est abolita, debilius esse, a Gudelino evincitur. Cum ea ratione non modo adoptionem in locis plerisque aliis obtinere, defendi posset (quorum in statutis ut altum est de adoptione silentium, ita nullum de ejus abrogatione vestigium occurrit) sed & servitutum, manumissionum, & plurium actuum aliorum jura firmari; dum ea non inveniuntur expressa sanctione statuentium sublata. Quod, quantopere usui recepto moribusque gentium refragetur, in aperto est, vide Gudelinum *d. lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 15. 16. 17.

8. Per Germaniam adoptionis loco unionem prolium invaluisse constat; qua, consentientibus tutoribus & iis, quorum interest, auctore magistratu, pro regionis cujusque recepta consuetudine, diversorum matrimoniorum liberi æqualiter succedunt, ac si uno eodemque omnes essent matrimonio prognati. Rickius *de unione prolium*, Gail. *lib.* 2. *observ.* 125. Justus Mayerus *colleg. Argentoratensi ad tit. de adoption. n.* 67. *& seqq.* Besoldus *delibat juris ad Pandect. lib.* 1. *quæst.* 34. Struvius *ad Pandect. h. t. num.* 66. eamque, licet penes nos minus frequentatam, non tamen in universum ignotam, aut vetitam esse, testis est D. Someren *de jure novercar. sect.* 3. *cap.* 1. *n.* 2.

9. Dissolvitur patria potestas morte naturali patris

aut filii, ut & maxima, vel media capitis diminutione, *pr.* & *§.* 1. 3. *Inst. quib. mod. jus patr. potest. solvit.* non tamen relegatione, *§.* 2. *Instit. eod. tit. l. relegati* 4. *ff. de interd.* & *relegatis*; cum consequens est, ut nec nostrates banniti vulgo dicti, perdant patriam potestatem, aut ei subducantur, quippe quibus non tam deportationis, quam potius relegationis Romanæ effectus videntur applicandi, cessante penes nos deportationis more jureque. Tuldenus *tit. Cod. de bonis proscriptor.* Carpzovius *pract. criminali part.* 3. *quæst.* 130. *n.* 13. 14. 52. 53. Schneidevvinus *ad §. cum autem* 1. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit. num.* 11. & *seqq.* Rodenburch *de jure conjug. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 16. *in med.* Groenevvegen *ad tit. ff. de interdict.* & *relegatis*, ut tamen Bannitos Imperii velint per Germaniam deportatis æquiparandos. Gail. *lib.* 2. *de pace publica cap.* 12. *n.* 1. & *seqq.* Schneidevvinus *d. loco*; quemadmodum & in Gallia tales deportatis comparatos esse, ait Rodenburch *d. loco.* Neque id a nostris, ex contumacia bannitis cum publicatione bonorum, & ultimi supplicii comminatione, quos *Woestballingen* appellamus, alienum puto, per ea, quæ habet Groenevvegen *ad l.* 17. *ff. de pœnis.* Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 48. *tit.* 20. *cap.* 3. *n.* 4. 5.

10. Tollitur insuper hæc potestas jure quidem institutionum sola patriciatus dignitate, *§.* 4. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. final. C. de consul.* & *non sparg. ab his pec.* sed novissime omni illa, quæ ab oneribus curiæ liberare solet; idque respectu onerum, seu eorum, quæ ob jus potestatis gravia sunt liberis, at non commodorum intuitu: unde non obstante tali nexus dissolutione liberi manent hæredes sui, intacta servant familiæ jura, natique ex his nepotes post avi mortem in patris intermedii sic recidunt potestatem, ac si is non dignitate, sed morte patris sui juris fuisset factus, *novell.* 81. *cap.* 1. 2. Ceterum moribus hodiernis non sublatus hic modus, sed magis increvit; dum non illi tantum magistratus, qui toti provinciæ præsunt, sed & urbium ac municipiorum prætores, duumviri vel quatuorviri, ac decuriones, censentur patria soluti potestate; vel quia auctus hodie decurionum honor; vel quia rarius ante 25. annum, adeoque ante ætatem illam, quæ per se laxat vinculum potestatis, decuriones fiunt. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 10. *lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 31. *in fine.* Neque sola Episcopalis dignitas, sed & simplex Sacerdotium, dum quis in Ecclesiæ ministrum electus est, nexibus patriæ potestatis subducit: inconveniens quippe videri posset, eum, cui cura Ecclesiæ totius commissa est, quippe & pater spiritualis est factus, & commissi sibi fidelium gregis pastor, etiamnum paternæ subesse potestati. Et certe, si per nuptias quis sui juris fiat, dum creditus est habilis familiæ, cujus caput fit, regendæ, (ut post dicetur) utcunque nulla præcesserit in mores inquisitio; quidni longe magis suæ fieret potestatis, qui pravio rigidiore vitæ morumque examine dignus fuit judicatus, cui provida multarum animarum cura demandaretur. Ne dicam, apud ipsos etiam Gentiles olim, id honori & venerationi Numinis fuisse datum, ut, qui flamines Diales, seu Jovis sacerdotes inaugurabantur, aut capiebantur virgines Vestales, hoc ipso solverentur nexu potestatis paternæ. Uti præter Plutarchum, Gellium, Varronem, & alios, testatur Ulpianus *in fragment. tit. qui in potest. mancip. sunt* 10. *in fine.* Gudelinus *de jure noviss. libr.* 1. *cap.* 13. *propre fin.* Paulus Voet *ad §.* 4. *Instit. quib. mod. jus patr. pot. solvit. n.* 5. Adde tamen *tit. de ritu nupt. num.* 11.

11. Emancipatione quoque liberos volentes a parentibus, sponte id agentibus, non invitis, de manu ac potestate dimissos fuisse, constat; tum veteri jure, solemnibus legis adhibitis, de quibus Brissonius *antiquit. lib.* 1. *cap.* 11. Ravardus *ad l.* 12. *tab. cap.* 3. *in fin.* tum medio per rescriptum Principis ex constitutione Anastasii; cum denique novissimo, ex Justiniani præscripto sola magistratus auctoritate, *§.* 6. & *seqq. Instit. quib. mod. jus patr. pot. solvit. l. pen.* & *ult.* & *tot. tit. C. de emancip. liberorum.* Qualis emancipandi modus nec hodie ignotus plane; dum patri licet apud magistratum, mixtum imperium habentem, profiteri se filium præsentem patria potestate & vinculis paternis solvere, rogareque judicem, ut is eum sui juris declaret, & hoc ipsum in acta referat, Imbertus *enchiridio Jur. Gallici*, verbis, *Gallorum filii an in patrum sint potestate circa fin.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 10. Desselius in notis ad Zoesium *tit. Instit. quibus mod. patr. potest. solvit. num.* 11. *circa med.*

12. Verum an tacite videri possit facta emancipatio, quasi rebus ipsis & factis declarata emancipandi voluntate si filius, patre consentiente, seorsim a patre habitet, negotietur, sua agat, familiamve instituat, dubitatum est. Ignorante quidem & absente, aut invito patre si id fiat, potestatem patriam non dissolvi, expeditum arbitror. Si quis enim alteri ut patrifamilias mutuum crediderit, non vana simplicitate deceptus, sed quia is publice paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, muneribus sic fungebatur, exceptione quidem Macedoniani non esse repellendum, Ulpianus tradidit; sed tamen talem nexibus patriæ potestatis mancipatum mansisse supponit, *l. si quis* 3. *ff. ad Senatusc. Macedon.* atque hinc, licet, patre filiove relegato, seorsim a patre filium habitare palam sit; quia tamen id non ex consensu profluit, seu sententiæ & damnationis necessitate, manet nihilominus illibatum patriæ potestatis jus, *l. relegati* 4. *ff. de interd.* & *relegat. §.* 1. *Inst. quib. mod. jus patr. pot. solvitur.* Multoque magis, si pater testationem fecerit, se nolle, ut filius seorsim degat, vel ut ea ratione potestas solveretur. Argentræus *ad consuet. Brit. art.* 500. *gloss.* 2. Sed si hæc, patre sciente ac connivente consentienteque, fiant, dissolutam videri in dubio tali patientia patriam potestatem, verius est, arg. *l.* 1. *C. de patria potest. novell. Leonis* 25. *in fine*; et eo respexisse arbitror Ulpianum *in l. ait prætor* 2. *§.* 1. *ff. quod cum eo, qui in alien. potest.* & *l.* 1. *§. alienatio* 4. *ff. quando de pecul. act. annalis est*; dum utrobique casum ponit, *quo filius vivo patre citra emancipationem* desiit in potestate esse: nihil in contrarium faciente rescripto Impp. in *l. non nudo* 3. *C. de emancip. liberor.* quo declaratum, *non nudo consensu liberos patria potestate, sed actu solemni vel casu liberari.* Neque enim hisce exclusa censeri debet voluntas dissolvendi potestatem factis ipsis declaranda, quippe quæ nuda non

est. Nisi eodem jure quis simul contendat, etiam incisione vel combustione tabularum testamenti consulto facta, testamentum non infirmari, contra notissima juris fundamenta, cum tamen æque cautum sit, nuda voluntate, aut revocatione non solemniter, vel concurrente decennii lapsu, apud acta coramve tribus testibus facta, irritum non constitui supremum elogium, *§. pen. inst. quib. mod. testam. infirm. l. sancimus* 27. *C. de testament.* Pari modo nec obest, quod in *§. filiusfam.* 2. *Inst. de oblig. quæ ex quasi delicto*, filius seorsim a patre habitans præsupponitur etiamnum patria potestate devinctus, dum quæritur, an pater ejus actione de peculio obstrictus sit, qualis inepta foret indagatio, si patris in filium jura habitatione separata perirent. Etenim nec illic de patris consensu in istam filii segregationem quicquam apparet; nec ulla in textu circumstantia est, quæ de brevi tantum ac temporaria habitatione filii studiorum forte aut mercaturæ vel artis addiscendæ ergo separata, Justinianum accipi vetet. Qua ratione nostris quoque & aliorum moribus ita demum sejuncta filii a patre habitatione, per annum & diem continuata, potestas diremta censebitur, si non studiorum causa abesse filium aut peregrinari manifestum sit, Christinæus *vol.* 4. *dec.* 186. *num.* 11. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 11. Imbertus *enchirid. Jur. Gallici* d. verbis, *Gallorum filii an in patrum sint potestate*, Perezius *tit. C. ad Senatuscons. Maced. num.* 15. *in fin.* Groenewegen *ad l.* 3. *C. de emancip. liberorum*; Berlichius *part.* 2. *conclus. practicab.* 11. *num.* 23. *& seqq.* Paulus Voet *ad §. ult. Inst. quib. mod. patr. potest. solvitur, num.* 3. & 4. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 13. *numer.* 21. aliter tamen in Frisia judicatum refert Sande *lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 6. Adde *& ti.. de visu nupt. n.* 11.

13. Ceterum nec furore patris hæc potestas tollitur, *l. patre* 8. *ff. de his, qui sui vel alien. juris, l. qui furere* 20. *ff. de statu homin.* dixi tit. *de his qui sui vel alieni juris*, neque simplici militia, sive armata, sive togata, dum advocatorum Ordini filius adscribitur; uti abunde peculii castrensis & quasi castrensis ratio demonstrat, Berlichius *dict. par.* 2. *conclus.* 11. *num.* 53. Mævius *ad jus Lubec. lib.* 1. *tit.* 3. *num.* 21. Schneidevvinus *ad §. filiusfamilias* 4. *Instit. quib. mod. patr. pot. sol. num.* 5. Heringius *de fidejussoribus cap.* 7. *num.* 624. neque nuptiis filii filiæve *l.* 2. *§.* 1. *l. quotiens* 29. *l. si cum dotem* 22. *§. pen. ff. soluto matrimon. l.* 1. *§. ult. ff. de liberis exhibend.* arg. *§.* 7. *&* 9. *Instit. quib. mod. patr. potest. solvitur.* Sed in alia omnia iverunt gentium plerarumque mores hodierni nuptiarum intuitu. Sive enim mulier viro nubat, ei tanquam tutori suo per nuptias incipit subjecta esse, ac patris naturalis potestati subducitur; non satis recte in eandem personam concurrente patria simul & tutoria potestate; sive masculus minorennis, atque ita in sacris paternis constitutus, uxorem ducat, incipit esse paterfamilias, familiæ novæ caput ac princeps, quem alienæ potestati subjectum manere, inconveniens visum fuit, dum uxorem liberosque separatos in suam ipse reciperet potestatem: quanquam hanc rationem Romani juris principiis non convenire haud diffiteor. Nec intererit, utrum matrimonio durante cum uxore liberisque patri cohabitet, ab eoque alatur, nec ne: nisi nominatim separatam habitationem alicubi statuta requirant; ut de Pictonibus testatur Imbertus loco mox allegando: adstipulantibus hac in parte ipsis quoque Frisiis, licet alioquin religiosissimis plerumque Romani juris custodibus. Et hæc quantum ad ea, in quibus gravis est liberis ac onerosa potestas parentum; exemplo dissolutionis illius, quæ per dignitatem contingit. Cui consequens est, ut, quibus in locis patri in bonis liberorum adventitiis ususfructus etiamnum quæri solet, illic protinus jus illud extinctum parenti pereat. Sande *dec. Frisic. lib.* 2. *tit.* 7. *def.* 5. Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 499. *gloss.* 2. Hugo Grotius *manuduct. lib.* 1. *c.* 6. *num.* 9. Lambert. Goris *adversar. tract.* 4. *§.* 8. Christinæus *vol.* 4. *decis.* 185. *num.* 7. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 1. *cap.* 13. *circa fin.* Groenewegen *ad §. ult. Instit. de patria potestat.* Imbertus *enchirid. juris Gallici*, d. verbis, *Gallorum filii &c. post med.* Pinellus *ad lib.* 1. *C. de bonis maternis part.* 1. *num.* 54. Charondas, *en ses memorables observations*, verbo *enfans in pr.* Boerius *dec.* 197. *num.* 3. *&* 5. Meyerus *colleg. Argentorat. ad Pand. h. tit. num.* 1067 Berlichius *part.* 2. *conclus. pract.* 11. *n.* 31. *& seqq.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §. ult. Inst. quib. mod. patr. potestas solvitur, num. ult. post med.*

14. Quod si diremtum fuerit matrimonii vinculum eo tempore, quo necdum superstes implevit ætatem, solvendæ potestati patriæ per statuta definitam; plures quidem reviviscere jus patris in talem, præsertim viduam, opinati sunt, quia ea nunquam suæ potestatis per nuptias facta, aut ad se suaque defendenda habilis judicata fuit, sed tantum personæ alteri, quam cui prius subjecta erat, incepit subesse; quo defensore cum nunc destituta sit, rationi naturali conveniens videbatur, ut in patris, vel qua talis, vel saltem qua tutoris legitimi, potestatem relaberetur, & ejus regeretur auctoritate, quæ ejus adhuc ætatis est, ut vel se, vel sua saltem negotia non possit satis apte tueri, arg. *princ. Instit. de curatoribus, §. pen. Instit. de Attil. tutore*, sic censent Gilkenius, Chassanæus, Ant. Thesautus, & alii allegati apud Sandium *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 5. *post med.* vers. *restat ut moneamus*, Berlichium *part.* 2. *concl.* 11. *numer.* 52. Verius tamen, ubi statuta nihil in hac parte definiunt, viduam neque in patriam, neque in tutoriam recidere potestatem; cum enim utraque semel legitimo sit extincta modo, patria quidem per nuptias subsecutas, tutoria vero simulque maritatis per mortem mariti; & quod jure finitum est, non nisi certis modis a lege præfinitis posse de novo instaurari, ratio dictet; injustum foret, invitam sine lege in patriam redigi potestatem, in quam nisi nova adoptione nec honeste quidem ac salva apud viros graves extimatione reverti potest, *l. ult. ff. de his, qui sui vel alien. jur. l. qui liberatus* 12. *ff. de adoption.* facit huc arg. *l. frustra* 8. *C. de sentent. passis & restitutis l. inter stipulantem* 83. *§. sacram.* 5. vers. *nec revocantur ff. de verbor. oblig.* injustius, invitam ad id adigi, ut in locum tutoris, cui se sponte ac volens per nuptias submisit, recipiat alium nec pari genio, nec pari potestate & affectione maritali munitum, arg. *l. qui res* 98. *§. aream* 8. vers. *nec*

admissum, *ff. de solutionibus*, Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 1. num. 10. Boerius *dec.* 197. *num.* 4. Mævius *ad jus Lubecens. lib.* 1. *tit.* 5. *num.* 26. Berlichius & Sande *dd. locis*, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 410. *gloss.* 1. *num.* 5. Brower. *de jure connubiorum lib.* 1. *Cap.* 16. *num.* 5. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 19. 20. Paulus Voet *d. loco*, Tiraquellus *de legib. connubial. gloss.* 3. ad verba, *& n'est plus en pouvoir de son pere*; ubi Chassanæi argumenta refellit. Confer tamen *tit. de ritu nuptiar. num.* 17.

15. Quamvis vero neque majorennitas, neque ulla filiorum ætas apud Romanos patriam diremerit potestatem, cum id nuspiam inveniatur traditum, & vel ex dignitatibus, quæ non nisi majorennibus decernenda erant, *l.* 8. *ff. de muner. & honoribus*, & tamen filiisfamilias delatæ frequenter, abunde constet; tamen & hic gentium plerarumque consensus in contrarium conspirasse visus est; dum passim fere, uti majorennitate, atque adeo anno quinto & vicesimo completo tutoria potestas evanescit ipso jure, ita & patria, Imbertus *enchirid. Jur. Gallici, d.* verbis, *Gallorum filii &c. post med.* Gudelinus *de jure noviss. lib.* 1. *cap.* 13. *in fine*, Christinæus *vol.* 4. *dec.* 186. *num.* 9. Groenewegen *ad tit. Instit. quib. mod. potest. solvitur num.* 3. 4. nisi quod nonnullis in locis præter ætatem majorennem separatæ insuper habitationis concursus desideretur, Berlichius *part.* 2. *conclus. practica lib.* 1. *numer.* 27. Argentræus *ad consuet. Britann. artic.* 500. *gloss. num.* 1. 2. ubi plures similes leges Galliæ municipales.

TITULUS VIII.

De rerum divisione & qualitate.

SUMMARIA.

1. *Proponitur summa rerum divisio.*
2. *Confundi aliquando res publicas & communes.*
3. *Quid proprie sint res jure gentium communes, & quotuplices?*
4. *An in littore ædificare liceat, sine impetrata auctoritate publica?*
5. *Quid sint res sacræ?*
6. *Non illæ convertendæ in usus profanos, nec alienandæ nisi certis in casibus: desinunt tamen sacræ esse, vel lege publica, vel dum per hostes captæ sunt.*
7. *Quid sint res sanctæ; quæ pœna violantium legatos aut muros urbis?*
8. *Quid res publicæ, & quid cuique liceat in publicis fluminibus?*
9. *An in ripa fluminis publici, vel in ipso flumine publico quilibet ædificare possit, sic ut ædificata ædificanti cedant, per distinctionem explicatur, & quid nostris moribus liceat in publicis fluminibus?*
10. *Quid sint res universitatis?*
11. *Altera divisio proponitur, qua res sunt corporales vel incorporales; illæ mobiles, immobiles, & sese moventes. Navigia, molendina, an mobilia sint?*
12. *Aliquando res fungibiles, qua tales, in jure opponi corporibus.*
13. *Quandoque mobilia quantum ad effectus juris pro immobilibus haberi; quod fit in servis adscriptitiis, fructibus pendentibus, metallis, lapidibus, arboribus, necdum rutis aut cæsis.*
14. *Id aliquando etiam fieri per destinationem patrisfamilias, & per specialem legem.*
15. *An immobilis censeri debeat pecunia, emtioni prædiorum a domino destinata?*
16. *An immobile sit pretium, ex rebus immobilibus redactum?*
17. *Quæ alia in specie sint mobilia, quæ immobilia, remissive.*
18. *Res incorporales moribus hodiernis vel ad mobilia, vel ad immobilia reduci.*
19. *Hæreditas nec ad mobilia, nec ad immobilia satis reduci potest; sed singulæ res hæreditariæ considerandæ sunt.*
20. *Servitutes prædiales sunt immobiles, personales vero aliquando mobiles, aliquando immobiles.*
21. *Actiones omnes in personam sunt mobiles, ut & actiones in rem pro re mobili; at actiones in rem pro re immobili immobiles sunt.*
22. *Reditus annui quorum dies jam cessit, & pensiones rerum locatarum, quarum itidem cessit dies, sunt mobiles, etsi prædia elocata sint, aut jus ipsum redituum exigendorum immobilibus accenseatur.*
23. *Jus ipsum exigendi annuos reditus, latius sumto redituum vocabulo, immobile est; ut jus pedagii, pontorii, portorii, reditus venationis, salinarum, metallorum, & similium, quæ regalium minorum appellatione veniunt.*
24. *Reditus stricte & in specie accepti, sunt vel mere personales, vel mere reales, vel mixti.*
25. *Reditus mere reales immobiles sunt, paucis locis exceptis.*
26. *Mixti reditus in Hollandia mobiles sunt; alibi frequentius pro immobilibus habentur.*
27. *Debita usuraria immobilium rerum hypothecis munita, mobilia sunt, etsi in quibusdam immobilium naturam imitentur.*
28. *Reditus & sortes, quas ex suis cautionibus debet fiscus, respublica, civitates, cives, pagi, collegia alia stabilia, mobilibus potius, quam immobilibus adnumerari debent, refutatis argumentis contrariis.*
29. *Incorporalia adhuc hodie variis in casibus considerantur ut species a mobilibus & immobilibus distincta.*
30. *Quid intersit inter mobilia & immobilia? & an actiones censeantur esse in loco domicilii debitoris, an creditoris?*

1. UTI personarum, ita & rerum considerandæ veniunt divisiones & qualitates, ut inter personas de rebus jus dici commode possit. Justinianus quidem res omnes vel jure gentium communes esse ait, vel publicas, vel universitatis, vel nullius, vel singulorum, *pr. & §§. seqq. Inst. h. t.* Quo redeunt tandem bimembres cum suis speciebus subjunctis partitiones; dum vel nullius esse dicuntur, vel alicujus. Res nullius iterum vel humani, vel divini juris. Humani juris & nullius sunt ea, quæ jure gentium dicuntur communia. Divini juris res aut proprie tales dicebantur, puta, sacræ & religiosæ; vel per analogiam quandam, ut sanctæ. Res alicujus vel in publico plurium, vel in privato sin-

gulorum erant dominio. In publico res publicæ vel universitatis; in privato res singulorum dominorum moderamini ac arbitrio subjectæ.

2. Non hic occupabor disputatione prolixa, an res publicæ distinguendæ veniant a rebus jure gentium communibus, an non ipsæ res, jure gentium communes vulgo dictæ, re ipsa sint publicæ; sic ut aliæ concipiantur jure naturali publicæ; aliæ ex adverso publicæ jure civili. Quem in finem ex probatis auctoribus varia erudite congesta vide apud D. Noodt *probabil. lib.* 1. *c.* 7. & 8. Jurisconsultos etenim nostros, rebus plerumque magis intentos, quam dictis, sæpius res diversis, ac oppositæ speciei vulgo applicitis designasse denominationibus, nemo, nisi in jure plane hospes, ignorare potest. Rupti irritique testamenti distinctionem proprie loquendo servatam esse, docet *§. hoc autem* 5. *Instit. quib. mod. testam. infirm.* sæpius tamen ruptum jurisconsultis appellari, quod vere est irritum, ac vice versa, in eodem §. 5. asseritur. Et qui nescit, stuprum proprie in virginem viduamve committi, in nuptam adulterium? Lege tamen Julia promiscue hæc & abusive fuisse usurpata nomina, Papinianus monet *l. inter liberas* 6. *§.* 1. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Nec minus jus gentium discretum a naturali jure, juris tamen naturalis appellatione venire, constat ex *§.* 11. *Instit. de rer. divis.* &, ut mittam alia, sub publicis Gajus haud veritus est comprehendere quoque res universitatis, licet proprie a publicis diversas, *l.* 1. *in fin. pr. ff. h. t.* junct. *l. eum, qui* 16. *ff. de verbor. signif.* Quid ergo mirum, si & res, quæ Justiniano, quæ Marciano jure gentium communes dictæ in *pr.* & *§.* 1. *Inst. h. t.* & *l. quædam* 2. *ff. h. t.* quarumque usus jure gentium communis est, *l. littora* 3. *§.* 1. *ff. ne quid in loco publ. fiat*, alibi apud Scriptores & jurisconsultos publicorum nomine denotatæ sint; ac publicum fieri dicatur, quod a mari occupatum est, *l. pen. ff. h. t.* publicusque jure gentium maris & litorum usus, *§. littorum Instit. h. t.*

3. Ne ergo de nominibus supersit disputatio; jure gentium communes cum Justiniano voco res, quæ usu sunt omnium, proprietate nullius, cedunt tamen primo occupanti: nullius enim in potestatem talia redacta sunt, eo quod omnibus visa sufficere, etsi inde quisque occuparet, quantum sibi sufficit: hinc & primo cedunt occupanti, quisquis ille fuerit, eo quod cunctis mortalibus æquale jus in ea ex largitione divina comparatum est. Non tamen ita, ut in universum occupari a privatis possint, sed vel quantum ad aliquam sui partem, vel quantum ad quasdam ex genere species. Posterioris generis sunt feræ, bestiæ, volucres, pisces, in mari vel littore natæ gemmæ, lapilli, & alia, quæ tanquam occupationis objecta latius tractanda erunt *tit. de acq. rer. domin.* Prioris vero generis sunt aer, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris. Qua ratione quivis in littore marique ædificare potest, sic ut non ædificata tantum, sed & pars ea maris littorisve, quæ ædificando occupata fuit, in privato incipiat esse ædificantis dominio, ac tandiu maneat, donec quod extructum est destructum fuerit; quippe ex quo tempore in pristinam littus conditionem revertitur; dummodo id caveat ædificans, ne vel publico usui noceat, vel constitutis in vicinia privatorum villis & ædificiis aut monumentis, *§.* 1. *Inst. h. t. l. quædam* 2. *§.* 1. *l. nemo* 4. *l.* 5. *§.* 1. *l.* 6. *in princ. ff. h. t. l. prætor ait* 2. *§. adversus eum* 8. *l. littora* 3. *§.* 1. *l.* 4. *ff. ne quid in loco publ. fiat, l. ergo* 30. *§. ult. ff. de acquir. rer. domin.* Qualis læsio cum a piratis similibusque immineat, arceri tales usumque littorum ipsis impediri, juri naturali conveniens est. Ut enim Præsidi bono congruit, demandatam sibi provinciam conservare quietam pacatamque, purgando eandem malis hominibus, *l. præses* 3. *l. congruit* 13. *ff. de offic. præsidis*; ita quoque populi Romani fuit ad littora sua appulsum denegare nocituris & turbaturis accolarum quietem. Nec alio sensu Celsum in *l. littora* 3. *ff. ne quid in loc. publ. fiat*, scripsisse arbitror, *littora, in quæ populus Romanus imperium habet populi Romani esse*, quam quod in littora illa, quibus æque ac Oceano Romana terminabatur potestas, & a gentium aliarum terris separabatur; hanc jurisdictionis speciem populus exercuerit; sic ut dominium, quod ajunt, superioritatis, non proprietatis, ei Celsus tribuerit; eo modo, quo sibi Antoninus Mundi adrogavit dominium in *l.* 9. *ff. de lege Rhod. de jactu.*

4. Neque ad id, ut licite quis in mari vel littore ædificaret, necessitatis absolutæ fuit, decretum prætoris aut Principis impetrasset; si modo nulli noceretur. Hinc leges simpliciter id licere dicunt, & ædificata continuo ædificantis fieri, addita ratione: quia id, quod nullius est, occupantis fit, *l. ergo* 30. *§. ult. ff. de acquir. rer. domin. l. littora* 3. *§.* 1. *l.* 4. *ff. ne quid. in loco publ. §.* 1. *Inst. h. t.* adeo ut etiam tuendus dicatur, qui in littore ædificat, vel molem in mare jacit; nec aliter interdicto, ne quid in loco publico fiat, impediendus sit, quam si appareat, eum vel alteri privato, vel publico nocere, *l.* 2. *§.* & *tam* 2. *§. ad ea igitur* 5. *§. adversus eum* 8. *l. littora* 3. *§.* 1. *l.* 4. *ff. ne quid in loco publ. fiat*; imo nec novi operis nunciatione ullus prohibendi jus habeat, nisi ad id, uti sibi damni infecti nomine caveatur, *l.* 1. *§. quod si quis in mare* 18. *ff. de operis novi nunciat.* Quin tamen prudentiæ fuerit, veniam ædificandi in littore impetrasse, dubium non est: ne forte quis, quasi publico, vel tertio privato præjudicasset, juberetur destruere, vel in opere cœpto pergere vetaretur, quasi cum aliorum detrimento extructurus, *l. quamvis* 50. *ff. de acquir. rer. domin.* atque adeo verum quidem erit, licite in littore marique eum struere, qui publice, id est, auctoritate publica impetrata, exstruit, juxta *l. fluminum* 24. *in princ. ff. de damno infect.* sed tamen nec peccaverit, qui privatim exstruxerit; id est, privata auctoritate, *d. l.* 24. vers. *ad ea*, nec aliud interest inter hæc duo, utrum publice quis, an privatim in littore ædificaverit, quam quod publice opus faciens de operis quidem vitio cavere teneatur iis, quorum interest, de damno infecto; at non de vitio soli, sed magis Princeps, vel in provincia præses adeundus sit, qui publica auctoritate ædificare permisit, ut impediat ædificationem in solo tali, ex cujus vitio, ob opus extruendum, damnum imminet: cum ex adverso is, qui privata ædificat auctoritate in littore, non de operis tantum, sed & de soli vitio teneatur cavere, qui sensus *d. l.* 14. *ff. de damno infecto.*

5. Inter res nullius sed divini juris, occurrunt

primo loco sacræ, quæ rite per Pontificem, vel Principem Deo consecratæ sunt, atque ita auctoritate publica ab usu profano ad pium translatæ, *l. sacra loca* 9. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t. §. sacræ* 8. *Inst. h. t. l. ult. ff. ut in possess. legat. etc.* Sola proinde dedicatione privata sacrum non fit, *d. §.* 8. *l. in tantum* 6. *§. sacræ* 3. *ff. h. t.* multoque minus solo voventis voto, *l. si quis* 2. *ff. de pollicitat.* Talia erant donaria sacra, vestes, vasa, aliaque *l. sancimus* 21. *C. de sacrosanct. eccles.* ædes quoque sacræ; quibus tamen dirutis, fundus sacer manet, religionis prærogativa, *d. §.* 8. *d. l.* 6. *§.* 3. *ff. h. t.* licet aliud in littore post casam illic positam iterumque destructam obtineat, deficiente cultus sacri favore, *d. l. in tantum* 6. *pr. ff. h. t.*

6. Quamvis autem sacra non sint profananda, neque regulariter usibus eximenda piis; utcunque superstitioso destinata divini cultus exercitio; sed magis, errore ac superstitione remota, in alios pariles licitos Numinis divini cultus convertenda, arg. *l. legatum* 16. *ff. de usu & usufr. legat.* &, si acquisita uni ecclesiæ bona, superflua appareant, applicanda sint usibus ecclesiæ indigentioris, Consult. JCtorum *Holl. part.* 4. *consil.* 366. 367. quibusdam tamen modis sacra esse desinebant apud Romanos; dum vel lege publica id injungebatur, *l. inter stipulantem* 83. *sacram* 5. vers. *nec revocantur ff. de verb. oblig.* vel per hostes res tales capiebantur; eo quod inter Gentiles non erat illa sacrorum communio, sed alii alia agnoscebant sacra, cultum alium, aliosque Deos tutelares; ut tamen recuperatæ postliminii jure in pristinam reverterentur consecratorum conditionem, *l. omnia loca* 5. *C. de paganis*, *l. cum loca* 36. *ff. de relig.* vel denique justis ex causis alienabantur, puta, ad redemtionem captivorum, alimoniam pauperum, æs alienum ecclesiæ exsolvendum, aut ut rei, quæ ecclesiæ inutilis est, permutatio fiat cum alia utiliore, *l. sancimus* 21. & *auth. præterea C. de sacrosanct. eccles. novell.* 7. *cap.* 2. *§.* 1 extra quas causas per alienationem in rerum profanarum catalogum res sacras transcribi prohibitum; quo etiam sensu nec æstimationem videbantur recipere, *l. sacra loca* 9. *§. ult. ff. h. t.* in quantum pretio res omnes æstimandæ sunt, pretium autem esse nequit, ubi venditio interdicta est. Quod enim in *l. hanc legem* 22. 23. 24. *ff. de contr. emt.* dicitur loci sacri venditionem subsistere, *si non specialiter locus sacer venierit, sed venditioni majoris partis accesserit*; non eo pertinet, ut ex sacro profanus fieret; non magis, quam fundo venditor sepulchrum in eo existens desinit religiosum esse; sed potius, ut eodem jure & qualitate tum sacer, tum religiosus locus fundo vendito accedens, penes emtorem in posterum esset, quo fuerat ante penes venditorem. Ceterum qua forma, quibus solemnibus, urgente necessitate vel utilitate evidente, res ecclesiasticas nunc alienari moris sit, alibi monendum erit. Quemadmodum & de religiosis dicetur latius *tit. de relig. & sumt. funer.*

7. Sanctæ res (non proprie, sed per analogiam, & *quodammodo*, ut Imperator loquitur, divini juris, ac nullius in bonis habitæ) dicuntur, quæ ab injuriis hominum defensæ ac munitæ sunt, sive a sanctione, sive a sanguinibus nomen adeptæ sint, ut videre est in *§. sanctæ* 10. *Instit. de rerum divis. l. sanctum* 8. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* huc reducuntur legati, de quorum non violando jure, & violantium punitione, sive ipsi, sive comites eorum læsi sunt, Pomponius in *l. ult. ff. de legationibus*, & Ulpianus in *lege Julia* 7. *ff. ad leg. Jul. de vi publ.* & ego superius in *tit. de just. & jure.* Huc & muri portæque pertinent, non urbis tantum Romæ, sed & municipiorum, capitali pœna in violatores constituta *l. sanctum* 8. *§. ult. l. ult. ff. h. t. d. §. sancta* 10. *Instit. h. t. l. desertorem* 3. *§. nec non* 17. *ff. de re militari*, quæ an tantum belli, an vero & pacis tempore obtinere debeat; an in militibus solis, an vero in paganis quoque; an tantum in limitaneis, an & aliis in urbibus, & quæ hujus sunt generis alia, discussi latius libello *de jure militari cap.* 4. *num.* 29. & *seqq. ad num.* 38.

8. Publicas res quod attinet, quæ scilicet dominii jure ad totum populum pertinent, illæ a jure gentium communibus separationem recipiunt; quod publicæ a populo jam occupatæ in dominio esse cœperint; communes non item, sed adhuc occupandæ, tanquam nullius, *l. ergo* 30. *§. ult. ff. de acquir. rer. domin.* nam, ut Neratius in *l. quod in littore* 14. *ff. de acquir. rer. domin.* littora publica non ita sunt, ut ea, quæ in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quæ primum a natura prodita sunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt. Adscribuntur autem publicis hisce flumina perennia & portus, *§.* 2. *Instit. h. t. l. nemo* 4. *§.* 1. *ff. h. t. l.* 1. *flumi-num* 3. *ff. de fluminibus*, & quia horum communis est usus, sicut viarum publicarum, & littorum, & riparum, hinc cuilibet in illis navigare licet & piscari, *§.* 2. 4. 5. *Inst. h. t. l.* 5. *ff. h. t.* aquam insuper inde haurire, quin & ducere, quoties in usu publico aqua non est, dum neque flumen navigabile est, neque ex eo aliud navigabile fit, *l. quo minus* 2. *ff. de fluminibus.*

9. An autem in flumine publico cuivis ædificare licuerit jure Romano, sic ut ædificata cesserint ædificanti, non satis expeditum est. Sunt qui id omnibus concedunt, publica accedente auctoritate, censentes idem in fluminibus, quod in mari vel littore obtinere quantum ad inædificata; ducti arg. *l. fluminum* 24. *ff. de damno infecto.* Magis tamen distinctione rem puto terminandam. Aut enim de illis quæstio est, qui prope illam fluminis partem prædia, & per hoc ripas possident; aut de aliis, nullum in adjacentes flumini agros ripasque jus habentibus. Priores quod attinet, permissum ipsis est etiam auctoritate privata extruere in flumine ripave ejus quicquid agro ripæve adversus impetum & edacitatem fluminis muniendæ aptum videbitur, sic ut & operis exstructi domini fiant; dummodo neque vicinis superioribus aut inferioribus, neque e regione prædia habentibus noceant, eumque in finem de opere faciendo his caveant damni infecti nomine, *l. unic. ff. de ripa munienda l.* 1. *§.* 6. 7. *ff. ne quid in flumine publ. fiat, quo aliter aqua fluat, &c.* Neque publico obsint usui, quo pejus navigetur, aut aliter aqua fluat, quam fluxit ante, *tot. tit. ff. de flumin. ne quid in flum. publ. fiat, quo pejus navig. tot. tit. ff. ne quid in flum. publ. fiat, quo aliter aqua fluat &c.* Et quia dubium nulli esse potest, quin pontibus strato flumine, deterior efficiatur navigantibus publici fluminis usus;

hinc ne is quidem, qui in utraque fluminis publici ripa domos habebat, *pontem privati juris* extruere potuit, *l. ult. ff. de fluminibus*. Pontem scilicet *privati juris* appellat JCtus, ex eo, quod in usum, & commodum privatum istarum ædium comparatus erat: ita enim etiam privati juris dicitur, quod est in dominio vel usu privati, *l. servitutes* 14. *§. servitus* 1. *ff. de servitutib.* nam ut loco *privati juris* legatur *privato jure*, nulla vel ratio suadet, vel juris necessitas, plana satis ac perspicua apparente Scævolæ in verbis retentis sententia. Posteriores quod attinet, qui scilicet nulla prope ripam prædia possident, nullo patem modo his de jure permissum esse, ut in flumine publico auctoritate privata ædificarent, aut ædificatorum efficerentur domini: cum enim ædificata solo cedant, quoties soli dominus apparet; magis est, ut ædificata cessura sint illis, qui prope ripam prædia possident non limitata; quippe ad quos uti ripa pertinet, & quæ per alios ripæ inædificata sunt, *l. qui autem* 35. *ff. de acquir. rer. domin.* (ad distinctionem eorum, quæ in littore ædificata erant, *l. quod in littore* 14. *ff. eod. tit.*) ita & jure dominii fundus fluminis pertinere videtur, quatenus saltem desiit aquis tectus esse, & incipit alvei fluminis officium præstare, quod non minus per inædificationem contingit, aqua propter inædificationem illac non defluente, quam per insulæ nativitatem, aut alvei totius desertionem. Ut ergo insula in flumine nata cedit iis, qui prope ripam prædia tenent; ita quoque inædificata in flumine iisdem cedere rationis est. Ab insula certe in flumine nata ad ædificata in flumine argumentum recte duci, Labeo monet in *l. pen. §. ult. ff. de acquir. rer. domin. Si*, inquit, *id quod in publico natum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet*. Non quod hæc fuerit Jurisconsulti opinio, vel insulam vel inædificata regulariter publico cedere; (contra enim de insula jam definierat in eadem *l. penult. §.* 1. 2. 3.) sed quod innatorum & inædificatorum parem crediderit esse conditionem. Sed dices, quorsum ergo spectat illa Ulpiani inter ædificata in flumine publico & via publica & littore comparatio & exæquatio, dum in *d. l. Fluminum* 24. *ff. de damno infect.* ait: *fluminum publicorum communis est usus, sicuti viarum publicarum & littorum, in his igitur publice licet cuilibet ædificare et destruere*. Quibus consequens videri posset, ut, quemadmodum littori inædificata cedunt ædificatori, secundum ante dicta, ita & exstructa in flumine publico dominii jure acquirantur extruenti *cuilibet* sine distinctione, an prope ripam prædia possideret, nec ne. Verum penitius attendenti patebit, juris analogiam non pati, ut comparationem istam extendamus ultra flumina, quibus agri adjacent limitati, in quibus ut alluvio non cedit prædia prope ripam habentibus, *l. in agris* 16. *ff. de acquir. rer. domin.* ita nec insula illic nata, vel quæ sunt inædificata, vel alveus a flumine desertus; sed quemadmodum in mari nata insula, & ex pari ratione pars maris inædificatione occupata, protinus jure dominii occupanti acquiritur; ita & de insulis in flumine natis ante agros limitatos, & ex paritate rationis de inædificatis, id obtinuit, ut occupantis aut exstruentis fierent, teste eodem Ulpiano in *l.* 1. *§. si insula* 6. *ff. de fluminibus*. Manet ergo firmum, ædificata in flumine ante agros aliorum non limitatos cedere agrorum dominis; exstructa vero ante limitatos fundos propria fieri ædificantis una cum illa alvei parte, quæ ædificatione occupata est; modo scilicet neque privato neque publico noceatur: quem in finem veniam extruendi impetrari, & ita *publice* exstrui juxta *d. l.* 24. *ff. de damno infecto*, consultum fuerit; uti ante latius de ædificatis in littore marique dictum. Ceterum, quia moribus nostris, & aliarum gentium maris littora, & flumina Regalibus seu Domaniis Principum adnumerantur, *lib.* 2. *feudorum tit.* 56. non ita si navigationem & ejus sequelas excipias, communis omnibus usus est, neque piscari retibus in flumine cuique licet, multoque minus extra ripæ munitionem ædificare in fundo fluminis aut in maris littore, aut aquam ducere ex flumine, aut extruere molendina, nisi nominatim id a Principe, vel eo, cui demandata dominiorum cura, concessum fuerit; sicut illa veniæ impetratio, quæ ex jure Romano prudentiæ erat, nunc absolutæ necessitatis sit, Gudelinus *de jure noviss. lib.* 5. *cap.* 3. vers. *quæ in prædicto*, seu *num.* 5. Vultejus *de feudis lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 7. Hugo Grotius *manuduct. lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 15. *et seqq.* Groenewegen *ad §.* 2. *Inst. de rer. divis.* Paulus Voet *ad §.* 1. *Instit. eod. tit. num.* 7. *et ad §.* 2. *n.* 2. *et* 4. *et ad §.* 4. *num. ult.* ibique plures citati.

10. Universitatis res sunt, quæ jure dominii ad universitatem, puta, oppidum, vicum, pagum, corpus pertinent; quæ non sunt singulorum, ut variis argumentis docet JCtus in *l. in tantum* 6. *§.* 1. *ff. h. t. l. sicut* 7. *§.* 1. *ff. quod cujusque universit. nomine &c.* De quibus plura d. tit. *quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agatur*.

11. Altera rerum divisio est, quod vel corporales sunt vel incorporales. Illæ, quæ sua natura tangi possunt, hæ, quæ tangi nequeunt, & in jure consistunt, ut servitutes, hæreditates, nomina &c. Corporalium tres sunt species, aliæ enim mobiles sunt, veluti supellex; ut & ea, quæ, licet gravia, sic tamen comparata sunt, ut moveri possint; veluti, horrea mobilia, *l. Titius horreum* 60. *ff. de acquir. rer. domin.* naves utcunque amplissimæ, *l.* 1. *§.* 6. *&* 7. *ff. de vi & vi armata, l. vi facit* 20. *§. pen. ff. quod vi aut clam;* & harum exemplo molendina aquatilia ex anchoris stantia, non terræ affixa, ut & plaustris imponi solita molendina castrensia, *l. dolia* 26. *§.* 1. *ff. de instruct. vel instrum. legato.* Tyraquellus *de retractu gentil. §.* 1. *gloss.* 7. *num.* 92. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 403. *gloss.* 2. *n.* 1. *in f. &* 2. *in princ.* Berlichius *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 30. *n.* 10. Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 24. *defin.* 8. Parens p. mem. Paulus Voet *de mobilibus & immobilib. cap.* 15. *num.* 7. *&* 8. aliæ immobiles, ut prædia; aliæ sese moventes, ut servi & animalia: ut tamen sese moventia sub mobilibus sæpe comprehendantur, quoties leges, simpliciter inter mobilia & immobilia distinctione facta, quid definiunt, veluti in tempore usucapionibus implendis præfinito, *pr. Instit. de usucapion. l. ult. Cod. de longi temp. præscript. tit. Instit. de reb. corporal. & incorporal. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.*

12. Infrequens interim in jure non est, ut res

fungibiles pondere, numero vel mensura constantes, ac revera corporales, corporibus ipsis opponantur, in quantum in hujusmodi rebus fungibilibus, qua talibus, non corpora considerantur, sed quantitates, *l. talis scriptura* 30. *pr. ff. de legatis* 1. *l. si is, cui* 94. *§. sin autem* 1. *ff. de solutione l. si pœna* 19. *§. si falso* 2. *ff. de condict. indeb.* uti ex adverso corpora dicuntur, quoties in iis non principaliter ponderis, mensuræ, numerive habetur ratio, *l. si servus legatus* 108. *§. qui quinque* 10. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. *§. sed et si* 7. *ff. de dote prælegat. d. l. talis scriptura* 30. *§. pen. ff. de legat.* 1.

13. Nec minus subinde fit, ut quæ res natura mobilis est, pro immobili habeatur, dum rei immobilis pars & accessio esse creditur. Servi vere mobiles, si per se censeantur, & ex natura sua; tamen, si fundo adscripti sint, jure fundi ut res immobiles æstimantur, desinuntque ex sua propria censeri natura, arg. *leg. Quemadmodum originarios* 7. *et leg.* 11. *Cod. de agricol. et censitis, leg. longa* 3. *ff. de divers. temp. præscript.* fructus prædiorum mobiles esse naturalis ratio dictat, & a Trajano rescriptum *l. ult. §.* 1. 2. *ff. de requir. reis, leg. fundi* 17. *§. sed et* 1. *ff. de action. emt.* hos tamen etiamnum pendentes, tanquam fundi partes considerari, & ideo immobilium jure censeri debere, constat ex *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic. l. ult. §. fructus* 6. *ff. quæ in fraud. credit. alien. l. quæsitum* 12. *§. ea vero* 11. *ff. de instruct. vel instrum. legat. l. si servus* 61. *§. locavi* 8. *ff. de furtis.* Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. *§.* 2. in verbis *omnium mobilium, num.* 20. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 3. *n.* 6. 7. Tyraquellus *de retract. gentil. §.* 1. *gloss.* 7. *num.* 37. *et* 43. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 10. *num.* 3. Georg. de Cabedo *decision. Lusitan.* 68. *n.* 1. 2. Simili modo metalla lapidesque & arena & creta, & quicquid est in fodinis metallicis aut lapicidinis &c. Arbores quoque fundo hærentes, immobilibus accensentur, ut partes prædiorum: quæ omnia, ubi ruta seu eruta & cæsa fuerint, uti desinunt fundi partes esse, ita in posterum mobilibus annumeranda sunt; nec amplius fundi domusve jura sequuntur, nec prædio vendito ad emtorem pertinent, licet nominatim excepta non inveniantur, *l. fundi* 17. *§. fundo* 2. vers. *ligna, et §. si ruta et cæsa* 6. *l. Quintus Mucius* 40. *ff. de action. emt. l. si post inspectum* 9. *ff. de peric. et commod. rei vend.* arg. *l. fructus* 7. *§. si vir* 13. *ff. solut. matrimon. l. sed si meis* 26. *§. arbor.* 2. *ff. de acquir. rer. domin.* Berlichius *part.* 3. *conclus.* 30. *nu.* 19. Modestinus Pistoris *part.* 3. *quæst.* 124. *n.* 87. *et seq.* Colerus *decis.* 59. *num. ult.* Paulus Voet *de natura mobil. et immobil. cap.* 24. *numer.* 4. *et* 9.

14. Quid quod & immobilia, vulgo credita, tamen vel ex speciali legislatoris dispositione, vel ex destinatione domini aut facto, pro mobilibus habentur, quantum ad juris effectus, vel vice versa? Atque ita, licet arbores grandiores fundo hærentes, velut partes fundis immobiles esse dictum sit; Flandrico tamen jure mobilibus extra dubium annumerari solent. *Instructio Curiæ Flandricæ* 15. *Octob.* 1661. *art.* 351. 352. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2752. Et quod attinet domini factum, quæ ante fuerunt mobilia, si ædibus applicita fuerint, non temporarii, sed perpetui usus causa, sive tigna fuerint, sive columnæ, & marmora, ædium esse incipiunt, & ita immobilia; imo, si detracta reponendi animo, idem dicendum est, *l. fundi* 17. *§. Lubeo* 7. *et §§. seqq. ff. de act. emt.* nec dubitandum, quin, dejectis ædibus ea mente ut instaurentur, rudera quoque immobilibus accenseri debeant, in quantum instaurationi novæ domus apta esse possunt. Papon. *lib.* 17. *tit.* 4. *in appendice arrest.* 1. Idemque statuendum in mobilibus per patrisfamilias destinationem perpetui usus gratia ad certum locum, domum, puta, vel fundum delatis, ita ut perpetuo illic istius usus causa mansura sint, etiamsi vel nunquam immobilibus naturaliter jungenda sint, vel ex destinatione jungenda, necdum tamen inceperint immobilibus juncta esse, modo ad ipsas ædes fundosve, quibus jungenda sunt, delata fuerint, *d. l. fundi* 17. *§.* 2. 7. 8. *ff. de act. emt.* arg. *l. ex facto* 35. *§. rerum* 3. *ff. de hæredib. instit. l. debit.* 32. *ff. de pignor. et hypothec. si l. ita legatum* 86. *ff. de legatis* 3. Mevius *ad jus Lubec. qu. prælim.* 6. *n.* 20. *et seqq.* Argentræus ad *consuetud. Britann. art.* 408. *Gloss.* 2. *n.* 3. 4. 5. Tyraquellus *de jure primogenituræ quæst.* 48. *num.* 3. *et seqq.* Paulus Voet *de mobil. et immobil. cap.* 24. *et* 25. Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 12. *num.* 10. Rodenburch *de jure conjug. tract. prælim. de statut. divers. tit.* 2. *cap.* 1. *n.* 5. *in med.*

15. Non tamen pecunia per patremfamilias emtioni rerum immobilium destinata, eumque in finem ab eo reposita, immobilibus accensenda est; tum quia hæc in se & ex sua natura mobilis est, nec tanquam alterius res immobilis, velut principalis, accessoria considerari potest; tum quia sola destinatio sine facto ac implemento & effectu destinationis non mutat naturam pecuniæ, arg. *l. si id quod* 58. *§. item Celsus* 1. *ff. pro socio, l. cetera* 41. *§. sed et si paravit* 14. *et* 15. *ff. de legatis* 1. tum denique quia in uno tantum casu, singulari favore minorum, invenitur constitutum, pecuniam talem, ad instar rei immobilis, non nisi decreto alienari posse, *l. quid ergo* 3. *§. de contrar. tut. et utili act.* junct. *l. a Divo Pio* 15. *§. ult. ff. de re judicata,* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 11. Papon. *libr.* 17. *tit.* 4. *arrest.* 3. *et* 6. Tyraquellus *de retract. gentilit. §.* 1. *gloss.* 7. *numer.* 108. 109. Wissembach *ad pand. vol.* 2. *disp.* 3. *th.* 9. Berlichius *part.* 3. *conclus.* 30. *num.* 4. *ibique plures citat.* dissent. Choppinus *ad leges Andium libr.* 2. *part.* 1. *cap.* 2. *tit.* 2. *num.* 14. *in med.* Chassanæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. *§.* 2. verbo, *omnium mobilium n.* 16.

16. Similiter nec pretium ex rebus immobilibus divenditis redactum immobilibus recte adnumeraveris: quamvis enim pretium aliquando quantum ad certos quosdam juris effectus subintret in locum rei distractæ, & eo censeatur jure, quo ipsa res; uti in casu *l. si et rem* 22. *ff. de petit. hæred.* & vice versa in casu *l. si ut proponis* 8. *C. de rei vindic. l. si tutor* 2. *ff. quando ex facto tutor*; quia tamen regulariter id obtinet, ut neque res emta ejus sit, cujus fuerat pecunia, neque vicissim pecunia ei cedat, cujus res fuerat, & generaliter neque res in locum rei succedat, ejusve naturam induat ac qualitates, arg. *l. qui vas argenteum* 48. *§. ult. ff. de furtis, l. si ex ea* 6. *C. de rei vindic. l. idemque* 7.

in fine ff. qui potior in pign. l. ex pecunia 12. *C. de jure dot.* consequens est, ut nec redacta ex immobilibus rebus pecunia immobilium loco habeatur, aut eorum regatur jure, etiamsi in aliarum rerum immobilium novam emtionem rursus destinata conciperetur; Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 5. *defin.* 3. *circa med.* Schurpf. *cent.* 1. *consil.* 11. Gothofredus *ad l. qui vas* 48. *§. ult. ff. de furtis.*

17. Quæ porro res in specie mobilibus, quæ immobilibus accensendæ sint, ut sigillatim enarrem, neque instituti ratio patitur, neque difficile erit ex iis petere auctoribus, quibus hæc ex professo tractare animus fuit; vide Paulum Voet *de mobilibus & immobilibus*, Berlichium *part.* 3. *conclus.* 30.

18. Incorporales res sunt, quæ nec tangi nec palpari possunt, ac in jure consistunt, veluti hæreditates, servitutes, nomina & actiones, reditus, *tot. tit. Instit. de reb. corpor. & incorporal.* Sed cum maxima legum municipalium pars divisionem in corporalia & incorporalia ignoret, ac sola rerum in mobiles & immobiles divisione contenta sit, recte Antonio Matthæo *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 13. & *de criminibus lib.* 48. *tit.* 20. *cap.* 4. *num.* 21. operæ pretium erit inquirere, cui classi, mobilium an immobilium, res quæque incorporalis annumeranda sit.

19. Hæreditatem quod attinet, cum sit & mobilium & immobilium & incorporalium universitas, vix est, ut in totum immobilibus, aut vice versa mobilibus accenseatur, sed magis rei cujusque in hæreditate repertæ natura consideranda erit; eo fere modo, quo de peculio responsum est: cum enim rei vindicatione solæ peti possent res corporales, non incorporales, peculio autem velut juris nomine utræque comprehenderentur, scripsit Julianus, *non ut gregis, ita peculii vindicationem receptam esse, sed res singulas petendas esse, l. vindicatio* 56. *ff. de rei vindicat.*

20. Servitutes prædiales quod spectat, non dubium, quin rerum immobilium numero veniant, cum nihil aliud sint, quam rerum immobilium seu prædiorum jura & qualitates, imo prædia qualiter sese habentia, prædiorum accessiones, quas sui principalis naturam sequi, ratio dictat, & ut argumentatur Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 33. delibationes juris dominii, in quantum ex jure dominii prædii servientis quid diminuitur, detrahiturque, & in dominantis prædii dominum transfertur, *leg. quid aliud* 86. *ff. de verbor. signific. leg. qui fundum* 12. *ff. quemadmod. servit. amitt. arg. l. si aquam* 2. *Cod. de servitut. & aqua;* Tyraquellus *de retract. gentil. §.* 1. *gloss.* 5. *num.* 2. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 11. *num. ult.* Aliter quam sese res habet in usufructu & similibus servitutibus personalibus; quæ, cum non semper immobilibus inhæreant rebus, sed frequenter etiam in mobilibus constitui soleant, potius quandoque mobilibus, quandoque immobilibus adscribendæ erunt, prout vel mobilibus vel immobilibus fuerint rebus impositæ; maxime quia & in interdicto unde vi, in solis immobilibus locum habente, statutum est, fructuarium immobilium, non item mobilium, eo posse uti remedio possessorio, *l. quod est* 3. *§. pertinet* 15. *ff. de vi & vi armata;* & in præscriptionum materia ususfructus proprietatem imitetur, & tanto temporis spatio usucapiatur in fructuarii præjudicium, quanto tempore proprietas ipsi periret proprietario, *l. pen. §. sed nos* 1. *C. de usufructu.*

21. De actionibus quamvis multis placuerit, eas conditione rei, ad quam tendunt, æstimandas esse, atque adeo tendentes ad rem mobilem, mobilibus; ad rem vero immobilem, immobilibus esse annumerandas, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 11. *numero* 10. Tyraquellus *de retract. gentil. §.* 1. *gloss.* 7. *num.* 15. Berlichius *part.* 3. *conclus.* 33. *num.* 5. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 12. *num.* 3. Consult. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 110. & longa serie citati ab his plures alii; juris tamen rationibus convenientius arbitror, inter actiones in rem & in personam distinguendum esse. Si enim in personam actio sit, mobilem eam judicandam puto, sive ad rem mobilem, sive ad immobilem ea tendat; sive ad impetrandum rerum mobilium immobiliumve dominium, sive ad usum earundem aut simile quid obtinendum, comparata sit, veluti emti venditi, locati conducti, commodati &c. Cum enim ipsi tantum personæ creditoris, non item rebus ejus jus & actio quæsita sit; & sola debitoris persona ad aliquid dandum, faciendum aut præstandum, obligata; nec res ipsa danda, vel præstanda ut immobilis, ulla ratione sit affecta creditori, aut obligata vinculo juris in re; consequens est, ut, quemadmodum ipsa persona tum debitoris, tum creditoris, mobilis est, ac domicilium suo arbitratu transferre potest, etiam actio personalis, ossibus personæ tantum inhærens, mobilis judicetur, velut accessio ejus. Et certe, ut res, quæ nullum in actionibus in personam fundamentum constituit, easdem faceret mobiles vel immobiles, neque ratio, neque jura suadent: maxime, cum personalibus actionibus sæpe non res proprie dictæ mobiles immobilesve, sed vel implementa facti personalis, vel solum rerum mobilium immobiliumve usum, peti manifestum sit; circa quales actionum personalium species inextricabiles superessent difficultates, in quæstione an mobilibus, an immobilibus adscribi deberent, si admittenda foret superius tradita communior interpretum opinio. Neque juvat quod actionem ad rem petendam habens, censeri debeat rem ipsam habere, quodque apud se quis videatur habere, de quo actionem habet, *l. is, qui actionem* 15. *ff. de regul. juris, l. bonorum appellatio* 49. *l. id apud se* 143. *ff. de verbor. significat.* Primo etenim hæc non ex veritate obtinent, sed passim fere impropriatatis nota *videri* usi sunt Jurisconsulti. Nec deinde alio id sensu prolatum, quam quod in bonis & patrimonio nostro, latius sumto, esse censeantur omnia, quæ supersunt, deducto ære alieno, omnia, quæ nos beant, & ex quibus tota nostri patrimonii massa amplior atque locupletior dici potest; sive res jure dominii possideamus, sive rerum intuitu actionem, petitionem aut persecutionem habeamus, *d. l.* 49. *ff. de verb. signif.* Denique, si de personalibus actionibus quæstio sit, minus revera est actionem habere, quam rem, *l. minus est* 204. *ff. de reg. jur.* unde cum emphasi pro immobilium possessore, a satisdationis necessitate liberato, non habendus dicitur, qui tantum *personalem fundi petitionem habet*, *l. sciendum* 15. *§. diversa causa* 4. *ff. qui satisdare cog.* aliter quam sese res habet in actionibus in rem, de quibus non

incommode acceperis id, quod est in *d. l. is, qui actionem* 15. *ff. de regul. jur.* & *l. rem in bonis* 52. *ff. de acquir. rer. domin.* puta, rem in bonis nostris intelligi, quoties possidentes, exceptionem, aut amittentes, ad *recuperandam* eam actionem habemus; eumque, qui actionem habet ad rem *recuperandam*, ipsam rem videri habere. Ex quo etiam, velut fundamento, circa actiones in rem determinatio petenda; eas scilicet inter immobilia computandas esse, si tendant in rem immobilem; mobilibus vero adscribendas, si rem mobilem persequantur: cum enim in hujus generis actionibus jus in re, quo res ipsa affecta est & devincta, sit totum agendi fundamentum, non absurdum fuerit, ab ipsa rerum sic devinctarum natura ac proprietate petere, an inde nata actio mobilis, an vero immobilis dicenda sit. Et quamvis pretiosa mobilia quantum ad quosdam juris effectus immobilibus comparata inveniantur; tamen quia in dubio propria rei cujusque natura, non fictio spectanda est, etiam in hac quæstione inter res viles ac pretiosiores mobiles haud videtur distinguendum.

22. De reditibus prolixa interpretum disputatio est. Ubi primo quidem distinguendum arbitror inter reditus annuos, quorum dies jam cessit, & ipsum redituum exigendorum jus, ex quo singulis annis statisve temporibus recurrit præstationis exigendæ potestas. Reditus enim quod spectat, quorum dies obligationis jam cessit, mobilibus jure optimo adscripseris, sive jus ipsum originarium, ex quo quotannis renascitur præstationis necessitas, mobilium, sive immobilium classi accensendum sit, juxta distinctiones mox tradendas: cum non alio loco reditus, quorum cessit dies, videantur habendi, quam quo fructus jam a solo separati; qui quamvis ex immobilibus nati sint, &, dum pendebant, immobiles judicati; tamen separatione mobilium protinus induunt naturam ac conditionem, ut ante dictum. Atque hinc idem quoque de rerum immobilium locatarum pensionibus, fructuum ipsorum naturam imitantibus, imo fructuum civilium appellatione venientibus, & ad instar reditus annui quotannis recurrentibus, respondendum est; usque adeo, ut, si pensionum dies pro parte cesserit, pro parte non, quatenus dies cessit, eatenus mobilium jure censendæ sint, velut fructuum ipsorum surrogatum, arg. *l. si operas* 26. *l. defuncta* 58. *ff. de usufructu*. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 10. *n.* 5. Christinæus *ad leg. Mechlinienses tit.* 16. *art.* 35. *num.* 17. Carpzovius *definit. forens. part.* 3. *constit.* 24. *def.* 5. Tyraquellus *de retract. gentil.* §. 1 *gloss.* 6. *numer.* 10. Papon. *libr.* 17. *tit.* 4. *arrest.* 1. *in pr.* Modestinus Pistoris *quæst.* 124. *num.* 1. & ad eum Jacobus Schultes *num.* 72. & *seqq.* Chassanæus *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. §. 2. verbo *omnium mobilium n.* 20. Berlichius *part.* 3. *conclus.* 43. *num.* 36. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 110. *num.* 4.

23. Quantum ad ipsum redituum jus, sunt, qui distinguunt inter reditus redimibiles, & non redimibiles; hos immobilium, illos mobilium catalogo accensent. Sunt, qui perpetuos reditus immobiles statuunt, temporarios vero mobiles, sive ex prædiis, sive ex sola personali obligatione debeantur. De quibus vide Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit.* 7. *art.* 8. *num.* 6. Argentræum *ad consuet. Britan. art.* 61. *num.* 4. 5. Andr. Gayl. *lib.* 2. *obs.* 10. Tyraquellum *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 6. *num.* 1. & *seqq.* Berlichium *part.* 3. *conclus. pract.* 34. Carpzovium *def. for. part.* 3. *const.* 24. *def.* 1. & *seqq.* Barry *de succession. lib.* 9. *tit.* 7. *num.* 16. Jac. Schultes *ad Modest. Pistor. quæst.* 124. *num.* 45. & *seqq.* sed, ut hæc plenius exsequar, considerandum puto, jus illud redituum vel strictius accipi posse, vel latius, sic ut comprehendat, præter reditus annuos in specie sic dictos, ac magnam cum usuris affinitatem habentes, etiam alia jura quamplurima patrimonio nostro accenseri solita, & utilitatem præbentia. Quæ jura præter reditus annuos in specie communi fere gentium usu, & interpretum calculo immobilibus solent adnumerari; veluti jus pedagii, pontorii, portorii, decimarum, jurisdictio, jus percipiendi censum sive redimibilem, sive non redimibilem, solarium, canonem annuum ex agris emphyteuticariis, pensionem ex dignitatibus hæreditariis, laudimia, venationum, piscationum, salinarum, metallifodinarum reditus, similiaque, quæ ex parte regalium minorum appellatione veniunt, & in *lib.* 2. *feudorum tit.* 56. ac apud Sixtinum de regalibus, sparsimque apud DD. tractantur. Atque ita in placitis Ordinum Hollandiæ, nec non ordinum Generalium, sæpius in rerum immobilium catalogo nominatim poni videas *cynsen, thynsen, cappen en hoendergelden, pontegelden, tolrechten, marktgelden, May en Herfst beden, haartstede gelden turf naten, landgelden, maalrechten, heerlyke rechten, tienden, nakoopen, passagie gelden over vvateren, bruggen, sluysen, vvegen*; & plura alia, *placcaat op't redres van de verpondingen over Holland en West-Vriesland van den* 3. *August.* 1627. *art.* 1. *vol.* 1. *pag.* 1515. ut & *placcaat van den* 17. *Julii* 1643. *art.* 1. *d. vol.* 1. *pag.* 1953. *in fine*, *plac. Ordin. Generalium op't invoeren van de verpondingen over Brabant* 5. *Julii* 1635. *art.* 1. *d. vol.* 1. *p.* 1527. & *seqq.* item *placit. Ordin. General. anno* 1593. 22. *Octobr. in præfatione, d. volum.* 1. *pag.* 1523. Adde Parentem Paulum Voet *de natura mobil.* & *immobil. cap.* 9. *num.* 20. & *seqq. de statutis sect.* 9. *cap.* 1. *num.* 13. 14. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 4. licet de dignitatibus venalibus, in Gallia rebus judicatis variatum fuisse, an mobiles an immobiles essent, observat Francisc. de Barry *de succession. libr.* 9. *titul.* 7. *num.* 11.

24. Reditus vero annui, in specie sic dicti, non omnes ejusdem conditionis sunt; sed alii mere personales, quos nempe persona debet, sic ut nulla res immobilis pro eorumdem præstatione affecta sit; alii mere reales, pro quibus res immobiles tantum sunt principaliter obligatæ, sic ut persona non debeat, nisi quia est dominus rei, ex qua debentur, & debere desinat, quoties vel fundum alienavit, vel prædium chasmate vi fluminis aliove modo periit: eo modo, quo prædii possessorem sequuntur, & deberi desinunt impositæ fundo vel ædibus servitutes prædiales, quales multi in Geldria & alibi: alii denique mixti, pro quibus & persona & res immobilis obligata est. Vide Abraham a Wesel *ad novell. constit. Ultrajectinas art.* 20. *passim*; Lambertum Goris *adversar. tract.* 2. *cap.* 3. *numer.* 1. & *seqq.* Sande *de feudis Geldriæ tract.* 2. *tit.* 2. *cap.* 4. §. 1. *num.* 3. & 4.

25. Quod si mere reales fuerint prædiis impositi

reditus, haud dubium, quin immobilibus accenseri debeant, cum quasi ipsius prædii partes in alium testamento vel contractu translatæ considerari possint; quisquis enim vel vendidit vel legavit, obligatione personali se heredesve obstrinxit eo ipso ad reditus impositionem, atque adeo ad dominii, quod in suo habebat prædio, diminutionem, quamprimum vero re ipsa jus reditus prædio imponitur, uti impletus censeri debet interpositus de reditu imponendo contractus, aut suprema defuncti voluntas, & extincta omnis, quæ nata fuerat, personalis obligatio; ita quoque eo ipso diminutum fuit jus dominii, quod constituens reditum habuerat in prædio, & in eum translatum, cui constitutus est. Adeo ut tantum ex jure dominii latius sumti decesserit imponenti reditum prædio, quantum accessit jus reditus acquirenti; uti in simili argumentatur Hugo Grotius *manuductione ad Jurisprud. Holland. libr.* 2. *cap.* 33. Lamb. Goris *advers. tract.* 2. *cap. num.* 5. 6. 7. *&* 13. ac proinde, quemadmodum prædiis impositas servitutes reales immobilibus accensendas esse, supra monui, ita pari ratione ac fundamento immobiles judicandi hi reditus reales. Quæ sententia etiam a juris Romani fundamentis non aliena est, dum *annonæ civiles* (panis publici ex domibus, seu ratione domorum, percipiendi jus, de quo DD. *ad tit. Cod. de annon. civilibus*, & Jacob. Gothofredus *ad tit. Cod. Theodos. de annonis civicis & pane gradili*) inter immobilia numeratæ inveniuntur, *novell.* 7. *in præfat. ante med. l. jubemus* 14. *C. de sacros. eccles.* 1. in regione tamen Neomagiensi & Velavica & Artesia mobilibus accenseri tales reditus reales, notat Lambert. Goris *d. tract.* 2. *cap.* 3. *numer.* 7. in fine.

26. Mixtos reditus quod spectat, pro quibus & persona & res immobilis obligata est, eos ad mobilia referendos esse communi Hollandiæ consuetudine invaluit; ex eo fundamento, quod, luitione ex parte debitoris interveniente, nomen amittant suum, ac reditus esse desinant, teste Neostadio *de feudis Hollandiæ cap. ult. num.* 27. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 4. Consult. JConsult. Holland. *part.* 5. *consil.* 204. *in fine*. Idemque Bredanis placuisse testis est parens p. mem. Paulus Voet *tract. de mobil. & immobilibus cap.* 8. *num. ult.* Sed ubi de tali peculiari non constat consuetudine, reditus tales mixtos mediante contractu vel ultima voluntate constitutos ex prædiis; sic ut creditor redituum repetendæ sortis potestate careat, vigeatque parœmia, *eens renten altydrenten*, ad immobilia frequentiori calculo reduxerunt pragmatici, atque ipsi etiam Ordines generales fœderati Belgii, in quodam privilegio Anglicanæ genti concesso 9. *Januarii anno* 1587. *vol.* 1. *placitorum pag.* 762. *fere in fine*, *&* 763. *in pr.* convenienter juri Canonico in *Clementina cap. Exivi de paradiso*, versu, *cumque annui reditus*, *de verb. signif. d. part.* 5. *consult. JCtor. Holl. consult.* 204. *in fine*, *& part.* 2. *dicimus pro solutione*; Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 67. Berlichius *part.* 3. *conclus.* 34. Carpzovius *defini. forens. part.* 3. *constitut.* 24. *def.* 1. *& seqq.* Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 7. *artic.* 8. *num.* 6. Rodenburch *de jure conjug. in prælim. tract. de statut. diversitate tit.* 2. *cap.* 2. *num.* 2. Wesel *ad novell. consti. Ultraject. art.* 12. *num.* 6. Considerantes scilicet, ex hodierno usu hypothecariam actionem ut principalem censeri in reditibus perpetuis, super certo fundo assignatis, ut ait Mudæus *ad rubric. ff. de pignor. & hypoth. num.* 3.

27. Cum autem hodie, discussa nimia Juris Pontificii circa usuras scrupulositate, pluribus in locis pro vetere annuorum redituum venditione simplices dationes sub pacto usurarum modicarum receptæ sint, ita ut sortis repetendæ potestas creditori competat, non tantum ubi sola personalis obligatio intercessit, sed & ubi in sortis repetendæ, & usurarum securitatem res immobiles coram lege loci solemniter obstrictæ sunt; rationi convenientius arbitror, quotquot in locis jus repetendæ sortis hypotheca munitæ viget, sive ex mutuo, sive ex emtionis pretio residuo, sive ex alia causa, debitum usurarium, hypotheca in mobilibus constituta munitum, descendat, illud mobilium catalogo adscribi. Cum enim ab eo, quod principale est, rei cujusque natura æstimanda sit, principalis autem obligatio, tanquam in personam, & præterea ad rem mobilem, pecuniæ neimpe solutionem tendens, extra omne dubium mobilis sit, secundum ante exposita; absurdum fuerit, hypothecam in immobilibus securitatis tantum causa accedentem, immutare & immobile facere illud mobile, cujus accessio est. Adde, quod posita opinione contraria, futurum esset, ut omnes pupillorum similiumque legalem hypothecam habentium actiones in tutores curatoresque, nec non mobilium testamentum, legatorum persecutiones, & alia plura, immobilibus deberent accenseri; dum his omnibus jus hypothecæ legalis in immobilia quoque competentis, adjunctum est. Quod quam a ratione alienum sit, sponte constat. Charondas *lib.* 7. *responsor. cap.* 47. Francisc. de Barry *de success. lib.* 9. *tit.* 7. *num.* 12. Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 23. *def.* 9. *numer.* 7. Nec tamen ideo eundum inficias, quin debita hæc, hypothecis immobilium firmata, penes nos, quantum ad varios juris effectus, immobilium rerum conditionem imitentur; dum nec vendi, nec hypothecæ supponi possunt, nisi coram lege loci, soluto nummo quadragesimo, *placit. Ordin. Holland. de nummo* 40. *art.* 7. *& seqq. vol.* 1. *pag.* 1955., *&* 1956. Groenewegen *d. ll. abrogatis ad l. si convenerit* 18. *ff. de pign. act.*, & quantum ad jus successionis in quodam privilegio Anglicanæ genti per fœderatum Belgium ab Ordinibus Generalibus concesso, jubentur deferri tanquam immobilia, secundum leges loci, in quo sita sunt, *Placit. Ordin. General.* 9. *Jan.* 1587. *vol.* 1. *placit. Holland. pagina* 762. *in fine* *&* 763.

28. Quæ de reditibus & nominibus dicta hactenus, etiam locum sibi vindicant, quoties ab universitate, puta, provincia, urbe, vico, pago, orphanotrophio &c. debentur; si nihil nominatim de illis cautum inveniatur, cui rerum classi adscribenda sint. Nam si rebus certis immobilibus, jure dominii ad universitatem pertinentibus, solemniter impositi non fuerint reditus annui, nulla ratio est, cur non mobilibus accensendi forent, dum neque principaliter, neque secundario & per consequentiam res immobiles talium redituum exigendorum fundamentum dici queunt; sed personales magis obligationes, quibus, ut privati, ita quoque collegia & universitates, personæ vicem in contrahendo sustinentes, obstringuntur.

Frustra in contrarium omnes ingenii nervos intendentibus Christiano Rodenburch *de jure conjug. in tract. prælimin. de statut. diversit. tit. 2. cap. 2. nu.* 3. & Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 12. *num.* 7. & *seqq.* quorum posterior, ut Ordinum Ultrajectinorum novellæ decisioni, & Rodenburgii meditatis, videretur plene deservire, sine justis rationum momentis, æque ac præter ipsorum legislatorum scopum & intentionem, reditus & nomina seu obligationes tales immobilium ordini adscribit. Præter scopum quidem, eo quod in sola donationis vel successionis tam legitimæ quam testamentariæ materia hi reditus & cautiones jubentur immobilium jure censeri; *manente in omnibus aliis jure hactenus frequentato*; quo ipso satis innuitur, eos extra casus propositos non esse immobilium jure regendos. Sed & sine ratione: nam quod ajunt, *ejusmodi reditus plerumque nullam personalem obligationem annexam habere, & emissa provinciali cautione, tributa, indictiones, bona reipublicæ, obligari sola; personas Ordinum nullo modo*: id vero frigidius arbitror. Esto sane, personas Ordinum non obstringi pro debitis universitatum, directores societatis Indiæ Orientalis privatim non posse conveniri; in quantum, quod debet universitas, singuli non debent, *l. sicut*, §. 7. *si quid* 1. *ff. quod cujusque universit. nom.*; non tamen ideo personalis deest obligatio. Quis enim, nisi in jure hospes, ignorat, Universitates in contractibus, ultimisque voluntatibus, personarum loco haberi, cum his per actores syndicosque contrahi, his velut personis hæreditates, legata, quin & usumfructum, personalem servitutem ossibus personæ inhærentem, relinqui, fictaque universitatis morte perire? ac proinde personalem omnino intercedere obligationem, quoties ex contractibus universitati debetur, vel ipsa debet, *d. l.* 7. §. 1. *et tot. tit. ff. quod cujusque universit. nomine vel contra*, *l. omnibus civitatibus* 26. *ff. ad Senatusc. Trebell. l. civibus* 2. *ff. de reb. dubiis*, *l. hæreditates* 12. *C. de hæred. instit. l. an ususfructus* 56. *ff. de ususfr. l. si ususfructus* 21. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* junct. *l. ususfructus* 26. *ff. de stipulat. servor.* Nec firmius est, quod ajunt, reditus super immobilibus constitutos immobilium numero venire; provinciæ autem corpora mobilia non esse, sed stabilia & perpetua; ideoque reditus ab iisdem constitutos immobiles esse. Cum enim ante dictum sit, universitates & provincias in contractibus personæ loco ac jure censeri, fieri non potest, ut tanquam res immobiles considerandæ forent; ac longe aliud est, provinciam constituere mediante contractu reditum annuum; aliud, imponi ipsi provinciæ tanquam rei immobili annuum reditum, quod accurate loquendo non fit; priori casu, ut persona, posteriori demum ut res immobilis, concipienda; priori ut agens ac contrahens, posteriori ut patiens tantum. Et quamvis verum sit universitates stabiles & perpetuas esse, ob perpetuam, quæ in universitatibus est, personarum successionem juxta *l. proponebatur* 76. *ff. de judiciis*; nec eas ita de loco in locum moveri, ut fere solent de loco in locum transire privati homines; id tamen nihil adversam juvat sententiam, nec sufficientem inter privatos ac universitates debentes differentiam constituit; eo quod & privati, ex contractu ad reditum obstricti, perpetuo censentur in suis superesse successoribus; dum hæredes, hæredumque hæredes in infinitum primum repræsentant obligatum, & ex ejus capite devincti manent; & licet rarius, tamen & ipsas universitates personarum instar interire, de loco etiam in locum migrare, ex *l.* 21. *ff. quib. mod. ususfructus vel usus amittitur*, & ex Lasio de gentium migrationibus abunde constat. Minus ad rem facit, quod nunc multi in his cautionibus reditibusque ab universitatibus ac provinciis debitis, maximam possideant patrimonii partem; sic obligationes tales sibi comparent, ut prædia. Neque enim absurdum est, subinde in mobilibus opulentiæ maximam consistere partem. In mercimoniis plerumque totam consistere mercatorum substantiam, res expedita est; ineptum tamen fuerit, ob id merces immobilium catalogo accensere. Nihil denique dissentientes juvat formula, cautionibus de annuis usuris & reditibus forteque etiam ipsa emissis inserta, qua *omnes proventus et bona universitatis*, vel etiam *mobilia et immobilia* dicuntur obligari: constat enim, frequentius nihil esse, quam formulas has similesque cautionibus etiam privatorum, non coram lege loci, sed vel coram tabellione & testibus, vel privata scriptura emissis, inseri; ex quibus tamen neque etiam res immobiles debitorum affici, neque ipsas cautiones immobilium numero accenseri, in aperto est. Estque hic vanum illud effugium, Principem, tanquam legum solemnitatibus solutum, necesse non habere, ut coram lege loci bonorum immobilium obligationem profiteatur, aut hypothecam constituat, eumque censeri pignoris nexu reali devinxisse eo ipso, quo pensitandis reditibus annuis certa reipublicæ bona attribuit. Etenim primo quidem non nisi in Principe, adeoque in cautionibus a sola provincia majestatem habente conceptis, id locum sibi vindicare potest, non item in ceteris per civitates, vicos, pagos, orphanotrophia, aliasque universitates conscriptis, quas omnes & legibus devinctas esse, & privatorum jure uti, certum est, *l. eum, qui vectigal* 16. *ff. de verbor. signif.* Sed deinde ne in ipso quidem Principe id perpetuo admiseris; quamvis enim legibus solutus sit, legibus tamen se vivere velle, dignamque hanc esse regnantis majestate vocem, Imperatores profitentur, §. *ult. Instit. quib. mod. testam. infir. l. digna* 4. *C. de legibus.* Unde dicendum, in dubio præsumendum haud esse, quod legum laqueis voluerint exemti esse; sed tum demum, cum de eo speciatim suam declaraverint voluntatem; maxime, ubi nullum ex tali jure singulari sentirent commodum, sed magis damnum; uti re ipsa sentirent in casu præsenti detrimentum, diminuentes sibi, & aliis adjicientes jus in re; quod non facerent privati similibus utentes ad obligandum cautionibus.

29. Ceterum, quod diximus, usu hodierno incorporales res ad mobilia vel immobilia reduci solere, ac sub ipsorum denominatione comprehendi; ita demum obtinet, si sermonis tenor id postulet, vel alia necessitas ex dispositione, universitatem bonorum continente, subsit. At si quid de mobilibus vel immobilibus cautum sit in ea dispositione, in qua necesse non est, universitatem omnium bonorum contineri; sub mobilium immobiliumve nomine incorporalia non continebuntur, sed velut a corporalibus mobilibus & immobilibus distincta species consideranda erunt; ex quo principio, quid in mo-

bilium immobiliumve legato, hypotheca, publicatione, donatione, similibusque statuendum sit, suis locis plenius tradendum erit. Vide Sande *libr.* 4. *tit.* 4. *defin.* 6. Redelant *Cur. Ultraject. decis.* 89. Molinæum *ad consuet. Parisiens. tit.* 3. *art.* 94. *gloss.* 1. *num* 19. Tyraquellum *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 5. *num.* 1. & *gloss.* 7. *num.* 1. & *seqq.* Carpzovium *defin. for. part.* 3. *constit.* 24. *defin.* 1. Jac. Schultes *ad Modest. Pistor. quæst.* 124. *n.* 14. & *seqq.* Paulum Voet *de mobil. & immobil. cap.* 8. *num.* 1. Consult. JCtorum Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 110. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 12. *numer.* 2. 3. & Christinæum, Zypæum, Pekium, Bellichium, Thesaurum, Charondam, aliosque ibidem citatos.

30. Nec mirum, usque adeo anxie quæri de eo, utrum res quæque mobilibus an immobilibus accensenda sit; cum quantum ad multos in jure effectus ingens inter has duas rerum species cernatur diversitas. Etenim regulariter mobilia, ubicunque naturaliter extiterint, illic censentur esse, ubi dominus domicilium fovet: immobilia illic, ubi vere sunt, indeque immobilia regenda lege loci, in quo sita sunt; mobilia vero ex lege domicilii domini, ut dictum post *tit. de constit. princip. de statutis*. Cum ergo actiones personales, saltem ex communi consensu, eas, quæ ad rem mobilem tendunt, mobilibus annumerari dictum sit; consequens est, ut licet proprie nullibi situm habeant, tanquam incorporales, tamen illic esse censeantur, ubi creditor, in cujus dominio & patrimonio actiones sunt, domicilium fixit, Amstelodami, verbi gratia, si Venetus mercator Amstelodamensi pecuniam mercesve debeat, utut non Amstelodami, sed Venetiis exsolvendas, Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 39. *num.* 1. 2. 3. 4. & *seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *obser.* 124. *num. pen. et ult.* Mævius *ad jus Lubec. quæst. prælim.* 6. *num.* 30. *et seqq.* Greven. *lib.* 2. *conclus. pract. conclus.* 124. *consid.* 1. *n.* 1. *et seqq.* Molinæus *ad consuet. Paris.* §. 1. *gloss.* 4. *n.* 9. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 12. *num.* 4. Licet non desint, qui actiones hasce adstringunt loco debitoris, in quo exactio fieri potuit: quos recenset Tyraquellus *de retract. gentil.* §. 36. *glos.* 3. *num.* 15. 16. 17. Respons. JCtor. Holl. *part.* 5. vol. 2. *consil.* 151. *num.* 7. 8. Quorum sententiam forte in bonorum publicationibus haud improbabiliter admiseris, si dominus territorii, in quo debitor commoratur, rigido juri suo inhærere velit; in quantum debitum tale magis est in potestate judicis, qui debitoris, quam qui creditoris domicilio præest. Nec minus eam sententiam probaveris, quoties de actione personali per præscriptionem tollenda quæstio est, dum alio tempore præscriptio in debitoris, alio in creditoris domicilio impletur; nam & debitum necdum exactum magis esse in potestate judicis, ubi debitor, quam ubi creditor domicilium fovet, vel ex eo manifestum est, quod creditor forum competens & judicem debitoris sequi debeat; quodque non creditoris, sed debitoris judex inhibere debitori possit ad tertii alicujus desiderium, ne debitor creditori solvat. Ad hæc immobilia frequenter transeunt cum onere, quod ipsis est impositum, ac in hisce jura, retractus, primogenituræ, aliaque similia locum habere possunt; cum ex adverso in mobilibus rarius ea usum inveniant: & mobilia non habeant sequelam; ut dicetur *tit. de rei vendic.* & sparsim. Præterea aliter immobilia pupillorum alienantur, mobilia aliter. Alio denique modo traduntur, & hypothecæ obligantur, ac judicati exsequendi causa distrahuntur immobilia, quam mobilia. At suis ista sedibus plenius tractanda. Vide interim p. mem. Parent. Paulum Voet, *tract. de natura mobil. & immobil. cap.* 15. & *seqq.*

TITULUS IX.

De Senatoribus.

SUMMARIA.

1. *Ratio ordinis & connexionis.*
2. *Quid sit Senatus, quid potuerit, & quæ fuerit dignitatis diversitas in Ordine Senatorio?*
3. *Senatores gaudent jure fori peculiaris, duplicis domicilii, & immunes sunt a quæstionibus, plebejorum pœnis, carceribus, sordidis muneribus.*
4. *Liberi Senatorum dignitatis paternæ participes sunt, licet ante dignitatem nati; si modo id petant; unde varia deciduntur.*
5. *Uxores sequuntur maritorum dignitatem, eamque retinent in viduitate; sicut & in multis virorum defunctorum artificiis exercendis perseverare possint.*
6. *Non tamen retinent stipendia, honoraria, maritis ratione dignitatis præstari solita; nisi quod apud nos viduæ concionatorum gaudent anno gratiæ, & quandoque honorario modico in perpetuum.*
7. *Si concionator, ad aliam vocatus ecclesiam, moriatur antequam in nova esset inauguratus, quid juris circa annum gratiæ?*
8. *Mulier ad alias nuptias transiens, sequitur viri secundi dignitatem; nec iterum facta vidua ad primi mariti aut natalium propriorum dignitatem redire potest.*
9. *Matres Senatorum non ita, ut uxores, gaudent filiorum dignitate.*
10. *Quo modo evanescat Senatoria dignitas, & quid juris sit in liberis ante, vel post patris a Senatu amotionem natis.*

1. CUm inter personas de rebus judicia seu actiones exerceantur, & de personis rebusque actum fuerit, de actionibus vero negotio cuique accommodatis per universas Pandectas tractatio instituta inveniatur, operæ pretium visum fuit, præmitti officia magistratuum; qui jurisdictione & imperio, seu cogendi potestate, armati calumniantium iniquitates per legitimos tramites debent expellere, atque ita bonorum solatia ac deliciæ, malorum terrores esse. Sed cum antiquitus Romanis in duos aut tres Ordines, puta, Senatorium, Equestrem, & Plebejum distinctos fuisse, monuerim *tit. de statu hominum*, & ex Senatorio potissimum lecti fuerint magistratus (quamvis successu temporis hæc & mutata multifariam & conturbata inveniantur pro arbitrio captuque imperantium) consultum fuit, Senatoriam dignitatem præmitti. Sic autem in hoc, & seqq. hujus libri titulis occupabor, ut ea sola, quæ ad juris nostri intellectum pertinere videntur, quanta possim maxima brevitate tradam, remissurus de cetero le-

ctorem ad curiosos antiquitatum Romanarum indagatores.

2. Senatus ergo selectorum virorum, non plebejorum cœtus fuit, licet latius sumtum Senatus vocabulum continet omnes eos, qui jus dicendi suffragium in Senatu habent, postquam obtinuit, etiam ex plebe consules, quæstores, aliosque magistratus legi, *l. ult. ff. h. t. unic. §. pen. ff. d. offic. quæstoris*, junct. *l. 2. §. deinde cum placuisset 26. ff. de orig. juris*. In hoc vero Ordine non omnes ejusdem fuere dignitatis, sed alii aliis honoratiores, prout vel majoribus vel minoribus magistratuum honoribus fungebantur, aut defuncti erant, *l. ult. C. ut dignitatum ordo servetur, novell.* 62. Unde alii illustres, alii spectabiles, alii clarissimi. Cujacius *ad l. 1. C. de dignitatibus*, eoque pertinet illud Modestini in *l. spadonem* 15. *§. scire* 2. 3. 4. *ff. de excusat. tutor. Si quis Senator fuerit, hic tutor erit & eorum, qui inferioris ordinis sunt Senatorum;* sic enim legendum, omissa particula, *quam*, convenienter Græco textui. Nec tamen dubium, quin confusi non raro fuerint hi dignitatis tituli, dum clarissimi subinde, qui alibi spectabiles, appellabantur. Vide Pancirolum *Notit. Imperii Oriental. cap.* 2. 3. 4. Chassenæum *Catal. gloriæ mundi part. 7. in pr.* Cujac. *ad tit. C. de perfectissim. dignit. & ad l. 5. C de silentiariis*. Quamvis autem Senatus olim consiliis magis, quam judicandi gratia institutus fuerit; successu tamen temporis etiam eum de causis judicasse constat ex *l. 1. §. sciendum 2. ff. a quibus appell. non licet*.

3. Varia Senatoribus data privilegia, puta, fori peculiaris, in civilibus, non criminalibus, reatu omnem hujusmodi honorem excludente, *l. 1. 2. Cod. ubi Senatores vel Clarissimi*, exceptis quantum ad criminales causas illis, qui recensentur *in l. ult. C. ubi Senat. vel Clarissimi, l. si gravius* 16. *C. de dignitat.* Duplicis quoque domicilii, sic ut, licet in urbe domicilium habere videantur, tanquam dignitatis domicilium, tamen & ibi unde oriundi sunt habere intelligantur, dignitate adjectionem domicilii potius, quam permutationem faciente, *l. penult. ff. h. t. l. pen. C. de incolis, l. filii 22. §. pen. ff. ad municipalem*. Vide Tacitum 12. *annal.* 25. *l. Clarissimis* 15. *C. de dignit.* Idque honorum & commodorum, non onerum intuitu, *d. l. filii 22. §. Senatores* 5. *l. municeps* 23. *ff. ad municipalem*. Eo fere modo, quo major dignitas nulli circa prioris dignitatis privilegia præjudicium facit, *l. major 3. C. de dignitat.* Ad hæc neque quæstionibus, neque plebejorum pœnis subjiciendi ipsi, eorumque liberi, *l. Divo Marco* 11. *C. de quæstion.* nec carceri includendi, *l. si gravius* 16. *C. de dignitat.* & tam ipsi, quam eorum patrimonium, ubicunque situm, a sordidis muneribus immune est, *l. Senatorum 4. & l. 5. C. de dignitatibus, l. præcipimus 14. C. eod.*

4. Filii insuper filiæque ex Senatore nati, & nepotes ex filiis, dignitatis Senatoriæ fiunt participes; filiæ tamen non nisi innuptæ, nec ex filiabus nati nepotes; cum filiæ per nuptias viri sequantur dignitatem, & nepotes ex filia patris, non avi materni gaudeant conditione, *l. Senatoris filius 6. §. 1. l. 7. l. filiam Senatoris 9. 10. ff. h. t.* Neque interest, jam in Senatoria dignitate constitutus liberos susceperit, an ante dignitatem, *l. Senatoris filium 5. ff. h. t.* quod & Paulus innuit, Ulpiano, auctori d. legis quint., coætaneus, in *l. filii 22. §. Senatores &* 5. *ff. ad municipalem*, dum Senatores, & eorum filios filiasque, *quoque* (id est, quovis vel quocunque) *tempore* natos natasve, in dignitate exæquat: quin & ipse Ulpianus in *l. qui ad tempus 2. §. in filiis 2. ff. de decurion.* in commodis ex aucta patris dignitate profluentibus, ne scilicet plebejorum pœnis subjiciantur: & merito; neque enim liberis invidendi videntur honores paterni, *l. Senator 11. C. de dignitatib.* modo ante dignitatem nati hoc ipsum a Principe petierint, sine ullo obstaculo impetraturi: eadem ratione, eodemque modo, quo de scenicarum quondam mulierum, vitæ prioris turpitudinem emendantium, filiabus cautum est, eas, si quidem post expurgationem prioris vitæ matris suæ fuerint natæ, non videri scenicarum filias esse, nec subjacere legibus, certos homines in matrimonium ducere scenicas prohibentibus. Si vero ante natæ sint, licere ipsis, preces Principi offerentibus, sacrum sine ullo obstaculo mereri rescriptum, per quod iis ita nubere permittatur, ac si non essent scenicæ matris filiæ, *l. Imperialis 23. §. his illud 5. C. de nupt.* Quod si ante dignitatem, vel emendatam matris vitam natis displiceat dignitatis accessio, moresve expurgatiores, dum vel ob inopiam dignitatem tueri nequeunt, vel alia quæcunque causa subest, atque adeo Principi supplicare noluerint, voluntate sua liberrima in pristina erunt conditione substituti. Nec aliud puto velle Impp. dum filios ante dignitatem editos ajunt privatos esse, & pristina conditione remansuros, *d. l. Senator. 11. C. de dignitat. l. ult. C. de decurionib.* quam quod tales maneant, si juxta *d. l. 23. §. 5.* nullum a Principe rescriptum petierint, quod absque obstaculo, & suo quasi arbitrio potuissent impetrare. Atque hinc dependent decisiones eorum, quæ vulgo disputari inter politicos pariter ac Jurisconsultos solent, utrumne in Regni vel feudi regalis, aut alterius, regali minoris, successione, natus patre nondum Rege, nondum investito, præferendus sit natu minori, concepto natove ex patre, jam Rege, vel de feudo investito? num nobilis, qui ante collatos nobilitatis titulos, patre etiamnum privato, est genitus? num civis, qui natus est antequam patri jura civitatis fuerint tributa? de quibus vide Justinum *histor. libr. 2. cap. 10. & lib. 5. cap. 11.* Christinæum *vol. 5. decis. 5. num. 40. & seqq. & ad Leg. Mechliniens. tit. 1. art. 45. in annot. in fin.* Consil. JCtor. *Holland. part. 3. vol. 2. consil.* 325. (revera) 225. pag. 605. Ant. Fabrum *Cod. libr. 9. tit. 29. defin. 24. num. 3.* Tyraquellum *de nobilitate cap. 15. n. 7. 8.* Struvium *ad Pand. h. t. n. 6. in fine*. Zoesium *tract. de feudis cap. 11. n. 28. 29.* Gudelinum *de feudis part. 3. cap. 4. num. 11.* Besoldum *delibat. Juris ad Pand. ad l. 5. h. t. n. 40. pag. mihi* 137. Rittershusium *partit. feudal. lib. 1. cap. 15. n. 11.* Hottomannum *illustr. quæst.* 2.

5. Nec liberi tantum, sed & uxores Senatorum, Senatoriis gaudent prærogativis, maritorum suorum dignitate ac velut radiis coruscantes; etiamsi natæ fuissent patre inferioris conditionis, *l. fœminæ 8. ff. h. t. novell. 105. cap. si autem etiam 2. in pr. l. 1. C. de dignitatib.* sic ut & plebejorum pœnas & bonorum publicationes evitent, si jus tale marito ex dignitatis prærogativa competat, Consil. JCtor. Holl. *part. 4. cons. 272. pag. 477. & seqq.* Quam etiam

dignitatem ac privilegia retinent post maritorum decessum, perinde ac matrimonio adhuc constante, quamdiu in viduitate persistentes conjugis defuncti colunt memoriam, *d. l. fœmina* 8. *in fin. ff. h. t. l. ult. C. de privileg. scholarum, l. medicos* 6. *C. de professor. & medicis, novell.* 22. *cap. non tamen* 36. Atque hinc illud invaluisse videtur, viduas posse per famulos peritos, licet necdum magisterii gradu insignitos, exercere idem illud artificium, quod maritus vivus exercere solitus; tametsi illud tale esset, ut non nisi probatos in arte atque juratos admitteret. Costalius *ad l.* 8. *circa fin. h. t.* Gregorius Tholosanus *syntagm. juris civil. libr.* 9. *cap.* 4. *num.* 11. 12. Besoldus *delibat. juris ad Pand. ad l.* 8. *ff. h. t. num.* 41. *pag. mihi* 138. Johan. Papon. *lib.* 6. *tit.* 9. *arrest.* 1. Guido Pap. *decis.* 379.

6. Plane, si nonnulla jura atque privilegia marito competierint, non tam ratione dignitatis, quam potius ex expressæ vel tacitæ pactionis personalis vi, vel etiam propter ipsam honoris alicujus administrationem, (qualia sunt honoraria, stipendia, aliaque his similia) iis post maritorum obitum ne ipsas quidem viduitatem servantes fruituras esse verius est. Anton. Faber *Cod. libr.* 9. *tit.* 29. *defi.* 22. 23. In beneficialibus tamen, canonicatibus, & præbendis, uti hæredes percipere potuerunt annum gratiæ vulgo dictum, si ad finem vitæ quis fuisset canonicus, aut præbendarius, juxta tradita a juris Canonici interpretibus, citatis apud Abrahamum a Wesel *ad novell. constit. Ultrajectinas art.* 18. *nu.* 14. ita apud nos receptum, ut viduæ concionatorum post maritorum obitum, non qua eorum hæredes, sed ex honore viris vivis habito, annum gratiæ percipiant; subinde & aliud annuum emolumentum durante toto viduitatis tempore. Quorum tamen beneficiorum non erunt participes, si maritus ante mortem sese abdicaverit, & dereliquerit re ipsa ministerium ecclesiasticum. Aliter quam obtineret, si tentaverit tantum atque petierit licentiam, sed necdum re ipsa fecerit abdicationem, Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. d. art.* 18. *num.* 14. *& seqq.* ibique DD. citati.

7. Ex quibus etiam haud difficulter colligi potest, quid statuendum sit, si de ecclesia in ecclesiam aliam transferatur Antistes: si enim moriatur postquam jam alio evocatus erat, & sese alteri ecclesiæ addixerat, sed necdum a priore fuerat solemni more ecclesiastico dimissus, haud dubie viduam sequentur commoda ex usu ecclesiæ illius, unde nondum dimissus erat. Sed si missione jam impetrata, in fata concedat, antequam in nova ecclesia inauguratus esset; cum tempore mortis nulli serviret ecclesiæ, ad instar eorum, qui animo transferendi domicilii de loco in locum navigant, et ita sine domicilio esse dicuntur, *l. ejus qui* 27. *§. Celsus* 2. *ff. ad municipalem*, summo jure neutrius loci commodis, aut anno gratiæ vidua aut liberi frui possent. Benignius tamen id ipsis indulgendum videtur, arg. *l. unic. §. ult. ff. de bonor. possess. ex testamento militis*.

8. Quod si relicta viduitate per alias nuptias sese Ordinis inferioris viro sociaverint, pristinam prioris conjugis amittunt dignitatem, mariti secundi sortem deinceps secuturæ: nisi peculiariter a Principe id impetraverint, ut, non obstante ad aliud matrimonium transitu, pristina nihilominus mariti prioris censeantur dignitate, *d. l. fœmina* 8. *in fin*, *l. ult. pr. ff. h. t. l. filii* 22. *§. vidua* 1. *ff. ad municipalem*, *l. cum te* 10. *C. de nuptiis*, *l. mulieres* 13. *C. de dignitatibus*. Quæ tamen, ut perraro impetrari solebant teste Ulpiano in *d. ult. pr. ff. h. t.* ita, ne tale quid ullo in posterum modo velint aut petant mulieres ad alia vota properantes, a Justiniano interdictum videtur, ac sancitum, eam, quæ mariti prioris oblita erat, amplecti debere illius fortunam matrimonii, ad quod post nuptias priores venit, *novell.* 22. *cap. non tamen* 36. Cui consequens est, ut et marito secundo in fata concedente, vidua ex viri tantum novissimi conditione æstimetur; ac neque priorem prioris mariti, neque pristinam propriorum natalium dignitatem recuperet, quippe quam utramque contemsisse videtur simulque amisisse, vilioris mariti nuptias sequendo; nec æquum visum, ut, *quæ priorum oblita erat, rursus ex prioribus adjuvaretur*, *d. novell.* 22. *c.* 36. *arg. d. l. fœmina* 8. vers. *donec plebeii ff. h. t.* Speckan *quæstion. cent.* 2. *class.* 1. *quæst.* 8. *n.* 3. Costalius ad *l.* 8. *ff. h. t. num.* 21. 22. Guido Pap. *decis.* 380.

9. Quæ de Senatorum uxoribus dicta, ad matres haud extendenda; improbata Saturnini contra sentientis opinione, ut nunquam recepta, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Exceptæ tamen sunt matres scholarium, quippe quæ iisdem fruuntur privilegiis cum ipsis scholarium uxoribus ac liberis, *l. ult. C. de privileg. scholarum*; ut & matres consulum, quæ filio consulari consentiente frui possunt prærogativa in populum munera spargendi, *novell.* 105. *cap. Si autem* 2.

10. Evanescit dignitas Senatoria, si quis ex crimine vel aliter indignus redditus, Ordine Senatorio motus fuerit. Quæ tamen ab Ordine remotio neque jam natis liberis, neque conceptis ac nondum enixis nocebit, aut acquisito natalium spoliabit splendore; sed demum conceptis ex patre jam amoto erit nocitura, *l. emancipatum* 7. *§.* 1. *l. filiam* 9. *ff. h. t. l. Senator* 11. *C. de dignitat.* Plane si quis avum Senatorem habeat, conceptus vero ac editus fuerit ex patre jam ab Ordine moto, Senatorium tamen eum censendum esse, responsum est; sic ut ei potius avi dignitas prosit, quam obsit casus patris, *l. emancipatam* 7. *§. ult. ff. h. t.* junct. *l. qui ad tempus* 2. *§. in filiis* 2. *in fine ff. de decurion.* Quod ita obtinuit, ne alioquin nepos, tanquam plebejus, libertinæ conditionis uxorem ducat, atque ita ad avum inde quædam dignitatis sugillatio redundaret. Quamvis aliud dicendum fuerit in quæstionibus pœnisque irrogandis; dum non aliter Senatorum nepotes ac pronepotes quæstionibus ac plebejorum pœnis subducti manent, quam si propioris gradus liberos, per quod id privilegium ad ulteriorem gradum transgreditur, nulla pudoris macula adspergat, *l. Divo Marco* 11. *C. de quæstionibus*, nisi quis malit accipere *d. l.* 11. de casu quo avus aut proavus non ultra superstes est, ut ex nepotum aut pronepotum dedecore quandam sentiat sugillationem atque dolorem, *d.* vero *legem* 7. *§. ult.* de casu, quo adscendens ille avus aut proavus adhuc superstes est, & ita quandam læsionem videretur sentire. Porro de antiquo Senatorum ornatu ac vestimentis, vide Brissonium *antiquit. lib.* 3. *cap.* 16. & in universum de Senatu Romano Johannem Sarium Samoscium, Paulum Manutium, Francisc. Hottomannum, relatos in to-

mum primum & secundum Thesauri Antiquitatum Romanarum; Valent. Forsterum, *hist. juris civ. lib.* 2. *cap.* 83.

TITULUS X.

De officio Consulis.

SUMMARIA.

1. *De consulum origine ac potestate; qui auctores de consulibus videndi sint.*
2. *Diminuta fuit sub Imperatoribus potestas consulum; multa tamen adhuc per eos expedita. Potuit consul apud se manumittere, non apud collegam, collega tamen cognoscebat de causa manumissionis, si consul esset minor annis viginti.*
3. *Consules alios fuisse ordinarios, alios suffectos, alios honorarios.*

1. MAgistratus populi Romani vel Urbani sunt, vel Provinciales. Inter Urbanos primo loco habentur consules, ita a consulendo dicti, quod reipublicæ consulerent, simulque etiam consulerent Senatum. Horum priscis temporibus non summa tantum auctoritas, sed & potestas fuit: æquale enim cum Romanis Regibus, in quorum locum successerant, in Republica in plerisque jus exercuerunt. Ne tamen per omnia regiam potestatem sibi vindicarent, lege lata cautum fuit, ut ab iis provocatio esset, nec possent in caput civis Romani animadvertere injussu populi; sed tantum coercere, & in vincula publica duci jubere. Hi ex Ordine Senatorio (postea etiam ex plebejo) electi, præsidebant Senatui, res omnes pace belloque tractabant, Senatum convocabant, dimittebant, sententias in Senatu, leges apud populum rogabant; & primo quidem juri etiam dicundo præerant; sed cum crebris avocarentur bellis finitimis, horum officia hac in parte prætores supplerunt, §. *lex est, quod* 4. *Inst. de jure natur. gent. & civit. l.* 2. §. *exactis* 16. & §. *cumque consules* 27. *ff. de orig. juris.* De horum consulum origine, officiis, auctoritate, fascibus, lictoribus, vide latius Carolum Sigonium *de antiquo jure Provinciar. libr.* 3. *cap.* 8. *et* 10. Rosinum *antiquit. Roman. lib.* 7. *cap.* 9. Speckan. *quæst. cent.* 2. *class.* 1. *quæst.* 3. 4. 5. 6. 7. Rittershusium *ad novellas part.* 2. *cap.* 2. *numer.* 5. Forsterum *historia juris lib.* 1. *cap.* 13. 14. 15. *et* 16. Amajam *in Cod. ad l.* 66. *Cod. de decurion. cap.* 1. Perezium *tit.* 1. *C. de consulibus.* Gregor. Tholosan. *Syntagm. juris civil. lib.* 47. *cap.* 15. Alex. ab Alexandro *genial. dier. libr.* 3. *cap.* 3.

2. Licet autem, translato in Imperatores omni imperio ac potestate, imminuta admodum fuerit consulum potentia, sic ut umbram magis titulosque antiqui consulatus, quam jus & auctoritatem dignitatis retinuerint; mansit tamen idem honoris fastigium, sic ut viris præfectoriis non tantum æquales, sed & superiores habiti fuerint, *l. unic. C. Theodos. de consulibus, præfectis, magistris milit. et patriciis, lib.* 6. *tit.* 6. Petrus Faber *lib.* 1. *semestr. cap.* 2. *circa fin.* ac ne ipsi quidem Romani Principes hunc dignitatis titulum aspernati fuerint, aut infra suam crediderint majestatem, imo indesinentem sibi consulatum arrogaverint, *nov.* 105. *c. si autem etiam* 2. *in fine.* Quamvis haud sit eundum inficias, quin supra consularem dignitatem fuerint summo patriciatus honore conspicui, §. *filiusfamilias* 4. *Instit. quib. mod. jus patr. potest. solvit. l. nemini* 3. & *ult. C. de consulibus, et non sparg. ab his pec.* Manserunt & varii voluntariæ, tum contentiosæ jurisdictionis actus, apud eos & per eos exercendi, *l. quidem* 57. *ff. de re judicata;* nam & judices arbitrosque dederunt, *lib.* 1. §. *si quis* 3. vers. *denique, cum ff. de appellat. l. si cui* 55. *ff. de condit. et demonstr.* & tutores constituerunt ac confirmarunt, §. *sed ex his legibus* 3. *Instit. de Attilian. tit. l.* 1. §. 1. *in fin. ff. de confirm. tit.*; cognoverunt quoque de liberali causa, arg. *l. si cui libertas* 50. *ff. de condit. et demons.* juncta *l. Divi fratres* 27. *ff. de liberali causa*, ibique Gothofred. *in notis* de fideicommissis, *l. pater meus* 29. *ff. de legatis* 2. §. 1. *Instit. de fideicommissa hæredit.* de alimentis, *l. solent* 3. *in fine ff. de alimentis vel cibar. legat.* Insuper facta penes eos manumissiones, adoptiones, emancipationes, sic ut & consul filiusfamilias apud se mancipari, & in adoptionem dari, & ipse apud se servum manumittere, filium emancipare, aut in adoptionem dare potuerit, *l. si consul.* 3. *l.* 4. *ff. de adoption. l. unic.* §. 2. *ff. h. t.* deque suo & aliorum facto id ipsum testatur Julianus in *l. an apud* 5. *ff. de manumiss. vind. ego*, inquit, *cum meminissem, Javolenum præceptorem meum et in Africa et in Syria servos suos manumitisse, cum consilium præberet, exemplum ejus secutus, et in prætura et in consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi, et quibusdam prætoribus consulentibus me, idem suasi.* Quamvis apud collegam nec prætor nec consul manumittere potuerit, ea procul dubio ratione, quod par in parem imperium non habeat ac potestatem *l. apud filiumfam.* 18. §. 1. *ff. de manumiss. vindicta*, junct. *l. apud eum* 14. *ff. de manumiss.* nec contrarius hisce est Ulpianus in *l. unic.* §. 2. *in fine ff. h. t.* quippe cujus non alia mens est, quam quod minor annis 20. consul apud se manumittere non possit, nisi justam manumissionis causam apud collegam probaverit; verbis *apud collegam vero causa probata potest*, ita legendis, ut nulla distinctio, seu interpunctio post verbum *vero* ponatur. Maxime, cum idem Ulpianus in eodem lib. 2. de officio consulis scripserit, consulem apud se posse manumittere, *etiamsi evenerit, ut minor annis viginti sit, l. si rogatus* 20. §. *ult. ff. de manumiss. vindicta.* Manumittit scilicet consul minor apud se, quia actum voluntariæ jurisdictionis apud se exercere quisque potest: at causam justam manumissionis ipse non examinat, quia causæ examen non est voluntariæ jurisdictionis actus, sed mixtum quid inter voluntariam & contentiosam; sicut decreti interpositio super alimentis testamento relictis, immobilium pupillarium alienationibus, & alia pura; de quibus *tit. de jurisdictione*; in quibus nemo sibi jus dicere potest, arg. *l. ult. ff. de offic. prætoris.* Nec mirum cuiquam videri debet, consulem in *d. ll.* proponi annis viginti minorem, cum tamen nullus fuerit ad honores evehendus minor annis viginti quinque, *l. ad rempubl.* 8. *ff. de numer. et honorib.* nullus in specie ad consulatum admovendus, nisi qui ædilitate, quæstura, ac prætura fuisset functus, ut pluribus Gregorius Tholosan. *syntagm. jur. civil. libr.* 47. *cap.* 15. *num.* 10. *et seqq.* Alexander ab Alex. *genial. dier. lib.* 3. *cap.* 3. Etenim regula-

riter ista quidem obtinuerunt; sed nonnunquam ex causa minores quoque extra ordinem admissi, *l. non tantum* 11. *ff. de curionibus*, *l. quidam consulebat* 57. *ff. de re judicata.* Principe scilicet idoneum censente eum, qui ex jure communi fuisset inhabilis, quasi judicio principali obviare sacrilegii instar est, *l. disputare* 3. *C. de crimine sacrileg. l. sacrilegii* 5. *C. de diversis rescriptis.*

Ceterum consules alii fuerunt ordinarii, qui scilicet in anni cujusque initio eligebantur, & ex quorum consulatu fiebat annorum numeratio ac designatio. Alii suffecti, qui in consulum ante finem anni demortuorum, aut aliter deficientium locum destituebantur: a quibus non annorum quidem designatio, sed tamen Senatusconsultorum, veluti Trebelliani, Pegasiani etc. denominatio desumta fuit, Bacchovius *ad §. 4. Instit.* de *fideicommiss. hared.* Qui tamen suffecti cum honorariis consulibus haud confundendi, ut perperam putat Ritthershusius *ad novell. par.* 2. *cap.* 2. *num.* 5. *in mod.* Constat enim, honorarios fuisse eos, qui non administrabant, *l.* 3. *C. de consulib. et non sparg. ab his pec.* adde *l. ult. C. de decurion. in princ.* eo sensu, quo et honorarii tutores dicti, *l. quod si forte* 14. *§. sunt quidam* 1. *ff. de solutionib.* cum ex adverso suffecti per reliquam anni partem subirent eandem reipublicæ gubernandæ curam, quam illi, qui in anni cujusque ingressu electi fuerant. Accurate Seneca *l.* 5. *de ira cap.* 31. describens eum, qui dignitatibus auctus, nec tamen contentus, ampliores sperat: *dedit*, inquit, *mihi præturam? sed consulatum speraveram; dedit duodecim fasces? sed non fecit ordinarium consulem; a me numerari voluit annum? sed deest mihi ad sacerdotium.*

TITULUS XI.

De officio Præfecti prætorio.

SUMMARIA.

1. *Quid fuerit præfectus prætorio, & quæ olim, quæ postea potestas ejus?*
2. *Quot fuerint præfecti prætorio, & qui auctores latius de his scripserunt.*

1. PRæfectus prætorio sub primis Imperatoribus erat, qui præerat militibus Prætorianis ad custodiam Principis lectis, plenioremque habebat licentiam ad disciplinæ publicæ emendationem: similis antiqui Regum tempore tribunis celerum, ac difficilioribus reipublicæ temporibus, (ubi dictator creabatur) adjunctis dictatori magistris equitum, *l.* 2. *§. populo deinde* 18. 19. *ff. de orig. jur. l. unic. pr. ff. h. t.* Hujus ita paulatim increvit auctoritas, ut summam post Principem adeptus fuerit potestatem; simul tamen usque adeo mutata, ut cum olim militibus præesset, postea nullam habuerit in illos potestatem, dum per Impp. rescriptum legimus ipsi præfecto prætorio: *viros illustres comites & magistros peditum & equitum nullam penitus in provinciales habere potestatem; nec amplissimam præfecturam in militares viros l.* 1. *C. de offic. magistri militum.* Adde *l. eos, qui* 5. *C. de apparit. magistror. militum*, Vinnium *tract. de jurisdict. cap.* 2. *num.* 7. Hinc ipsis rerum ac judiciorum summa commissa, *l. quilibet* 40. *C. de decurionibus*, ac præsides provinciarum jussi reos effractores remittere ad præfectos prætorio, si majori animadversione opus esset: sic ut merum omnino habuerint imperium, atque etiam jus deportandi *l.* 1. *§. a præfectis* 4. *ff. de legatis* 3. *l. ex Divi* 4. *C. de locato & conducto*, ad ipsos quoque ab aliis judicibus, veluti inferioribus appellatum, *l. præcipimus* 32. *C. de appellat.* sed ab ipsorum sententiis, licet olim appellari ad Principem potuerit, postea tamen omnis appellandi facultas interdicta fuit; præsumptum enim, eos qui ob singularem industriam, explorata fide & gravitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia & luce dignitatis suæ, quam ipse Princeps foret judicaturus *l. unic. §.* 1. *ff. h. t. l. præfecti* 17. *ff. de minoribus* 25. *annis*, unde nec ipsæ Principum sacræ jussiones robur habuerunt, nisi a præfecto prætorio fuissent confirmatæ, *novell.* 152. (ut tamen supplicatio licita fuerit intra biennium *l. un. C. de sent. præfect. prætor.* de qua *lib.* 49.) nec quisquam, nec minor quidem, adversus eorum sententiam a quoquam, nisi ab ipsis restitui potuit, *l. un. §. ult. ff. h. t. l. præfecti* 17. *ff. de minoribus* 25. *annis*, vel ab Imperatore, *l. minor* 18. *§. idem* 3. *ff. de minoribus* 25. *annis.*

2. Primis autem temporibus unus tantum fuit præfectus prætorio; sed sub Justiniano quatuor, puta, Orientis, Illyrici, Africæ, & Italiæ, quibus etiam jus edicta condendi datum fuit (quæ *formæ* appellatæ) si modo nec legibus nec constitutionibus essent contraria, *l. formam* 2. *C. de offic. præfecti prat. orientis*, de hisce latius Pancirolus *notitia imperii lib.* 1. *cap.* 5. *& lib.* 2. *cap.* 2. 3. Amaja *in Cod. ad l.* 66. *C. de decurionib. cap.* 2. Petrus Faber *semestrium lib.* 1. *cap.* 2. Rosinus *l.* 7. *antiquit. Roman. c.* 33. Jacobus Gothofredus *post Codicem Theodosian. in notitia dignitatum in princip.* Adde Cassiodorum *variorum lib.* 6. *formula* 3.

TITULUS XII.

De officio Præfecti urbi.

SUMMARIA.

1. *Qualis fuerit præfectus urbi, quando creatus?*
2. *Criminalem habuit jurisdictionem usque ad centesimum ab urbe lapidem, conciliata* l. 1. pr. & *§.* 4 cum l. ult. ff. h. t. *potuit in perpetuum interdicere foro, advocationibus &c. quod præses non potest. Conciliata* l. 9. pr. cum l. ult. ff. de pœnis.
3. *Quæ potuerit in negotiis civilibus; & de popularium factionibus.*
4. *In milites non habuit jurisdictionem.*
5. *Ubi plura videri possint de hoc magistratu.*

1. PRæfectus urbi Regum priscorum Romanorum tempore, iisdem absentibus, curam urbis agebat. Sed & ejectis Regibus, ante constitutos prætores, aliquando creatus fuit, utroque consule belli causa peregre profecto, *l.* 2. *§. & hæc omnia* 33 *ff. de orig. jur.* Tacitus *Annal. lib.* 6. *cap.* 10. *in fin. & cap.* 11. Paulatim vero in desuetudinem abiit ejus eligendi usus; donec translato ad unum reipublicæ regimine primus Augustus urbi præfectum

de novo constituit, non annuum, sed perpetuum, qui Principe absente, quietem urbis suæ fidei commissæ tueretur. Hic dignitate par erat præfecto prætorio, & magistro militum; adeo ut, quisquis ex his tribus primus honoris codicillos obtinuisset, reliquis esset ordine anteponendus *l.* 1. 2. *C. de præfectis prætorio sive urbi*. Ut tamen, non obstante hoc æquali dignitatis gradu, major præfecti prætorio, quam præfecti urbi, potestas fuerit; in quantum a sententia præfecti urbi ad Principem patuit appellatio, quæ a sententiis præfectórum prætorio interdicta, *l. Æmilius* 38. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*, *l.* 2. *C. de his qui per met. jud. non appell.*

2. Plurima hujus præfecti curæ fuerunt demandata. Vindicavit enim sibi sub Imperatoribus punitionem omnium criminum: sic ut & ad ipsum per prætores vigilumque præfectos remittendi fuerint, in quos ob insignem malitiam in tutela commissam, vel ob incendia dolo concitata, gravius erat animadvertendum, *§. antepen. & pen. Instit. de suspect. tutor. l. ult. ff. de offic. præfecti vigilum*, *l.* 1. *§. solent* 7. *ff. h. t.* Vinnius *de jurisdict. cap.* 2. *num.* 4. 5. sive in *urbe* ipsa crimina perpetrata fuerint, sive *extra urbem intra Italiam*, non quidem omnem, sed centesimo ab urbe lapide conclusam. Ultra lapidem centesimum commissa egrediebantur notionem ejus, *l.* 1. *pr. & §.* 4. *ff. h. t.* Et hoc est, quod Ulpianus monuit in *l. ult. ff. h. t.* præfectum urbi, cum *terminos urbis* exierit, potestatem non habere: per *terminos urbis*, non muros, sed centesimum ab urbe lapidem designans, convenienter *d. legi prima §. quarto*, cujus ipse auctor est. Quemadmodum sæpius alibi Romam non muris, sed aliis terminis, veluti, continentibus extra muros ædificiis, circumscribi, responsum est, *l. nam quod* 4. *§. si ita legetur* 4. *ff. de pen. legata*, *l. ut Alphenus* 87. *l. qui in continentib.* 147. *ff. de verb. signif. l. cui, qua Roma* 84. *ff. de legatis* 3. Habuit ergo præfectus urbi merum imperium, & judiciorum tum publicorum, tum extraordinariorum exercitium, ac potestatem non modo pœnas legitimas exsequendi, sed & extra ordinem pro admissi gravitate imponendi, *l.* 1. *§. ult. ff. de pœnis*, damnandi in metallum, *l.* 1. *§. cum patronus* 10. *ff. h. t.* deportandi, & relegandi in insulam, quam Imperator assignaverit, *l.* 1. *§. relegandi* 3. *ff. h. t.* interdicendi urbe, regione, negotiatione, professione, advocatione, foro, spectaculis; idque vel ad tempus, vel in perpetuum, *l.* 1. *§. pen. ff. h. t. l. relegatus* 14. *§.* 2. *ff. de interdict. & relegatis*. Quæ eadem etsi præsides quoque potuerint, ut constat ex *l. moris* 9. *pr. & §§. seqq. ff. de pœnis*; non tamen potuerunt ultra tempus suæ administrationis, ut Paulus notat *leg. ult. ff. de pœnis*. Et licet coætaneus Paulo Ulpianus etiam præsidibus tribuerit jus interdicendi arte, advocatione &c. in perpetuum, *d. l. moris* 9. *in pr. ff. de pœnis*; nulla tamen pugna est. Cum enim jus illud in perpetuum interdicendi demum præsidibus denegatum fuerit per constitutionem Antonini Caracallæ, sub quo & Ulpianus & Paulus vixerunt scripseruntque, fieri facile potuit, ut Ulpianus libros de officio proconsulis conscripserit, antequam esset promulgata illa Antonini constitutio: ea vero recenter promulgata, tum demum Paulus suos scripserit responsorum libros: adeoque Ulpianus juris veteris meminerit, ignota etiamnum illa constitutione; Paulus juris recentissime introducti. Quam conjecturam juvat quoque, quod, hæc Antonini constitutio demum sub finem imperii ejus promulgata fuit, ut colligi potest argumento *legis* 1. *C. de postulando*, cujus auctor idem Antoninus; & in qua, anno demum penultimo imperii condita, dum adhuc juris antiqui definitionem, ac potestatem interdicendi in perpetuum in magistratu provinciali præsupponit, necesse est, rescriptum illud, cujus Paulus in *d. l. ult.* mentionem facit, non nisi ultimis istius Imperatoris temporibus fuisse emissum.

3. Pertinuit & ad officium ejus, tutores & judices dare, *§. sed hoc jure* 4. *Instit. de Attil. tut. l. cum prætor* 12. *§.* 1. *ff. d. judiciis l. ult. ff. h. t.* efficere ut pretio justo annona distrahatur, *l.* 1. *§. cura carnis* 11. *ff. h. t.* tueri quietem populi & popularium, eumque in finem dispositos habere milites stationarios, *l.* 1. *§. quies* 12. *ff. h. l.* (eo fere modo, quo agonothetæ, qui certaminibus præsidebant, adjunctos habebant mastigophoros, qui virgis insolentiam certantium ac spectatorum coercebant; de quibus Frissonius *select. antiq. lib.* 4. *cap.* 17.) sic ut & eos, qui turbulentis acclamationibus popularium sese accommodando, seditioni sese reddidissent obnoxios, pro admissi gravitate punire potuerit, talesque in provinciis forte latitantes ad se evocare, *l. quod promulgatis* 2. *C. de offic. præf. urbi* junct. *l. capitalium* 28. *§. solent* 3. *ff. de pœnis*. De horum popularium factionibus, præcipue quatuor, prasina, veneta, russata, & albata, vide Cassiodorum 3. *variar. epist.* 51. Cujacium *lib.* 8. *observat.* 29. Rosinum *lib.* 5. *antiquit. cap.* 5. *in med.*

4. Ceterum hanc omnem potestatem suam & jurisdictionem præfectus urbi tantum exercebat in paganos: milites enim magis suis suberant ducibus, ac maxime magistris militum, *l.* 1. *C. de offic. magistri milit. l.* 1. *C. de exhib. & transmit. reis*, *l. magister.* 6. *C. de jurisdict. omn. judicum*, *l. ult. C. de re militari l. viros* 8. *C. de divers. offic. & apparit. judic.* Excipiunt quidem, nisi de tributaria collatione agatur, *l. eos, qui* 3. *C. de offic. magistri milit.* vel statutum numerum superantes militarent, quibus casibus putant, eos civilibus parere judicibus, perinde ac si nec cincti nec militantes essent, *l. eos, qui* 5. *C. de apparit. magistror. milit.* sed cum leges illæ non de militibus, sed magis de apparitoribus magistrorum militum agant, qui militare dicuntur in officio magisteriæ potestatis; vix est, ut has de jure Romano exceptiones admiseris.

5. De magistratuum horum officiis vide latius DD. *ad tit. C. de offic. magistri milit.* Cassiodorum 6. *varior.* 4. Pancirolum *notit. utriusque imperii lib.* 1. *cap.* 5. *& cap.* 30. 31. 32. *& cap.* 40 *& seqq. usque ad cap.* 59. *& lib.* 2. *cap.* 20. *& seqq. usque ad cap.* 28. Amajam *in Cod. ad l.* 66. *de decurion. cap.* 1. *n.* 23. *& seqq.*

TITULUS XIII.

De officio Quæstoris.

SUMMARIA.

1. *Quid fuerint quæstores parricidii, quæstores ærarii, quæstores sacri palatii?*

2. *Quid quæstor vagabundorum, & ubi plura de quæstoribus legi possint.*

1. **Q**Uæstores varii fuerunt generis: alii *parricidii*, qui in libera republica constituebantur a populo, ut rebus capitalibus præessent; eo quod de capite civis Romani iniussu populi non erat lege permissum consulibus jus dicere, *l.* 3. §. *& quia, ut diximus* 23. *ff. de orig. juris*; alii *ærarii*, a Romulo aut saltem Tullo Hostilio Rege instituti, qui pecuniis publicis conquirendis ac conservandis vacabant, *l. unic. ff. h. t. l.* 3. §. *deinde cum ærarium* 22. *ff. de orig. juris*; sive urbanæ sive provinciali pecuniæ præessent, sortiti provincias ex Senatusconsulto, *l. unic.* §. 2. *ff. h. t.* Alii denique quæstores *sacri palatii*; quorum officium non tam in cogenda pecunia consistebat quam potius in eo, quod Principum libris, orationibus, epistolis in senatu legendis vacarent; etiam candidati Principis appellati *l. unic.* §. 2. *& ult. ff. h. t.* Confer Brissonium *antiquit. lib.* 1. *c.* 17. quorum auctoritas paulatim increscens sub posterioribus Imperatoribus, ac præcipue sub Justiniano, tanta fuit, ut omnem fere juris et Justitiæ in aula Principis administrandæ curam habuerint, precibus Principi oblatis responderint, responsa Principis subnotaverint, *l. ult. C. diversis rescr. & pragm. sanct. l. præcipimus* 32. *C. de appell. leg.* 1. 2. *Cod. h. t. novell.* 114. *cap.* 1.

2. Fuit et a Justiniano institutus in urbe Constantinopolitana quæstor, qui in vagabundos, mendicos, similesque inquirebat, ac laboribus eos addicebat; de crimine quoque falsi ac executorum concussionibus cognoscebat, *novell.* 80. Plura de quæstoribus ac variis eorum officiis vide apud Cassiodorum *lib.* 6. *var. formula* 5. Pancirolum *notit. utr. Imper. lib.* 1. *cap.* 73. Rosinum *antiquit. lib.* 7. *cap.* 22. Carol. Sigonium *de antiquo jure provinc. lib.* 2. *cap.* 3. *&* 8.

TITULUS XIV.

De officio Prætorum.

SUMMARIA.

1. *Quid prætores fuerint, qualem habuerint jurisdictionem?*
2. *De numero Prætorum.*
3. *Prætoris officium constitisse in tribus,* do, dico, addico. *An & quo usque Prætores venire potuerint contra jus civile?*
4. *Quinam latius officia prætorum tractaverint?*
5. *Proponitur species facti* l. ff. h. t.
6. *An gesta apud tabellionem putativum vel creatum quidem, sed impedimento legali laborantem, valeant, nec ne, per distinctiones tractatur?*
7. *An instrumentum nullum sit, ac fide publica destituatur, si tabellio extra territorium illius Principis, a quo constitutus est, illud conscripserit? & quid juris, si conscripserit quidem in territorio Principis, sed alia in urbe, vel pago, quam in quo a magistratibus admissus est?*
8. *Quales sint hodierni prætores?*

1. **P**Rætores generaliter dicti omnes magistratus, ipsique etiam militiæ præfecti, & eo sensu ipsi consulibus antiquiores dicuntur in *nov.* 25. *in præfat. novell.* 25. *in præfat.* In specie vero, qui juri dicundo præerant, instituti primitus ob id, quod consules, qui jus dicebant, propter frequentia bella ab urbe ut plurimum absentes justitiæ administrandæ intenti esse non possent, sic ut consulum vicem in jure dicundo prætores suppleverint, *l.* 2. §. *cumque consules* 27. *ff. de orig. juris.* Voluntariam et contentiosam habuerunt jurisdictionem, eamque civilem; hinc judices, tutores, bonorum possessiones dabant, mittebant in bonorum possessionem variis ex causis, tutores suspectos removebant, aliaque tractabant suis locis explicanda. Criminalem autem jurisdictionem prætores urbani non habebant; adeo ut sub Imperatoribus a prætore ad præfectum urbi remittendi fuerint, quotquot graviori animadversione corporali coercendi erant, ut dictum *tit. de off. præf. urb.* Quin tamen constituere potuerint, ut, servi & viles personæ, egestate ac infamia laborantes, & ita contemnentes civile injuriarum judicium, verberibus coercerentur ob illatam injuriam, abunde patet ex *l. sed si unius* 17. §. *cum servus* 4. *et* 5. *l. si quis injuriam* 35. *ff. de injuriis.* Sed hæc de iis intelligenda prætoribus, qui judicandis privatis causis civilibus erant præpositi; nam & alii fuerunt, qui publicis in libera republica præerant judiciis, teste Pomponio in *l.* 2. §. *capta deinde* 32. *ff. de or. juris*, quibus criminalem jurisdictionem non recte denegaveris; quemadmodum et jure novissimo jus gladii a Justiniano datum fuit prætori plebejo in urbe Constantinopolitana, corrigendis populi moribus corruptis creato *nov.* 12.

2. De numero prætorum vix quicquam certi est. Unum ab initio fuisse creatum, qui *urbanus* dicebatur, hinc mox alterum additum, qui inter cives et peregrinos jus diceret, et *peregrinus* appellabatur; successu temporis alios atque alios (prout reipublicæ visum expedire) additos fuisse, sic ut aliquando octodecim in urbe Prætores fuerint, refert Pomponius *d. l.* 2. §. 27. 28. 32. *ff. de orig. juris*, et longe plures, Dion Cassius *lib.* 48. *ad ann. ab U. C.* 717. *in princ.* postea ad numerum ternarium prætura redacta *l.* 2. *C. h. t.*

3. Ceterum in tribus potissimum consistere dicebatur prætoris officium, quæ tribus denotata verbis, *do, dico, addico. Dabant* nempe judices, tutores &c. *dicebant* jus; *addicebant*, quæ solemniter in jure cessa, vel victori per sententiam adjudicata fuerant: mediis insuper temporibus, donec conditum fuit edictum perpetuum, jura edicto proponendi potestatem habuerunt; sic ut & jus honorarium *viva vox juris civilis* dictum fuerit, *leg. nam & ipsum* 8. *ff. de justit. & jure*; & quamvis prætores plerumque juris civilis debuerint custodes esse, velut juris rectores, *l.* 2. §. *post originem* 13. *ff. de orig. juris*, nec ea facere potuerint, quæ juri civili directo contrariabantur, sic ut &, ubi lex vel Senatus vel constitutio capere vetat, veluti hæreditatem, ibi nec prætor dare possit, verbi gratia, bonorum possessionem, *l. non est* 12. §. 1. *ff. de bonor. possess. l. un. ff. quib. non compet. bonor. poss.*; tamen propter utilitatem publicam non adjuvandi tantum, sed & supplendi & per indirectum corrigendi juris civilis habuerunt potestatem, *l. jus autem* 7. *in fine ff. de just. & jure*, veluti dando bonorum possessiones variis, qui jure civili non erant ad hæreditatem vocati, sed

præteriti, vel vocati testamento minus per jura civilia valente; dando publicianam actionem illis, qui necdum usucapione dominium quæsiverant, &c. de quibus alibi suis locis.

4. Plura de prætorum initiis, dignitate, insigniis offitiis, tradunt *nov.* 24. *in præf. nov.* 26. 29. Livius *lib.* 6. *in fin.* & *lib.* 7. Gelius *lib.* 13. *cap.* 15. Pancirollus *notit. utr. imp. lib.* 1. *cap.* 29. Alex. ab Alexandro *gen. dier. lib.* 2. *cap.* 15. Polletus *historg. fori Romani lib.* 3. *cap.* 2. 3. 4. Forsterus *histor. Juris lib.* 2. *cap.* 84. 85. 86. Rosinus *antiqu. lib.* 7. *cap.* 11. & 43. D. Noodt *probabil. lib.* 1. *cap.* 6.

5. Cum autem facti species extitisset, quod Barbarius Philippus, servus, sed a domino profugus, Romæ se liberum gessisset, ac præturæ obtinuisset dignitatem, multaque per eum edicta decreta essent; comperta deinde cervili ipsius conditione, quæsitum fuit, an per eum & apud eum gesta rata habenda essent, nec ne? Et responsum, *humanius esse, ut nihil eorum*, quæ scilicet decreta vel edicta erant, *reprobaretur*, adeoque omnia manerent rata propter utilitatem eorum, qui apud talem prætorem egerent; non quidem ex communi errore populi, qui jus facere non potest; cum jus omne ex voluntate ac consensu legislatoris profluat, quem error excludit: sed magis ex populi approbatione, quæ discusso jam errore, ac comperta veritate subsecuta est; tum ne plurima negotia bona fide gesta rescinderentur cum detrimento reipublicæ; tum etiam, quia populus vel servo libertatem dare, vel legem de servis quoque in prætores eligendis condere potuisset, atque ita Barbario præturam decernere, *l. Barbarius* 3. *ff. de offic. prætor.* Vide ad hanc *l.* prolixe Jac. Gothofredum *libello singulari*.

6. In quæstione ergo, an apud magistratum aut tabellionem putativum gesta, eandem habeant firmitatem, quam ea, quæ coram veris sunt acta notariis aut magistratibus; rem omnem sequentibus posse distinctionibus comprehendi puto. Aut enim ab omnibus vel plerisque pro tabellione vel magistratu quis fuit habitus, aut a paucis tantum, qui eum adiverunt. Si a paucis tantum, nihil eorum quæ coram eo ab ipsis etiam ignorantibus gesta, subsistet; tum quia supinus & ita non excusandus error est, id ignorare, quod plerique norunt, & quod quis inquirendo diligenter, potuisset habere notum, *l. nec supina* 6. *l. regula* 9. §. *sed facti* 2. *ff. de juris & facti ignor.*, arg. *l. item si* 7. §. *proinde & si* 7. *ff. de Senatuscons. Macedon.*, & ut nemo debet esse ignarus conditionis ejus, cum quo, ita nec ejus, apud quem contrahit, actumque gerit, *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*. Tum etiam quia, uti privatorum pactis jurisdictio vel potestas publica dari nequit ei, qui eam non habet, sic ut inutile sit, quicquid a tali profectum est, *l. privatorum* 3. *C. de jurisdict. omn. jud. & foro compet.* ita nec privato, eoque non communi errore; ne alioquin id, quod ne expressus quidem potest consensus, operetur ipsum consensum excludens error. Quod si ab omnibus aut plerisque: videndum, utrum magistratus aut tabellionis titulum impetraverit ab iis, qui talem creandi potestatem habent, cum tamen in creato legale subesset impedimentum, quo minus crearetur: an vero nunquam hujusmodi functio ei vere delata sit. Si enim solummodo creditum vulgo fuerit, ipsum in tabellionum aut magistratuum numerum esse cooptatum; cum tamen nihil tale re ipsa contigisset, solus ille communis omnium aut plerorumque privatorum error non potest facere tabellionem aut magistratum, qui talis non est; eo quod singuli privatim errantes, etiam ut privati considerandi sunt, nec collectim considerari queunt, cum nullum commune negotium errore gesserint, nullumque appareat eorum commune factum. Ac proinde, licet omnes erraverint, omnes tamen atque singuli tanquam privati: sic ut & ratio superius adducta ex *l.* 3. *C. de jurisd. omn. jud.* hic quoque locum habeat. Et certe, si solus ille communis error sufficeret ad gestorum validitatem, non usque adeo suæ liberalitati Imperatores vindicassent, quod sustineretur testamentum, cui inter testes reliquos idoneos servus, omnium opinione liber existimatus, fuerat adhibitus, §. *sed cum aliquis* 7. *Instit. testament. ordinand.* Nec hisce repugnat, quod error jus facere dicitur in *l. supellectili* 3. §. *ult. ff. de supell. leg.* quodque cessat Macedoniani exceptio, si quis mutuum ei numeraverit, qui non vana opinione, sed plerisque paterfamilias credebatur, *l. si quis* 3. *ff. de Senatusc. Maced.* Etenim in *d. l.* 3. *de supellect. legata*, error communis populi circa vocis significationem jus facit, quia verba non auctoritate publica, sed usu populi, valere notum est. Et ut quis vel paterfamilias vel filiusfam. sit, ex privatorum arbitrio, ex fato, morte, accidentibus aliis dependet, licet publica non adsit auctoritas; ut proinde facilius communis populi opinio errantem, atque ita credentem excuset. Sed si quis ad tabellionis munus aut magistratus officium admotus fuerit per eos, qui ejus faciendi potestatem habent, quique errore communi ignorarunt impedimentum, quo muneri admotus vel ab initio inhabilis erat, vel post collatum ab initio rite munus inceperat inidoneus esse, ipse quidem scienter adspirans ad munus, illudve retinens contra leges, congruente pœna coercendus est, *l. Præses* 2. *C. si servus aut libertus ad decurionat. aspirav.* sed firmum nihilominus atque ratum manebit ex æquitate & humanitate, quicquid coram tali tabellione vel magistratu gestum, non per ignorantes tantum, sed & per scientes impedimentum, cum forte paucis illud innotuisset; non propter communem errorem, sed propter designationem seu electionem, & discusso errore subsecutam tacitam comprobationem eorum qui eligendi ac comprobandi potestatem habent, ut ante dictum, convenienter *legi tertiæ ff. h. t.* Vide Jac. Gothofredum *libello singul. ad d. l.* 13. *ff. h. t. n.* 3. Zoesium *ad Pand. h. t.* Besoldum *delibat. juris ad Pand. lib.* 1. *n.* 47. *pag.* 152. 153.

7. Cum vero penes nos moris sit, ut tabelliones non solum a provinciæ cujusque ordinibus, vel ordines repræsentantibus Curiis provincialibus, tanquam idonei comprobentur: sed insuper in illa urbe vel loco, ubi praxim exercituri sunt, a magistratu nominatim admittantur; duplex superesse potest dubitatio, quarum prima est, an valeant instrumenta tanquam publica, ab iis conscripta extra Provinciam illam, a cujus ordinibus aut Principe probati, & auctoritate publica donati sunt. Altera, an subsistant confecta per eos intra provinciam quidem ejus, qui ipsos publica instruxit auctoritate, sed tamen in alia urbe aliove loco, quam in quo praxeos exercendæ

licentiam obtinuerant. Priorem quod attinet, dicendum videtur, nullo modo publicam mereri fidem vel auctoritatem instrumentum, quod, verbi gratia, confirmatus per Hollandiæ Ordines tabellio in Ultrajectino Frisicove solo conscripsisset; aut admissus in Gallia, concedisset in Belgio. Quod enim pro publica habeatur persona, quod ejus acta sic publicam mereantur fidem, ut instrumenta alia publice apud acta exarata, id non aliunde est, quam ex potestate concedentis, qui, uti tanquam Princeps, publicam ipse potuit fidem facere, ita & fidei probatæ personis eandem tribuere potestatem. Cumque evidens sit, ipsum illum, qui hanc tabellioni fecit potestatem, si territorium suum egressus fuerit, pro privato habendum esse, *l. ult. ff. de off. præfect. urbi l. Præses provinciæ in sua* 3. *ff. de offic. præsidis*, absurdum prorsus esset, eum alteri tribuere id, quod ipse non habet, id est, potestatem faciendi fidem publicam in eo loco, in quo si ipse esset, nullam ipse posset publicam fidem mereri, contra *l. nemo plus* 54. *ff. de reg. juris*. Neque satis recte in contrarium allegaveris, conscribenda per tabellionem instrumenta ad voluntariam pertinere jurisdictionem, etiam extra territorii limites permissam exerceri, arg. *l. omnes* 2. *ff. de offic. procons. & legati*. Præterquam enim quod non satis apte exercitium officii tabellionis cum voluntaria jurisdictione componitur; considerandum insuper, ne ipsam quidem hanc voluntariam jurisdictionem extra territorium potuisse exerceri a proconsule, juxta *d. l.* 2. nisi ei a populo vel Principe, in omnes provincias imperium habente, id datum fuisset; dum unusquisque præses in sua provincia summum quidem habebat imperium, sed post Principem, *l. & ideo* 8. *ff. de offic. procons. & legati*. Quod non ita est in diversarum provinciarum aut regnorum, uni summo Principi non parentium tabellionibus, de quibus nunc sermo est, Boerius *decis*. 242. Paulus Voet de *statutis sect*. 4. *cap*. 3. *num. ult*. Alteram quæstionem quod attinet, an scilicet a Principe vel curia provinciali creatus, & in una provinciæ illius urbe admissus, si in alia ejusdem provinciæ urbe vel pago, in quo ad praxin admissionem haud impetravit, instrumentum conscripserit, publicam mereatur fidem, variatum invenio. Etenim cum ex constitutione Caroli V. 21. Martii 1524. *vol*. 2. *placit. Holl. pag*. 1381. *in fine*, prohibitum esset, ex hujusmodi instrumentis jus dici, aut ullam eorum in judicando haberi rationem: postea tamen ab illo rigore videtur recessum, dum *anno* 1608. 27. *Novembris d. vol*. 2. *pag*. 1457. *in pr*. decretum quidem ab Hollandiæ Ordinibus, inferendum esse instrumento creationis tabellionum, ne artem exerceant in aliqua Hollandiæ urbe aut pago, nisi impetrato prius scripto magistratuum dominorumve consensu; sed nulla reperitur addita nullitatis pœna. Nec satis recte subintellecta videri potest; eo quod verba prohibitoria non ad contrahentes actumve gerentes, sed ad tabelliones diriguntur; pœna autem nullitatis non in tabellionum, contra vetita facientium, sed in privatorum caput esset redundatura. Neque etiam probabile, sic Ordines voluisse minuere aut curiæ potestatem in totam provinciam, aut tabellionum fidem Curiæ comprobatione confirmatam, ut validitatem denegarent conscriptis intra provinciam instrumentis; sed magis ea constituisse, ut magistratuum ac dominorum urbis ac pagi cujusque honori consulerent & auctoritati; & ne falcem alienam extraneorum paterentur in suam messem, qui fidem artemque suam minori forte addixerant hominum universitati, voluisse præcavere, Jacob. Coren *observat*. 37. Henric. Kinschot *responso* 49. Groenewegen *ad Grotium manuduct. ad jurisprud. Holl. lib*. 2. *cap*. 17. *n*. 18. Imbertus *Instit. Forens. lib*. 1. *cap*. 70. *num*. 2. *ibique in notis*.

8. Ceterum prætores hodiernos urbanos vix quicquam cum Romanis commune habere; neque tam judices esse, quam potius eminentiores justitiæ ministros, advocatis fisci nostratibus similes, atque adeo in delictis accusatores, examinibus reorum & quæstionibus præsentes; in nonnullis etiam locis collegii judicum quasi directores, in aperto est. Vide Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit*. 1. *art*. 1. *n*. 6. Groenevvegen *ad l*. 2. *C. de custod. reorum*, & *ad l*. 12. *ff. de public. judic*. Paulum Voet *ad §*. 7. *Inst. de jure nat. gent. & civili*.

TITULUS XV.

De officio Præfecti vigilum.

SUMMARIA.

1. *Qualem habuerint potestatem præfecti vigilum, & quodnam eorum officium?*
2. *Eorum loco constituti postea prætores plebeii.*

1. Magistratus Romani vel ordinarii fuerunt, vel extraordinarii; extraordinariis annumeratus præfectus vigilum *leg*. 2. *§. & hac omnia* 33. *ff. de orig. juris*. Hujus officium erat, ut cohortibus per opportuna loca dispositis, præfectus incendia, furta, & effractiones arceret. Quem in finem modica ipsi data castigatio: nam non tantum severa interlocutione comminari poterat ignem negligentius habentibus, sed & fustigandi potestatem habebat, *l. nam salutem* 3. *§*. 1. 3. 4. *l. ult. ff. h. t.* adversus capsarios, qui vestimenta mercede susceperant in balneis servanda, si quid fraudulenter admisissent, judex erat, *d. l*. 3. *§. ult*. Sed si quem graviore dignum animadversione deprehenderet, ad præfectum urbi puniendum debebat remittere; neque enim ultimi supplicii infligendi jus ei competebat, *d. ll*. præterquam si servilis conditionis hominem in furto vel effractione deprehendisset, *l. pen. ff. de condict. caus. dat. caus. non secuta*; cum enim servi pro nullis haberentur jure civili, non mirum, majorem ei in servos potestatem competiisse, quam quidem in liberos, furti effractionisve reos: quomodo & in *tit. de officio prætoris* monstratum fuit, ipsos illos prætores, quibus sola civilis competebat jurisdictio, constituere potuisse, ut servi & viles personæ verberibus ob illatam injuriam coercerentur, *l. sed si unius* 17. *§. cum servus* 4. & 5. *l. si quis injuriam* 35. *ff. de injuriis*, nisi forte in *d. l. pen*. non jus, sed factum narrari dixeris; vel pro *præfecto vigilum* legendum putaveris *præfectum urbi*, quod tamen minus probabile, ob bis repetitam in *d. l. pen*. præfecti vigilum mentionem, & constantem textus lectionem; quæ aliis in locis, ubi emendatio non improbabilis est, variare deprehenditur.

2. Sed cum postea ex vilioribus eligerentur hi vi-

gilum præfecti, & obscurius ipsis a nocte ac tenebris daretur *nyctéparchorum* nomen, atque ipsi non raro cum furibus conspirarent: abrogato hoc magistratu Justinianus *prætores plebejos* constituit, ex viris undequaque honestissimis ac honoratissimis, puta illustribus, spectabilibus vel clarissimis eligendos, quibus & gladii jus concessum, *novell.* 13. *c.* 1. 3. 6. *& passim.* Vide plura apud Cujac. *ad d. nov.* 13. Pancirolum *notit. utr. imp. lib.* 1. *cap.* 17. *lib.* 2. *c.* 6.

TITULUS XVI.

De officio Proconsulis & Legati.

SUMMARIA.

1. *Quid proconsul, qualem habuerit potestatem, & an eam potuerit exercere, antequam suam esset ingressus provinciam?*
2. *Quænam præcipua fuerint proconsulum officia?*
3. *Proconsul adjunctum habuit legatum, cui mandabat jurisdictionem; nec alteri mandare poterat.*
4. *An legati proconsulis habuerint propriam jurisdictionem, & suo nomine eam exercuerint, an nomine proconsulis?*
5. *Legati proconsulum non habuerunt jurisdictionem criminalem; contra est in legatis Cæsaris.*
6. *Apud legatum proconsulis manumissio, adoptio & alii actus voluntariæ jurisdictionis expediri possunt; occurritur objectionibus.*

1. EXpositis urbanis magistratibus, restat ut de provincialibus agatur, inter quos primo loco proconsul proponitur; qui est vir spectabilis a Senatu missus in provinciam cum imperio consulari, distinctus a præsidibus, ac prætoribus, quippe qui in Cæsaris provincias mitti solebant, præcipue, postquam Augustus validiores quasdam provincias sibi vindicavit, debiliores populo reliquit. Sueton. *in vita Augusti cap.* 47. Rosinus *Antiquit. lib.* 7. *c.* 42. Perezius *in Cod. h. t. n.* 1. 2. Dictus *proconsul*, vel quia missus procul consul erat, vel quia consulis loco habebatur in provincia; maximam enim ibi post Principem habebat potestatem, & merum mixtumque exercebat imperium; omniumque, qui Romæ vel quasi magistratus vel extra ordinem jus dicebant, partes ad eum pertinebant, neque quicquam in ea erat provincia, quod non per ipsum expediretur, *l. si in aliam* 7. *in fine*, *l.* 8. 9. *ff. h. t.* Quam tamen potestatem exercere non poterat, nisi postquam in suam fuisset ingressus provinciam; eo excepto, quod voluntariæ jurisdictionis exercitium ei, quamprimum urbe egrederetur, competierit, ipseque proconsularia insignia, sex fascium usum & alia assumserit; uti rursus deponebat portam Romæ ingressus, *l.* 1. 2. *l. observare* 4. *§. ult. l. proconsules* 14. *l. ult. ff. h. t.*

2. Multiplicia ejus tum ante, tum post ingressum in provinciam observanda officia recensentur in *l. observare* 4. *§.* 3. 4. 5. *l. solent etiam* 6. *§. ult. l.* 7. 8. 9. *& passim fere ff. h. t. novell.* 95. *cap.* 1. *§.* 2. Præcipue cavendum, ne in hospitiis præbendis oneret provinciales; neve ultra xenia liberalitates provincialium majores admittat, *l. observare* 4. *in pr. l. solent* 6. *§. ult. ff. h. t.* qua de causa etiam suadetur ei, ut sine uxore proficiscatur: licet & cum ea proficisci possit; quo tamen casu Senatusconsulto cautum fuit *futurum, ut si quid uxores eorum, qui ad officia proficiscuntur, deliquerint, ab ipsis maritis ratio, & vindicta exigatur, d. l. observare* 4. *§. proficisci* 2. *ff. h. t.* cum alioquin maritus neque ex contractibus, neque ex delictis uxoris debeat obstrictus esse, *l. pen. C. ne uxor pro marito.* Nota scilicet Senatui erant mulierum multarum ingenia, quæ, dum ipsæ ab honoribus exclusæ sunt, maritorum tamen potentia ad avaritiam & concussiones non raro abutuntur, muliebri impotentia, perque suos viros ambitiosæ sunt. Neque omnibus ea, quam suæ materteræ Seneca adscripsit, mens est: *quæ per sedecim annos, quibus maritus ejus Ægyptum obtinuit, nunquam in publicum conspecta est, neminem provincialem in domum suam admisit, nihil a viro petiit, nihil a se peti passa est*; de consolatione ad Helviam *cap.* 17.

3. Proconsuli adjunctus legatus, cui proconsul mandabat jurisdictionem, si eam ipse aliis prapeditus exercere nollet: nec, legato præterito, eandem alteri poterat mandare; id enim puto velle Ulpianum, dum in *l. observare* 4. *§. ult. ff. h. t.* dicit, eum debere jurisdictionem *legato suo* mandare. Sicut autem mandare jurisdictionem, vel non mandare, est in arbitrio proconsulis; ita adimere mandatam jurisdictionem licet quidem proconsuli, sed non inconsulto Principe id facere debet, *l. solent* 6. *§. sicut* 1. *ff. h. t.*

4. Neque tamen ex hisce credendum est, legatum alienam tantum jurisdictionem exercuisse, nihilque proprio expedivisse jure. Tametsi enim nihil potuerit, antequam ea ipsi mandata esset; tamen post interpositum a proconsule mandatum, proprio jure, secundum potestatem sibi lege factam, pleraque legatum tractasse verius est: quippe quod non tantum a Pomponio innuitur, dum asserens, *legatos proconsulis nihil proprium habere, nisi a proconsule iis mandata fuerit jurisdictio*, *l.* 13. *ff. h. t.* eosdem post mandati intercessionem proprium quid habere, necessario supponit; ne alioquin exceptio videatur proponi, quæ de regula non est: sed & ex eo apparet, quod tutores dare possit, concesso sibi per orationem Divi Marci hoc jure, *l. pena ff. h. t. l.* 1. *§.* 1. *ff. de tut. & curat. dat. ab his.* Prævio tamen proconsulis mandato; licet alioquin alius, cui id a lege datum non erat, mandante præside vel proconsule id non potuerit, *l. nec mandante* 8. *ff. de tutor. & curat. dat. ab his.* Eoque facit, quod mandata jurisdictione, proconsul ei, inconsulto Principe, non potuerit eandem adimere, *d. l.* 6. *§.* 1. *ff. h. t.* cum ex adverso illis, qui nihil proprium habebant, sed beneficio alieno exercebant potestatem, illa arbitrio concedentis adimi potuerit secundum ordinariam mandati naturam, etiam in jurisdictione observandam, quoties non aliud nominatim cautum est, arg. *l. & quia* 6. *ff. de jurisdict.* Quibus adde, quod Judicis dandi potestatem habuerit, quæ tamen ei a proconsule delegari non potuit; cum proconsuli ipsi ista judicis dandi potestas non jure magistratus sed ex speciali lege competierit, *l. cum prætor* 12. *§. judicem* 1. *ff. de judiciis*, junct. *l.* 1. *ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Sed & huc confert, quod a legati decreto aut sententia ad ipsum fuerit proconsulem appellandum; sic ut, mulcta per legatum indicta, proconsul de ejus iniquitate cognoscere, & quod optimum fuerit, statuere potuerit, *l. appellari* 2. *ff. quis a quo appelletur*; cum tamen ab eo, qui alienam ex man-

dato exercet jurisdictionem, non appellandus sit ipse mandans, ne ab eodem ad eundem videretur appellari, in quantum mandatarius mandantem repræsentat; sed magis is, qui supra mandantem est, perinde ac si mandans ipse judicasset, *l. 1. §. 1. ff. quis a quo appelletur.* Ut proinde *mandatum* proconsulis hic non contineat jurisdictionis delegationem, sed magis jussum & admonitionem, ut legatus exerceat jurisdictionem suo nomine & jure suo sibi competentem, jam certus ex jussu, proconsulem isti negotio non vacaturum; cum, proconsule ita volente, nihil sit in provincia, quod non per ipsum proconsulem, exclusis ceteris, expediatur, *l. nec quicquam 9. ff. h. t.* eodem modo, quo & municipales magistratus, nondum definita per leges modica & magna patrimonii pupillaris quantitate, jussu præsidum tutores dabant, *§. sed hoc jure 4. Instit. de Attil. Tutore*, licet jus dandi tutores a lege datum esset omnibus magistratibus municipalibus, *l. jus dandi 3. ff. de tut. & curat. dat. ab his* junct. *l. muto 6. §. tutoris 2. ff. de tutelis, & §. nos autem 5. Instit. d. tit. de Attil. tutore*, & jussus ille tantum considerandus esset velut *conditio sine qua non* (ut loquuntur) qua deficiente nullum jus competebat, quaque ex adverso existente, jus illico nascebatur; sicut evenit in omnibus negotiis ex incerto conditionis eventu suspensis. Vinnius *de jurisdict. cap. 8. num. 12.*

5. Civilem autem legatus, non criminalem, habuit jurisdictionem, *l. solent 6. in pr. l. si quid erit 11. ff. h. t.* secus, quam est in legatis Cæsaris, qui, cum proconsulum instar sint, ac præsides provinciarum, etiam criminalem habent, *l. excipiuntur 14. ff. de Senatusc. Silan. & Claud.* junct. *l. hos accusare 12. ff. de accusation.* Cognitio tamen custodiarum, seu reorum custoditorum, legatis extra ordinem demandari potuit, ut præauditos dein ad proconsulem remitterent, aut absolvendos, si insontes essent, aut condemnandos, si nocentes, *d. l. solent 6. in pr. ff. h. t.*

6. Potuit & apud legatum proconsulis manumissio fieri & adoptio, aliique similes actus legitimi expediri, *l. apud proconsulem 17. §. 1 ff. de manumiss. vind.* Neque ulla ratio sufficiens, cur cum Gothofredo *in notis ad d. l. 17.* Vinnio *de jurisdict. cap. 8. num. 11.* & aliis, vulgatam legis istius lectionem vocemus in dubium, aut pro *sed & apud legatum ejus* substitueremus, *sed & apud legatum Cæsaris.* Cum enim tot alia majoris momenti possit legatus, mandante proconsule, tutores dare, suspectos removere, aliaque contentiosæ jurisdictioni annumeranda peragere, quidni & voluntariæ jurisdictionis actus ex jussu ejusdem explicare? cum leges id voluntaria, quam contentiosa jurisdictione permittenda faciliores esse constet, ex *l. 1. & 2. ff. h. t.* Et, si juridicus Alexandriæ, præfecto Augustali adjunctus, legis actionem habuerit, potueritque apud eum adoptari, *l. 1. ff. de offic. juridici*, absurdum fuerit, eam legato, qui proconsuli itidem adjunctus est, denegare potestatem: cum utique proconsuli simillimus fuerit habitus (sed potestate magis restricta) præfectus augustalis, sic ut & inter tit. de off. proconsulis & tit. de officio præsidis tractetur ipsius præfecti Augustalis officium, velut inter proconsulem præsidemque medii, *l. unic. ff. de offic. præfecti Augustal. l. 1. ff. de tut. & curat. dat. ab his*, imo & præfecto Augustali dicatur *imperium ad similitudinem proconsulis Augusti lege datum d. l. unic. ff. de offi. præf. August.* Ne dicam, usque adeo sibi similes fuisse legatos proconsulis & juridicum Alexandriæ, ut utrisque simul eadem oratione D. Marci datum fuerit tutoris dandi jus, *l. 1. §. 1. ff. de tut. & curat. dat. ab his, qui jus dandi tut. l. 2. ff. de offic. juridici.* Neque hisce insuper repugnat, quod a Marciano ac Ulpiano traditum, *apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem, nec adoptare potest; omnino enim non est apud eum legis actio, l. omnes 2. §. 1. & l. 3. ff. de offic. procons. & legati.* Agunt enim de legato proconsulis necdum provinciam ingresso, eo quod *d. §. 1.* cohæret principio *d. l. 2.* in quo principio de proconsule necdum ingresso provinciam sermo fuerat, adeoque mens fuit, differentiam constituere inter proconsulem ipsum, ac legatum ejus in eo apparentem, quod proconsul, ne frustra plane videretur uti insigniis proconsularibus, voluntariam habuerit ante ingressum in suam provinciam jurisdictionem: eandem vero tunc temporis & in itinere non habeat legatus, addita ratione, partim in *d. l. 2.* partim in sequente *l. 3.* (quæ secundæ cohæret, & sine ea nullum intellectum habet) *quia non habet jurisdictionem talem, & omnino non est apud eum legis actio.* Quod & verissimum; cum enim eo tempore legatus, nec dum provinciam ingressus, plane privatus sit, (uti vulgo & ipsi præsides ac magistratus alii extra suum territorium subsistentes, juxta *l. ult. ff. de offic. præf. urb. l. præses provinc. in sua 3. ff. de offic. præsidis*) atque adeo neque ullam prorsus jurisdictionem habeat, neque in ea conditione sit, ut illa ei per proconsulem, utpote provinciam necdum ingressum potuisset mandari; quid, quæso, mirum, si & legis actio ei ab Ulpiano tunc denegatur? nam licet proconsul legato jurisdictionem mandare possit; tamen non ante regulariter id ei permissum fuit, quam ex quo provinciam suam ingressus fuerat, *l. observare 4. §. ult. ff. h. t.* Nec dici poterat, proconsulem ante ingressum voluntariam saltem jurisdictionem, quam habebat, potuisse mandare, cum enim *mandare jurisdictionem* non sit voluntariæ jurisdictionis actus; consequens erat, proconsulem, sola præditum voluntaria jurisdictione, eadem non potuisse legato mandare, postquam autem in suam intravit provinciam, uti jurisdictionis mandandæ facultatem nanciscebatur, ita & penes legatum tunc jurisdictio esse potuit & legis actio, quod etiam Haloandri confirmat editio, secundum quam in *d. l. apud proconsulem 17. §. 1. ff. de manumiss. vindict.* expressum, apud legatum proconsulis manumitti posse, ex *quo provinciam ingressus est.* Neque movere quemquam debere quod quæ legati non nisi præcedente proconsulis mandato expedire queunt, ea ipsis non simpliciter denegari, sed potius simpliciter dicantur competere, velut tutoris datio, *l. pen. ff. h. t.* contra vero ea sola denegantur, quæ ne mandato quidem per eosdem fiunt, qualis est criminalis jurisdictio, *l. si quid erit 11. ff. h. t.* quibus conveniens videri posset, etiam negationem in *d. l. 3.* propositam sic accipiendam esse, ut nec præcedente jussu proconsulis apud eum ulla esset legis actio. Etenim primo, Juriscon-

sultus in *d. l.* 2. & 3. *ff. h. t.* versabatur in casu, quo nec ex mandato proconsulis legatus quid facere poterat; quia mandatum, a proconsule necdum provinciam ingresso interpositum, nullius momenti est. Sed & secundo, assertum istud non perpetuo observatum fuisse, evincit *l. legati* 13. *ff. h. t.* in qua, licet observatum sit ex supradictis, legatum plura habuisse propria, generalissima tamen elocutione asseritur, *legatos proconsulis nihil proprium habere.* Nec mutat quicquam, quod illic nominatim addita inveniatur limitatio, *nisi a proconsule iis mandata fuerit jurisdictio*; nam uti illam ibi subjungi necesse fuit, dum nulla alia præmittebantur aut subnexa erant ex quibus ista potuisset limitatio colligi; ita ex adverso in *d. l.* 2. & 3. *ff. h. t.* adjuncta inveniuntur talia ac præmissa, ex quibus manifeste satis colligi, atque subintelligi debeat ista limitatio, saltem per eos, qui proconsulis in jurisdictione mandanda potestatem ex aliis legibus jurisque principiis non poterant non perspectam habere.

TITULUS XVII.

De officio Præfecti Augustalis.

SUMMARIA.

1. *Quid, et unde dictus sit præfectus augustalis?*
2. *Qualem habuerit potestatem?*

1. PRæfectus Augustalis dicebatur, qui Ægypto, provinciæ Cæsaris validissimæ ac fertilissimæ erat præpositus. *Augustalis* appellatur ab Augusto, qui primus talem Ægypto præfecit, *l. unic. ff. h. t.* etiam *præfectus prætorio augustali*, *l. ult. C. h. t.*

2. Jurisdictionem habuit voluntariam ac contentiosam; nam & manumitti apud eum potuit, *l. apud præfectum* 21. *ff. de manumiss. vindicta*, & tutores per eum constitui, *lib.* 1. *pr. ff. de tut. et curat. dat. ab his etc.* & postulationibus interdici, *l.* 1. *C. de postulando*, & tributorum exactio fieri, adhibito etiam, si opus, militari auxilio, *l.* 1. *C. h. t.* Et si quis sese præfecti hujus sententia gravatum crederet, ab eo ad præfectum prætorio patebat appellatio, *l. præcipimus* 32. *pr. C. de appellation.* Cognovit insuper de delictis judicum sub se ordinariorum; ac licet pecuniariis potuerit eos coercere dispendiis, corporalibus tamen pœnis puniendi aut amovendi potestatem non habuit, sed ad principem de his debebat referre, *leg. quinque* 57. *Codic. de decurionibus*, *leg.* 2. *C. h. t.*

TITULUS XVIII.

De officio Præsidis.

SUMMARIA.

1. *Quid fuerint præsides in specie; quibus nominibus denotati, & an potuerint deportare?*
2. *Civilem & criminalem præses habuit jurisdictionem.*
3. *Nec egredi provinciam suam debuit, nec sponte se abdicare sine Principis consensu, nec intra quinquaginta dies a deposito officio discedere.*
4. *Generalia proponuntur monita a præsidibus & aliis observanda. Et quinam plenius scripserint de præsidum officiis.*

1. VAriis designati inveniuntur nominibus, qui ad regendas Cæsaris provincias mittebantur a Principe: nam & *Rectores provinciarum* appellati *tit. Cod. de offic. rectoris provin.* & *correctores*, & *Cæsaris legati*, *l. ex omnibus* 10. *l. pen. ff. h. t. l. diem* 4. *ff. de offic. assessor. l. hos accusare* 12. *ff. de accusation.* & *legati consulares*; eo quod cum imperio consulari præerant, ac plerumque ex viris consularibus eligebantur. Suetonius *in vita Tiberii c.* 41. 42. *ibique Torrentius in notis*. Et *legati prætorii* & *Proprætores*, utpote prætoriis Cæsaris provinciis præfecti, Torrentius *d. loco*, Salmasius *in not. ad Flav. Vopiscum cap.* 16. *p. mihi* 432. 433. denique & *præsides*, *l. pen. ff. h. d. l.* 12. *ff. de accusation.* Licet enim latius accepto *præsidis* nomine denotentur omnes, qui provincias quascunque regunt, atque adeo ipsi quoque proconsules, *l.* 1. *ff. h. t.* tamen strictiore sensu præsides dicti, qui Cæsaris provinciis erant propositi, a proconsulibus non uno distincti modo, nam cum consulibus duodecim fasces præferri solerent, proconsulibus sex, præsidibus tantum quinque prælati sunt, Brisson. *Antiq. lib.* 3. *cap.* 14. Præsertim vero in eo diversitas fuit, quod proconsulibus deportandi jus competierit, non item præsidibus hisce a Cæsare missis, *l. rei capitalis* 2. *§.* 1. *ff. de pœnis*, *l. inter pœnas* 6. *§. deportandi* 1. *ff. de interdict. & relegat. leg.* 1. *§. deportatos* 3. *ff. de legatis* 3. *l.* 1. *pr. ff. quando appell. sit. l. si quis filio* 6. *§. ejus, qui deportatur* 7. *ff. de injusto rupt. irrito.* Quod enim præsidibus jus deportandi seu civitatis adimendæ tribuitur in *l. si quis* 6. *§. ult. ff. de pœnis*, id latius sumpta præsidis voce intelligendum, quatenus & proconsules, jus deportandi habentes, præsidum veniunt appellatione *d. l.* 1. *ff. h. t.*

2. De cetero habuerunt præsides provinciarum, exemplo proconsulum, in sua quilibet provincia, majus imperium omnibus post Principem, ac ex omnibus causis, de quibus vel præfectus urbi, vel præfectus prætorio, itemque consules & prætores ceterique Romæ postremo cognoscunt, præsidum in provinciis notio est; omnia desideria provincialia, quæ varios Romæ judices habent, ad officia præsidum pertinent, sive voluntariam, sive contentiosam, sive civilem, sive criminalem concernant jurisdictionem, *l. Præses apud* 2. *l. præses* 4. *l.* 5. *l.* 6. *§. pen. l. ex omnibus* 10. *l.* 11. *l. congruit* 13. *ff. h. t.* Ex quo tamen præsides cœperunt subesse præfectis prætorio, jure singulari obtinuit, quod horreorum effractores, graviorem meriti animadversionem, a præside ad præfectum prætorio remittendi fuerint puniendi, *l. ex divi* 4. *C. de locato & conducto*, quodque si quis potentiorum in provincia extitisset insolentior, sic ut præsides ipsi aut vindicare aut examinare ac condemnare eum de facto propter contumacem potentiæ abusum non possent, id ad præfecti prætorio scientiam referretur, ut is publicæ disciplinæ & tenuioribus læsis sua consuleret auctoritate, *l. præsides* 2. *C. de offic. rectoris provin.*

3. Non licuit autem præsidi suæ provinciæ fines excedere, nisi voti solvendi causa, dum tamen non abnoctaret, *l. illud* 15. *ff. h. t. nov.* 95. *cap.* 1. nec

sine permissu Principis semel abdicare, *l. pen. ff. h. t.* nec intra quinquaginta ab officio deposito dies provincia excedere, ut medio tempore provincialibus detur ejus conveniendi & accusandi potestas, *novell.* 8. *cap. necessitatem* 9. *novell.* 95. *cap.* 1. *tot. tit. Cod. ut omnes jud. tant. civil. quam milit. etc.* adde Rittershusium ad *novell. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 12. *et seqq.*

4. Plura quoque præsidibus æque, ac aliis quibusvis judicibus & magistratibus observanda. Ut enim prætermittam, in universum a vitiis omnibus temperandum esse; dum experientia docuit & docet in dies, loquaces esse ac ingeniosas in magistratuum contumeliam & urbes & provincias, sic ut subinde etiam, qui culpam evitaverant, evitare tamen non potuerint infamiam, alia insuper nostris præscripta legibus monita: nam ut dona accipere, atque ita legum et provinciæ venditores esse prohibentur; ita xenia, consumenda in proximos dies esculenta et poculenta, neque avare admittere neque morose in totum spernere jussi: quasi inhumanum valde fuerit, a nemine accipere; sed et passim, vilissimum; ac omnia, avarissimum *l. solent* 6. *§. ult. ff. de offic. procons. et legati leg. plebiscito* 18. *ff. h. t.* Ad hæc in adeundo faciles quidem se præbeant, sed contemni non patiantur; eaque de causâ in ulteriorem familiaritatem provinciales non admittat, cum ex conversatione æquali contemtus dignitatis nascatur. Sed et in cognoscendo neque excandescere adversus eos, quos malos putant, neque calamitosorum precibus illachrymari oportet: id enim constantis et recti non est judicis, cujus animi motum vultus detegit, *l. observandum* 19. *ff. h. t.* Quamvis enim, Seneca teste *lib.* 1. *de ira cap.* 1. verum sit affectus vix occultari, *ibidem metumque et audaciam dare sui signa, et posse prænosci; neque ulla vehementior intra cogitatio sit, quæ non moveat in vultu*, in judicando tamen ipsis iræ, odii, amoris, miserationis affectibus abstinendum esse, idem Seneca *dicto libr.* 1. *de ira cap.* 14. *et seqq.* prolixe docet; ubi inter alia, *nil minus quam irasci punientem decet; cum eo magis ad emendationem pœna proficiat, si judicio lata est*, et mox; *ergo ad coercitionem errantium sceleratorumque irato castigatore opus non est. Nam cum ira delictum animi sit, non oportet peccata corrigere peccantem.* Et rursus: *procedam in tribunal non furens nec infestus, sed vultu legis; illa solemnia verba severa magis gravique, quam rapida voce concipiam, et agi jubebo non iratus, sed severus. Ut cum cervicem noxio præcidi imperabo, et cum parricidam insuam culeo, et cum mittam in supplicium militare, et cum Tarpejo proditore hostemve publicum imponam, sine ira eo vultu animoque ero, quo serpentes et animalia venenata percutio etc.* Ad hæc prospicere jubetur præses, *ut non acerbum se exactorem aut contumeliosum præbeat, sed moderatum, et cum efficacia benignum, et cum instantia humanum; cum inter insolentiam incuriosam, et diligentiam non ambitiosam multum intersit*, Ulpiano Auctore, *l. si bene* 33. *ff. de usuris*. Plura qui de magistratuum ac judicum officiis desiderat, videat Lambertum Goris *in commentario ad d. d. l.* 19. *ff. h. t. post adversaria juris subcisiv.* meam orationem *de offic. judicis*, et de præsidibus Carolum Sigonium *de antiquo jure provinciarum lib.* 2. *cap.* 1. 2. 4. 5. 6. 9.

TITULUS XIX.

De officio Procuratoris Cæsaris.

SUMMARIA.

1. *Quis fuerit procurator Cæsaris, quodnam ejus officium, & qualem habuerit potestatem?*
2. *Criminalem habuit jurisdictionem cum præsidis vice fungebatur.*

1. PRocurator Cæsaris, aliter rationalis dictus, & rationalis summæ rei, *inscrip. l. dominicis* 7. *C. ubi causæ fiscal.* procurator divinæ domus, *l. cum aliquid* 8. *C. ubi causæ fiscal.* & curator Cæsaris *l. ult. ff. h. t.* non tam juris dicendi causa constitutus fuit, quam potius rerum administrationi præpositus. Erat enim præcipuum ipsius officium, ut fisci commodis invigilaret usque adeo, ut, licet proconsules præsidesque cuncta in provinciis expedire possent, melius tamen facturi dicantur, si a fiscalibus pecuniariis causis abstineant, *l. nec quicquam* 9. *ff. de offic. procons. & legati, l. non animadvertimus* 2. *ubi causæ fiscales*. Proinde si de bonis vacantibus, aut propter delictum fisco vindicandis quæstio esset, ipse cognoscebat; non tantum post sententiam, sed & ante, quoties sceleris conscientia quis credebatur sibi mortem conscivisse, *l.* 1. 2. *Cod. ubi causæ fiscales*, & delata Cæsari aut servo fiscali hereditate, aut jussu ejus servus fiscalis adibat, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *ff. h. t.* De cetero neque criminalem, neque civilem habuit jurisdictionem, *l. procuratores* 2. *C. de modo mulctarum lib. ult. ff. h. t.* nisi quod jure posteriori de causis inter fiscum & privatos ventilandis cognoscere potuit, *l. si adversus* 5. *l.* 3. *C. adversus fiscum, l. cum vendente* 4. 5. *& tot. tit. Cod. ubi causæ fiscal.* & ex prorogatione, inter duos privatos, *l.* 1. *C. jurisdict. omn. judic.*

2. Si tamen minoribus in provinciis præses non esset, (uti id frequens erat) procurator Cæsaris, præsidis vice fungens etiam, potestatem ejus in plerisque, atque adeo criminalem quoque jurisdictionem ac merum imperium exercebat, *l. procurator* 2. *Cod. de pœnis, l. non valet* 4. *Cod. ad leg. Fab. de plagiariis, l.* 1. *Cod. de pedan. judicib. l. procurator* 3. *C. ubi causæ fiscal.* Unde & apud historiæ Augustæ Scriptores sæpissime præsidum appellatione designatos fuisse illos, qui proprie procuratores Cæsaris erant, sed præsidis vice fungentes, docet Cujacius *parat. ff. h. t.* Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 5. 15. Adde Brissonium *select. antiqq. lib.* 3. *cap.* 18. & 20.

TITULUS XX.

De officio juridici.

PRæfecto Augustali additus fuit juridicus Alexandriæ, qui voluntariam jurisdictionem habuit, *l.* 1. *ff. h. t.* ac tutoris dandi potestatem, *l.* 2. *ff. h. t. §. nos autem* 5. *Instit. de Attilian. tut.* actorum quoque conficiendorum, insinuationis donationum conscribendæ, & alia similia expediendi jus, *l. unic. C. h. t.* Adde Cujacium *paratitl. C. h. t.*

TITULUS XXI.

De officio ejus, cui mandata est jurisdictio.

De mandata jurisdictione, ac mandatarii officio & potestate, cum plenius tractem *tit. de jurisdictione*, explicationem suam hic titulus ibidem inveniet.

TITULUS XXII.

De officio Assessorum.

SUMMARIA.

1. *Majores magistratus habuerunt suos assessores, qui jus suggerebant, & ex imperitia litem suam faciebant.*
2. *In quibus constiterit assessoris officium.*
3. *Nemo eodem tempore in duobus auditoriis simul adsidere potest, aut in uno assessoris, in altero advocati munere fungi.*
4. *Nec in sua patria adsidere magistratui majori, potuit tamen curatori reipublicæ.*
5. *An integrum anni totius salarium fuerit debitum, si assessor aut præses in medio anni mortuus fuisset, aut successorem accepisset.*
6. *De reliquis præsidum & judicum ministris quod per 50. dies ab officio finito debuerint in provincia manere.*

1. Assessores, juris studiosi ac periti, integræ famæ viri, sive ingenui, sive libertini *l. 1. 2. ff. b. t.* majoribus assidebant magistratibus, qui juri dicundo præerant, ut ipsis, utpote sæpe juris non peritis, suggererent, quid in unaquaque causa statuendum esset. Unde, & si male judicatum esset, si jus novum datum, non id magistratibus nocebat, sed ipsis assessoribus, qui ex suggestione perperam facta litem suam faciebant, vel jure novo concesso debebant uti; nisi præsides aliique similes, spreto horum consilio, ipsi dolo malo contra jura quid statuissent, *l. hoc edicto 2. ff. quisque juris in alt. statuer.* Non enim potuisse magistratus, nisi ex assessorum consilio, jus dicere, tum ex *d. l. 2.* tum ex Achille Tatio, Seneca, aliisque ostendit D. Noodt *de jurisd. lib. 1. cap. 11.*

2. Consistebat eorum officium in eo, ut rogati epistolis, libellis, cognitionibus, postulationibus, edictis, decretis legendis, formandis, audiendis, vacarent, *l. 1. ff. b. t.* Gothofred. *in not. ad leg. 2, ff. quod quisque juris in alt.* subscribere tamen libellis poterant, licet præses permitteret, nec causas audire & absente magistratu judicare, *l. præsides 2. l. pen. C. de assess. & domest. & cancell. jud.* sed jure novellarum præses iis cognitionem demandare potuit, ultima cognitione & sententiæ publicatione sibi reservata, *auth. ad hac C. de judic. novell. 60. cap. illud etiam 2.*

3. Nemo autem eodem tempore assessoris simul & advocati munere fungi potuit, neque in eodem, neque in diversis magistratuum diversorum auditoriis, nec eodem tempore duobus simul magistratibus assidere; ne, dum ad utrumque festinat, neutrum bene peragat, *l. ult. C. d. t. de assess. & domest.* Nec contrarium est in *l. pen. ff. b. t.* quippe cujus constructio & sensus est, negotia consiliarii seu assessoris, eo tempore, quo assidet, tractari non posse in eodem auditorio, ne contingeret, assessorem in sua causa jus præsidi suggerere, & ita quasi judicem fieri in propria causa; in alio vero auditorio, in quo non assidet, ea recte tractari; cum ita non sit in sui commodum jura suggesturus. Ut proinde non sit quæstio, an assessor postulare possit; sed an assessoris causa possit tractari. Nihil facit, quod officium ejus in *postulationibus* consistere dicitur *l. 1. b. t.* id enim non alio sensu accipiendum, quam, quod magistratum instruere teneatur, ne quid apud eum contra edictum de postulando, sive personarum postulantium, sive causarum intuitu fiat, juxta ea, quæ traduntur in *l. nec quicquam 9. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. ff. de offic. procons. & legati.*

4. Nemo quoque in sua patria assidere potuit, nisi specialiter a Principe id impetrasset, *l. in consiliariis 10. C. de assess. & domest. l. si cui 38. ff. ex quib. caus. majores, l. si eadem 2. ff. b. t.* aut curatori Reipublicæ seu civitatis assideret, quia publico salario non fruitur, *l. ult. ff. b. t.* Considerandum enim, illis quidem qui præsidibus, seu moderatoribus provinciarum assidebant, salarium ex publico fuisse constitutum; at non ita illis, qui minoribus assidebant magistratibus, adeoque nec his, qui assidebant curatori reipublicæ seu civitatis. De quo vide Donellum *comment. jur. civil. lib. 18. cap. 2.* vers. *postremum*, Brissonium *antiq. lib. 1. cap. 12.*

5. Ceterum salario annuo ipsis constituto, illud in totum debebatur, licet in medio anni præses diem functus esset, si modo postea assessores per reliquum anni tempus operam magistratibus aliis non addixissent, *l. diem 4. ff. b. t. l. sed addes 19. §. ult. ff. locati.* Idemque obtinuisse videtur, si assessores ipsi medio tempore in fata concessissent, arg. *l. si quis in sacris 11. in fin. Cod. de proximis sacr. scrinior. l. post duos 15. in fin. C. de advoc. divers. judic., l. 1. §. divus 13. ff. de extraordin. cognit.* cum his in casibus per eos non staret, quo minus ad anni totius finem munus adimplerent, *l. sed addes 19. §. pen. l. qui operas 38. ff. locati*, diversum plane servatum, si vel ipse præses, vel etiam assessor, ante tempus remotus, successorem accepisset, *d. l. diem ff. b. t.*

6. Cum assessoribus non confundendi ceteri præsidum & judicum domestici atque cancellarii, de quibus DD. *ad C. b. t. de assessoribus & domesticis & cancellariis judicum*, quibus tamen omnibus id fuit commune, quod totis ab officio finito quinquaginta diebus in loco sui auditorii commorari debuerint, conveniendi, si quid contra justitiam, aut muneris rationem commisissent, *l. consiliarios 3. l. nullus 8. C. b. t. de assess. & domest.*

LIBER SECUNDUS.

TITULUS I.

De Jurisdictione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit jurisdictio in sensu angustiore vel latiore; qui eam habeant, qui non, & in quibus jurisdictio a notione distinguatur?*
2. *Ad notionem nudam qua pertineant: jure novissimo ipsos magistratus judicantes & facientes ea, quæ vulgo notionis sunt, facere vi jurisdictionis. Sed si ea committant Judicibus a Justiniano designatis, hos omnia facere jure notionis simplicis, non jurisdictionis.*
3. *Proponitur divisio jurisdictionis in voluntariam & contentiosam, ac quæ sint inter utramque differentia.*
4. *Sunt tamen actus quidam medii, qui proprie nec ad voluntariam, nec ad contentiosam reduci possunt.*
5. *Altera divisio est, quod vel civilis sit, vel criminalis; & probatur, criminalem in usu juris notam esse.*
6. *Tertia proponitur divisio in ordinariam & extraordinariam seu legitimam. Exempla dantur extraordinariæ. Et quid sit, jure magistratus aliquid competere; vel ex adverso competere ex lege?*
7. *Quarto dividitur in propriam & demandatam; quid sit utraque, & quibus jurisdictio mandari possit?*
8. *Quales jurisdictionis actus aliis demandari possint, quales non; an criminalis jurisdictio in casu absentiæ; & cui illa tunc fuerit demandanda?*
9. *Monstratur, jurisdictionem criminalem etiam mandari posse in casu infirmitatis.*
10. *Non tantum jurisdictionem criminalem legis Juliæ de vi, sed & aliam quamcumque in casu absentiæ, vel infirmitatis posse mandari.*
11. *Jurisdictio demandata non potest iterum alteri per mandatarium delegari; qua occasione explicatur* lex 5. de judiciis.
12. *Nisi talis sit, cui a Principe jurisdictio mandata est; quales illi fuerint, & quæ ratio exceptionis, quod nempe propriam exercuerint jurisdictionem.*
13. *Mandata jurisdictio a lege non datur, sed confirmatur. Illustratur* l. pen. ff. de judiciis.
14. *Quid sit jurisdictio prorogata?*
15. *An fieri prorogatio possit judici ignoranti; & an in prorogationem consentire debeat is, cujus alias ea de re notio fuisset?*
16. *Etiam minoribus magistratibus recte fit, ut & mandatariis jurisdictionis, si ipsis generaliter jurisdictio mandata sit; non si specialiter unus actus.*
17. *Non potest fieri collegiis, quibus tantum certæ causæ sunt demandatæ judicandæ; nec foris privilegiatis.*
18. *Quo modo fiat tacita prorogatio per aditionem judicis non competentis ab utroque litigante, ac sciente, sponte factam? quo modo per litis contestationem, si per errorem uterque sponte adiverit? qua occasione explicatur* lex 4. C. h. t.
19. *Solvuntur objectiones contra superiorem sententiam.*
20. & 22. *Si actor reum invitum in jus vocaverit ad non competentem judicem, reus non censetur prorogasse jurisdictionem, nisi litem contestetur, aut cautionem ab actore exigat, vel dilatorias alias opponat exceptiones, etiamsi illæ admissæ sint.*
21. *An arresto detentus post interpositam cautionem adhuc possit fori declinatoriam exceptionem opponere?*
23. *Actor, qui reum vocavit ad judicem competentem, vel etiam ad non competentem, non potest deinde invito reo litem ad aliud forum transferre, licet reus necdum litem cum actore fuisset contestatus. Utcunque alicubi contrarium dicatur usu fori receptum esse.*
24. *Respondetur ad objectiones.*
25. *Non censetur prorogasse jurisdictionem qui invitus viribus prætura compulsus litem movit, vel excepit apud judicem incompetentem.*
26. *Proponitur conciliatio quorundam inter* l. 18. ff. h. t. & l. pen. C. de pactis *ac reprobatur.*
27. *Nova conciliatio tentatur.*
28. *Prorogatio pacto facta heredem prorogantis tenet; non tamen Ultrajecti.*
29. *Uti & viduam prorogantis ac maritum ejus secundum jure maritalis potestatis conventum ex negotio prioris mariti, posito jure hodierno, quod uxor ex viri contractu obligatur. Contra tamen Ultrajecti.*
30. *Non tamen fidejussorem prorogantis.*
31. *Generalis prorogatio sufficit, nisi specialis statuto desideretur, quod de Hollandiæ & aliarum quarumdam regionum curiis provincialibus cautum est, sed in aliis mediis Hollandiæ tribunalibus locum non habet.*
32. *Si is, qui prorogationem fecit, in territorio moretur, ad nudam citationem sine rerum aut personæ apprehensione se sistere tenetur.*
33. *An prorogatio fieri possit ratione loci?*
34. *An temporis intuitu?*
35. *De prorogatione respectu personarum, & quantitatis, & quid hodie in his obtineat.*
36. *Recensentur casus ex jure hodierno, quibus jure singulari prorogatio reprobata fuit, veluti in quæstione assecurationis, litibus minoris quantitatis &c.*
37. *An in causis criminalibus prorogatio valeat?*
38. *Jurisdictioni cohæret imperium; quid id sit; et an etiam in voluntaria jurisdictione inveniatur?*
39. *Quid sit merum imperium, et in quibus consistat?*
40. *An merum imperium in sola punitione; et unde dicatur imperium merum?*
41. *Municipales magistratus habuerunt merum imperium; moribus omnino; uti et Curiæ provinciales.*

42. *Quid sit imperium mixtum, et quæ eo pertineant?*
43. *Natura distinctum esse imperium mixtum a jurisdictione, et cur plura in jure quandoque imperio, quandoque jurisdictioni adscribantur?*
44. *Plenius adstruitur, mixtum imperium a jurisdictione distinctum esse.*
45. *Jurisdictio hodie sæpe consideratur, ut patrimoniale quid? in altam, mediam, et bassam dividitur; quibus remediis juris defendatur, et qui prolixius de ea ex usu hodierno scripserint.*
46. *Extra territorium jus dicenti, aut iis, qui in territorio non sunt, nec ibi bona habent, impune non pareri ei et tunc, aut apparitori ejus, vim inferenti, jure resisti.*
47. *Recensentur tamen casus, ex jure Romano et hodierno, quibus vel jus dicitur ei, qui in territorio alterius magistratus, illo præsertim in id consentiente.*
48. *Non potest judex excedere jurisdictionem suam certa quantitate limitatam; nec sententia valeret usque ad summam concurrentem.*
49. *Quid juris, si plures quantitates petantur, quæ singulæ jurisdictionem non superant, coacervatæ excedunt?*
50. *Nemo sibi vel suis jus dicere potest, ac ne collegia quidem privilegiata.*
51. *Nisi adversarius consentiat, vel prætor definiat, an sua sit jurisdictio; vel quæstio sit de jurisdictione voluntaria; vel Principi lis cum alio intercedat.*
52. *Par in parem aut superiorem non habet imperium; nisi is se sponte subjiciat; quid juris si magistratus major in alterius magistratus, dignitate minoris, territorio litiget aut delinquat? & quid si unus ex duobus territorii ejusdem toparchis in territorio communi delinquat?*
53. *Quibus modis probetur jurisdictio? remissive; & si inter Baillivos duos confines iis sit de jurisdictione, an suo, an publico sumtu litem illam expediant?*
54. *Cessat jurisdictio morte ejus, cui concessa; mandata morte mandantis; nisi patrimonialis sit lapso tempore; abdicatione facta ex Principis consensu.*
55. *Cessat etiam revocatione concedentis. Et quid juris si quis hodie abutatur graviter sua patrimoniali jurisdictione?*
56. *An præscriptione? remissive.*
57. *De albo corrupto et pœna ex jure Romano et moribus; et an privata auctoritate quis avellere possit programmata, quibus sua bona per alium non jure proscripta videt?*

1. Jurisdictio, prout latius angustiusve accepta fuit ab interpretibus, alias atque alias descriptiones sortita est. Qui enim etiam dixerunt *notionem vel potestatem judicandi et exsequendi causas jure magistratus competentem*, strictissimo sensu definiverunt eam, quæ jurisdictioni a lege, Senatu, vel Principe nominatim datæ opponitur in *l. muto* 6. §. *tutoris* 2. *ff. de tutelis*. Qui eam voluerunt esse *potestatem judicandi judicatique exsequendi in causis civilibus*, in latiore jurisdictionem significatione considerarunt, sic ut præter eam, quæ jure magistratus competit, complectatur etiam speciali lege, senatusconsulto, vel constitutione concessam, meroque tantum imperio opponatur; juxta *l. imperium* 3. *ff. h. t. l. cui eorum* 3. *ff. de postulando l. cum hi* 8. §. *sed nec mandare* 18. junct. *pr. ejusdem l. ff. de transaction.* Latissime vero sumta, describi potest *potestas publica judicandi & exsequendi causas sive civiles, sive criminales*. Vel etiam *notio magistratui competens cum decernendi & exsequendi potestate, sive ordinaria, sive lege data, l. si in aliam* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *ff. de offic. procons. & legat. l.* 1. *ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Adde D. Noodt *de jurisd. lib.* 1. *cap.* 1. qualem potestatem publicam etiam penes Senatum fuisse, constat arg. *l.* 1. §. 2. *ff. a quib. appell. non licet*, ac penes Principem; quippe qui magistratuum creandorum ac jurisdictionis dandæ potestate præditus, non potest ipse ea destitutus esse, arg. *l. unic. in pr. ff. ad leg. Jul. de ambitu*, & Principes Romanos sæpe juri dicundo vacasse, ex decretis Principum, ex Suetonio, Tacito, aliisque indubitatum est. Adde *leg. proxime* 3. *ff. de his, quæ in testam. delent.* Hac vero publica potestate cum careant electi partium compromisso arbitri, etiam nec jurisdictionem, nec notionem proprie dictam habent; uti nec jurisdictionem, sed notionem solam habent judices pedanei; carentes quippe exsequendi jure, dum magistratus ipsi judicum a se datorum judicata exsequuntur, *l. a D. Pio* 15. *in pr. ff. de re judicat. l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integr. restitut.* Latius sane notionem patere, quam jurisdictionem, haud dubium; cum notio & cognitionem & jurisdictionem complectatur, *l. notionem* 99. *ff. de verbor. signif.* pertineatque etiam ad eos, qui jurisdictionem non habent, *l. ait prætor* 5. *ff. de re judic. l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integr. restit.* sic ut velut genus considereretur, sub se jurisdictionem & oppositam ei cognitionem seu notionem simplicem comprehendens. Cumque jurisdictio non ad civiles tantum, sed & criminales causas pertineat, ut pluribus monstrabitur; mirum non est, notionis nomine, ut civilis sæpe designatur jurisdictio, *l. ult. in fine ff. de oblig. et act. l. cum hi* 8. §. 1. *ff. de transact.* ita ipsam quoque criminalem venire in *l.* 1. §. *initio* 4. *ff. de offic. præfecti urbi l. ex omnibus* 10. *ff. de offic. præsidis*.

2. Ceterum simplex notio in nuda cognoscendi judicandique facultate consistit, executione illis relicta, qui jurisdictionem habent, *d. l.* 15. *ff. de re judic. d. l. ult. C. ubi et apud quem cognit. in integr. restit.* ad eamque spectant, quæ cognitioni causarum ac definitioni subservire queunt. Qualia sunt, veritatis indagandæ gratia in causis dubiis jusjurandum deferre, *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*, rerum litigiosarum dolo culpave, per reum præstanda, peremtarum facere æstimationem; aut auctori permittere, ut ipse interposita jurisjurandi religione vel ex veritate vel ex affectione, pro doli culpæque modo & judicii cujusque natura, rei in judicium deductæ æstimationem declaret, *l. videamus* 4. *et tot. tit. ff. de in litem jurando*, excludere jure probandi, dum vel confessus est reus, eo ipso pro judicato plerumque habendus *l.* 1. *l. pen. ff. de confessis*, *l. proinde* 25. *in fine ff. ad leg. Aquil.* vel præfinita probationibus faciendis tempora elabi passus est, cui probandi incumbebat onus, juxta *l.* 1. *C. de dilationib.*

jubere caveri cautionibus, sive judicialibus, sive communibus, quoties has communes judex pendente lite interponi decernit, *§. 1. et ult. Instit. de divisione stipulation.* jubere, rem litigiosam post litem contestatam in æde sacra deponi, donec satisdetur, veluti, cum judex familiæ erciscundæ instrumenta communia hæreditaria arbitratur in æde sacra deponenda esse, donec unus ex hæredibus cautione præstita eorumdem in se susceperit custodiam, *l. si qua sunt* 5. *ff. famil. ercisc.* Sane si ante litem contestatam prætor rem mobilem ob non præstitam de sistendo cautionem deponi jusserit, donec satisdetur, ad jurisdictionem potius, quam simplicem notionem hunc actum retuleris, tanquam ab eo, qui jurisdictioni præest, interponendum, *l. si fidejussor* 7. *§. ult.* junct. *l.* 5. *§.* 1. *ff. qui satisd. cog. §. sed hodie* 2. *Inst. de satisdation.* Quin imo ex quo per Diocletianum & Maximianum præsides ipsi cognoscere ac judicare jussi sunt, in subsidium tantum ob impedimenta graviora relicto ipsis judicum dandorum arbitrio, juxta *l. placet nobis* 2. *Cod. de pedan. judicib.* actus hosce omnes per magistratum ipsum expediendos, velut a jurisdictione ipsorum, non a simplici notione proficiscentes, jurisdictioni accensendos existimo. Confer Vinnium *tract. de jurisd. cap.* 5. *num.* 2. indeque natam inscriptionem hujus tituli in Codice, qua omnibus judicibus jurisdictio tribuitur, *de jurisdictione omnium judicum et foro competente.* Ut tamen jus vetus nudamque notionem sine jurisdictione etiam ad ipsius usque Justiniani tempora obtinuisse putem, quoties ob negotiorum multitudinem, aliamve justam causam a magistratu judices dabantur ex præscripto *d. l.* 2. *et l. ult. C. de pedan. judicibus* & ex *novell.* 82. *c.* 1. *et seqq.* quamvis enim illic certi sint a Justiniano designati, quibus causæ per magistratus committendæ essent; illos tamen ad instar veterum judicum pedaneorum, solam cognoscendi ac judicandi, non item exsequendi habuisse potestatem, verius est; cum in *d. nov.* 82. nuspiam executionis jus ipsis inveniatur tributum, aut hac in parte quid innovatum, ac passim nihil aliud injungatur, quam ut audiant negotia & examinent, ac sua definiant absolutione vel condemnatione; atque insuper æque ac jure veteri, ab hisce datis ad dantes facienda sit appellatio, *d. nov.* 82. *cap. illo* 4. 5. nec alia de causa certi sint designati, quam ne legum ac negotiorum imperiti darentur, *d. nov.* 82. *in præfat.* Nihil in omnem eventum mutante illa certarum personarum ex Zenonis & Justiniani constitutionibus designatione; quia & olim non promiscue quilibet, sed ex solis in quinque decurias judicum relatis; atque adeo selectis, a prætore dati, ut pluribus docet D. Noodt. *de jurisd. lib.* 1. *cap.* 13. *in pr.* præterquam quod & olim subinde magistratus pedaneum dederunt judicem, ex auctoritate Principis ac peculiari rescripto dato nominatim declaratum, *l. ult. ff. quis a quo appell. l.* 1. *§. si quis* 3. *ff. de appell.*

3. Quibus vero, & qualis cuique jurisdictio competat, non satis commode assequemur, nisi prius species ejus, variasque recenseamus divisiones. Vulgatissima est, quod alia *voluntaria* sit, alia *contentiosa*. Illa, quæ inter volentes exercetur, veluti adoptio, manumissio, emancipatio: quæ tamen, si alterutro invito decernatur, in contentiosam procul dubio degenerabit; ut id est in casibus *l. nonnunquam* 32. *ff. de adoption. l. si cui legatum* 92. *ff. de condit. & demonstrat.* Hæc est, quæ inter invitos causæ cognitione intercedente exerceri potest, *l. omnes* 2. *ff. de offic. procons. & legati*; etiamsi non semper re ipsa inter invitos, sed subinde etiam inter volentes locum inveniat, in judiciis præsertim divisoriis, dum quisque communionis pertæsus, simul cum adversario ad judicem festinat, ad separationem contendit, ac post sententiam avide divisionis adjudicationisve effectum exoptat & executionem, arg. *l. in tribus* 13. *& l.* 14. *ff. de judiciis*, ut proinde sufficiat, adesse cogendi potestatem, casu quo quis reluctari velit & refractarius esse: eoque pertinent actiones omnes, & quæ actionum instar obtinent, enumerata in *l. actionis* 37. *ff. de oblig. & action.* Multis autem modis voluntaria distat a contentiosa: in quantum neque tribunal desiderat, sed omni loco & tempore exercetur, ipsisque etiam feriatis diebus, *l. actus* 8. *C. de feriis*, *§. pen. Instit. de libertinis*, nec respuit, quo minus quis sibi suisque jus dicat, *l.* 1. 2. *ff. de offic. prætoris*, *l. si consul* 3. *&* 4. *ff. de adoption. l. si rogatus* 20. *§. ult. ff. de manumiss. vind. l. un. §. ult. ff. de offic. consulis*, atque etiam a proconsule nec dum ingresso provinciam expediri potest, *l.* 1. 2. *ff. de offic. procons. et legat.* quæ omnia in contentiosæ jurisdictionis actibus aliter servantur, *de l.* 1. 2. *ff. de offic. procons. et leg. l. qui jurisdictioni* 10. *ff. h. t. d. l. actus* 8. *C. de feriis*.

4. Sciendum tamen, quædam esse, quæ nec in universum ad voluntariam, nec ad contentiosam satis apte retuleris; sed quæ velut medium inter utramque videntur obtinere. Qualia sunt, tutoris datio, impuberis adrogatio, manumissio ex capite secundo legis Æliæ Sentiæ, decreti interpositio de alienatione bonorum pupilli, vel transactione super alimentis futuris testamento relictis, donationum insinuatio, apertura testamenti, oblatio, consignatio & depositio pecuniæ in judicio, aliaque similia: in quantum enim in hisce vel interponenda est causæ cognitio, vel quod petitur non semper obtinetur, vel in propria causa non satis recte hæc a judice expediuntur, ad contentiosam jurisdictionem propius accedunt. Quatenus vero nec adversarius & directus contradictor in hisce solet intervenire, nec feriæ actibus hisce expediendis impedimento videntur, arg. *l.* 2. *ff. de feriis*, voluntariæ jurisdictionis actus imitantur.

5. Insuper alia *civilis* est, quæ circa causas civiles versatur; *criminalis* alia, quæ circa causas criminales. Ac licet hæc frequentius imperii meri appellatione veniat, de quo in sequentibus; tamen sub plenissima jurisdictionis denominatione comprehensa est: ex eo enim quod *plenissimam jurisdictionem* proconsul haberet, Ulpianus colligit, omnium partes, qui Romæ vel quasi magistratus, vel extra ordinem jus dicunt, ad ipsum pertinere, nec quicquam esse in provincia, quod non per eum expediatur; *l. si in aliam* 7. *§. cum plenissimam* 2. *l.* 8. *l.* 9. *ff. de offic. procons. et legat.* Ac frustra est Arn. Vinnius, dum Ulpianum restringit tanquam de solis civilibus causis in *d. l.* 7. agentem, *tract. de jurisdict. cap.* 1. *num.* 1. Cum enim illic dicatur, *omnium partes impleri, qui Romæ jus dicunt*; necesse est,

tentiæ illius etiamnum pœnitet: nisi enim per *judicem* illic magistratum intelligas, ac per *judicem delegatum* mandatarium jurisdictionis, atque amplius *judicis dandi potestatem* accipias pro facultate mandandi jurisdictionem mandatam, aliumque vice sua substituendi; ac deinde rationem, *cum ipse judiciario munere fungatur* ita concipias, quasi scriptum esset, cum ipse nihil proprium habeat, sed tantum alterius vice cuncta agat, atque adeo vere judex seu magistratus non sit, sed tantum munere judiciario tamquam judex seu magistratus fungatur, juxta *l.* 1. *§. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. & alias ll. superius adductas*: nisi, inquam, ita legem totam interpreteris, sed de judice pedaneo dato, eique denegata judicis pedanei dandi potestate eam censueris capiendam esse, definitioni legis nequaquam erit accommodata subjuncta ratio. Quæ enim, obsecro, sequela erit, non potest judex pedaneus alium suo loco judicem substituere, quia ipse judiciario munere fungitur, seu quia ipse judex est? nisi pari ratione concludendum putares, eum quoque, jure magistratus jurisdictionem habet, non posse eandem alteri demandare, atque ita alium suo loco substituere, quia ipse magistratus est. Sane *judicem dare* in codice fere idem esse, quod jurisdictionem mandare seu delegare, clarum est ex inscriptione tituli, *qui pro sua jurisdictione judices dare darive possunt*, si conferatur cum ipsa *l. unic.* ejusdem tituli, in qua tantum de deleganda seu mandanda jurisdictione agitur. Atque ita quoque *judices dati* appellantur, qui ex mandata jurisdictione restitutionem in integrum faciunt, *l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integ. restit.*

12. Excipitur tamen in *d. l.* 5. *C. de judiciis, & d. l. un. C. qui pro sua jurisdict. jud. dare darive poss.* judex a Principe datus, id est, talis, cui ab ipso Principe mandata est jurisdictio, sine collatione talis tituli seu magistratus, cui talis jurisdictio cohæret. Huic enim jure singulari jurisdictionem mandandi, & alium sibi substituendi potestas competit *d. ll.* Tales existimo fuisse, quos Paulus *libr.* 5. *sent. tit.* 5. *in pr.* monet, extra ordinem a Principe fuisse petitos, quosque Ulpianus ait *potestate aliqua a Principe præditos*, ac immediate subjungit his, qui jurisdictioni præsunt, *l. pen. ff. de judiciis*, contra quorum sententias nullus nisi ipse Princeps, qui dedit, restitutionem facere potuit, *l. minor.* 18. *§. pen. ff. de minor.* 25. *annis*. Tales item vicarios a Principe constitutos, qui, licet vere neque præsides, neque præfecti essent; tamen vicem eorum gerebant, acceptisque codicillis imperialibus administrabant ac agebant ea, quæ alioquin præsidibus ipsis præfectisque incubuissent agenda. Qua ratione dum in *l. procurator* 2. *C. de pœnis, & l. procurator* 3. *C. ubi causæ fiscal. l.* 1. *C. de pedan. judicibus, l. ex consensu* 23. *ff. de appellat.* mentio fit procuratorum Cæsaris talium, qui *vice præsidis non fungebantur*; quibusque ob id denegabantur jurisdictionis criminalis actus, supponitur, fuisse & tales, qui præsidis vice fungentes imperii meri jus habebant. Atque inde etiam non tantum a præfecto prætorio, sed & ab eo, *qui vice præfecti ex mandatis Principis cognoscit*, deportationem fieri potuisse Ulpianus auctor est in *l.* 1. *§. a præfectis* 4. *ff. de legatis* 3. Non mirum autem, eos; quibus a Principe jurisdictio mandata erat, eandem rursus alteri potuisse demandare; cum jure singulari, non obstante mandato, propriam exercuerint, non alienam jurisdictionem. Quod manifestum tum ex eo, quod Cassiodorus *libr.* 6. *formul.* 15. *propriam* dicit *esse jurisdictionem, quæ datur a Principe*. Tum etiam, quia quibusdam ex mandato Principis cognoscentibus merum imperium tributum invenitur, *d. l. §.* 4. *ff. de legatis* 3. quod tamen alieno nomine haud fuit exercitum; quippe nec cuiquam mandandum. Quid, quod & illud in his mandato Principis constitutis singulare fuit, quod ab iis, quibus hi suam mandaverant jurisdictionem, ad ipsos mandantes appellari potuerit, *d. l. unic. C. qui pro sua jurisdict. jud. dare*, cum vulgo ad eos appellandum sit, qui supra mandantes sunt, *l.* 1. *§. ult. ff. quis a quo appell.* Exceptioni huic primæ altera addi potest, si nempe is, qui delegavit, seu mandavit jurisdictionem, subdelegandi potestatem mandatario concesserit: quod fieri posse, ex eo evincitur, quod, quæcunque non ex speciali lege competunt, mandari possint, *l.* 1. *ff. de off. ejus, cui mandata est jurisdict.* potestas vero mandandi jurisdictionem alteri, non ex speciali lege, sed ex jure magistratus, & ex more majorum exerceatur, *l. more* 5. *ff. h. t.* Cui proinde consequens est, prætorem ita posse alteri suam mandare jurisdictionem, ut mandatarius non suam, sed ipsius prætoris mandantis jurisdictionem alteri mandet, & ita efficiat, ut non amplius ipse vicem prætoris gerat, sed ut tertius ille vice prætoris jurisdictionem exerceat.

13. Ceterum mandatam hanc jurisdictionem licet lex non deferat, confirmat tamen, *l. & quia nec* 6. *ff. h. t.* multumque inter eam, quæ a lege data, & confirmatam, interest; in quantum illam suo quisque nomine & jure exercet ex legis beneficio, hanc alieno nomine & beneficio mandantis, vel beneficio privati prorogantis, de quo postea. Ex eo autem, quod lex *confirmare* dicitur, illustrari potest Ulpiani sententia in *l. pen. ff. de judiciis*; dum enim ait, eum, qui neque jurisdictioni præest, neque a Principe potestate aliqua præditus est, neque ab eo, qui jus dandorum judicum habet, datus est, *neque ex aliqua lege confirmatus est*, judicem esse non posse, per *confirmatum ex aliqua lege* non alium, quam mandatarium jurisdictionis, aut ex prorogatione competentem, videtur denotasse.

14. Ultimo tandem loco considerandum, jurisdictionem aliam ex sola Principis concessione competere, aliam concurrente privatorum facto, seu prorogatione. Quamvis enim privatorum pactis ea dari nequeat illis, qui nulli præsunt judicio nullamque omnino jurisdictionem habent, *l. privatorum* 2. *C. h. t.* prorogari tamen mutuo consensu illam potuisse ei, qui non tali erat jurisdictione præditus, lege Julia judiciorum cautum fuit: sic ut & hæc jurisdictionis a lege non datæ, sed confirmandæ species sit; quatenus aliter incompetentem in tali casu, lex Julia ex prorogatione & spontanea jurisdictionis certis limitibus circumscriptæ extensione per litigantes facta, competentem facit, *leg.* 1. *l. consensisse* 2. *§. convenire* 1. *ff. de judiciis, l.* 1. *C. h. t. si convenerit* 18. *ff. h. t. l. pen. C. de pactis, l. si in judic.* 80. *ff. de judiciis*.

15. Qualis prorogatio non scienti tantum magistratui, sed & ignoranti, ac per errorem putanti

suam esse jurisdictionem, fieri potest, *l. consensisse* 2. *§.* 1. *ff. de judiciis*. Neque opus est consensu judicis illius, apud quem reus, prorogatione non facta, fuisset conveniendus; si modo fori jus ac privilegium primario in renunciantis ac prorogantis favorem introductum sit. Secus, si superioris favorem concerneret, atque ita non tam litigantibus, quam foro datum esset, quod inter alia est in toparchis jurisdictionem patrimonialem habentibus: quippe quo casu consensu judicis opus esset, ne ex alieno facto jus ei depereat. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 40. Merula *praxi lib.* 4. *par.* 2. *tit.* 1. *cap.* 18. *n.* 3. Vinnius *de jurisdict. cap.* 20. *numer.* 3. Leeuwen *censur. for. part.* 2. *lib.* 2. *cap.* 18. *numer.* 1. 2. adde Petr. Bort. *tract. van arresten. c.* 1. *num.* 16. & *seqq.* Zangerum *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 362. & *seqq.*

16. Non majoribus tantum, sed minoribus magistratibus hanc fieri posse prorogationem, dubium non videtur: eo quod & hi jurisdictionem, licet magis limitatam, habent; quod sufficit, ut prorogatio recte fiat, *l.* 1. *ff. de judiciis*, *l. ult. ff. h. t.* junct. *l. inter convenientes* 28. *ff. ad municipalem*: eoque pertinet *l. de qua re* 74. *§.* 1. *ff. de judiciis*, quæ non de judice pedaneo, sed magistratu municipali usque ad summam certam per leges judicare jusso, intelligenda est, juxta *d. l.* 28. *ff. ad municipal.* Nec ipsis tantum magistratibus, sed & mandatariis jurisdictionis; cum hi quoque jurisdictionem exerceant ex jure & capite mandantis eundemque repræsentent; si modo universa iis jurisdictio mandata sit. Nam si vel unius tantum vel certarum tantum causarum jurisdictio mandata fuerit, restrictos mandati terminos impedituros arbitrer, quo minus ultra res personasve mandato expressas sese mandatariis potestas extendat: cum utique mandati simplicis naturam imitetur ipsum jurisdictionis mandatum, *l.* & *quia* 6. *ff. h. t.* nec ulli liceat mandati suscepti fines excedere, *§. is qui exsequitur* 8. *Inst. de mandato*. Quod & jure canonico receptum est; quippe quo irrita est prorogatio omnis delegato facta, *cap. P.* & *G. per litteras* 40. *extra, de offic.* & *potest. jud. delegati*. Vinnius *tract. de jurisd. cap.* 10. *num.* 6. 7.

17. Quin imo collegiis illis atque corporibus, quibus certæ tantum causæ juris dicundi gratia sunt demandatæ (qualia apud nos collegia rei maritimæ præfecta, Ordinum delegati *gecommitteerde Raden* ut & delegati ab urbis cujusque magistratu ad certas in urbe causas tractandas, veluti pupillares, patrimoniales, nauticas &c.) non recte fit prorogatio illorum negotiorum, quæ mandato publico (*instructionem* dicunt) non sunt expressa. Eoque facit, quod latrunculator, id est, cui specialiter datum ut de latronibus cognoscat ac judicet, secundum Corasium *lib.* 3. *miscellan. cap.* 17. *n.* 9. de causis pecuniariis judicare vetatur *l. solemus* 61. *§.* 1. *ff. de judiciis*. Confer Merulam *praxi lib.* 4. *part.* 2. *tit.* 1. *cap.* 13. *num.* 6. Vinnium *de jurisd. cap.* 11. *num.* 2. Idemque in foris privilegiatis statuendum existimo: atque adeo nullam esse prorogationem ab illis factam, qui privilegio fori non sunt donati, si se privilegiato vellent foro subjicere; ne privilegium certarum personarum causarumve intuitu indultum, ex aliorum quorumcumque prorogare volentium arbitrio in jus commune degeneret. Augustin. Barbosa *collectan. ad l.* 1. *C. de jurisdict. num.* 4. & *seqq.* Quamvis ergo verum sit, militem posse jurisdictioni judicis civilis sese subjicere, clericos in se laicorum judicum potestatem extendere, *l. pen. C. de pactis* (etsi postremum hoc juri canonico displiceat, *cap. significasti* 18. & *cap. si diligenti* 12. *extra, de foro compet.*) Universitatum denique Academicarum studiosos renunciare fori Academici privilegio, dummodo in hac universitate sint annis viginti quinque majores. *Ampliatie der statuten van d'Universiteyt tot Leyden* 24. *Martii* 1662. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 546. tamen ut, qui milites, aut clerici, aut studiosi non sunt, expressa conventione se militari, vel ecclesiastico, vel academico subjicerent judici, atque ita se redderent privilegii participes non patitur ipsa privilegiorum natura, & judicibus ordinariis suo in territorio competens auctoritas, isthac ratione haud leviter diminuenda. Unde actores, ac reos, ipsosque etiam judices aditos, si judicaverint, puniendos esse, constitutum in *l. in criminali* 5. *§.* 1. *C. hoc tit.* junct. *leg. si militaris* 2. *C. si a non compet. judice judicat. esse dic.* Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 4. 8. 10. Gratianus *discept. forens. cap.* 238. *n.* 34. & *seqq.* Responsa jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 311. & *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 36.

18. Non expresso tantum, sed & tacito consensu hæc prorogatio fieri potest, dum alius pro alio prætor aditur, si modo talis aditus fuerit, cui etiam expressa partium conventione licite potuisset de tali negotio jurisdictio prorogari, prætor forte urbanus pro peregrino, aut viceversa. Quod ut apertius intelligatur, considerandum, fieri posse, ut vel ab utroque litigante simul ac sponte judex adeatur incompetens, vel ab actore solo reum invitum & adhuc deliberaturum vocante. Si ab utroque simul ac sponte, (quod evenire potest præcipue in cohæredibus, sociis, aliisque judicio forte duplici familiæ erciscundæ, aut alio simili experturis, convenienter *leg. in tribus* 13. & *l.* 14. *ff. de judiciis*) videndum, an litigantes ex certa id egerint scientia, haud ignari, causam talem ad magistratus alterius pertinere tribunal; an vero errore lapsi. Si enim ab ipsis scientibus consulto id actum constet, dum forte fisci procuratorem scientes adiverunt privata de lite, aditione sola, velut consensu tacito rebus ipsis & factis utrimque declarato, videntur judici non suo se subjecisse, etiamsi necdum litis contestatio secuta sit; perinde ac si id expressa inter ipsos placuisset conventione; quid enim interest, expresso consensu, an rebus ipsis & factis suam quisque voluntatem declaret? arg. *l. de quibus* 32. *§.* 1. *ff. de legibus*, *l. non tantum* 5. *ff. ratam rem haberi*. At si per errorem id factum appareat, prorogatio non potest videri facta; cum in errante omnis omnino consensus deficiat, *l. si per errorem* 15. *ff. h. t. l. consensisse* 2. *in pr. ff. de judiciis*, *l. nihil consensui* 116. *ff. de reg. juris*. Sed quod scientes, jurisdictionem istius non esse magistratus, & tamen consulto eum litis causa adeuntes, sola faciunt aditione; id in errantibus tamen operatur tandem subsecuta litis contestatio; si modo apud talem facta sit, cui partes etiam expressa voluntate jurisdictionem de isto prorogare negotio non vetantur, ut ante dictum. Lege scilicet tunc supplente defectum consensus ad prorogationem requisiti, in quantum fingit ac concipit, ju-

dicio quasi contrahi, atque ita ex ipso facto litis contestationis consensum intercessisse; eo modo, quo & in ceteris quasi contractibus jus consensum naturaliter deficientem subfuisse fingit: *l. licet* 3. §. *idem scribit* 11. *l. deposui* 5. §. *si filiusf.* 2. *ff. de peculio*. Indubitatum utique est, lite semel contestata, non posse amplius ab uno litigantium declinari jurisdictionem illius, apud quem isthac ratione judicium cœptum est; quia ubi lis initium habuit, ibi & finem accipere debet, *l. ubi acceptum* 30. *ff. de judiciis*, & dilatorias exceptiones, ipsamque foro præscriptionem ante litem contestatam in principio, atque inter ipsa litis exordia opponi oportere, legum decrevit auctoritas, nulla inter scientes errantesque distinctione adhibita, *l. pen. & ult. C. de except.* arg. *l. sed & si suscepit* 52. *ff. de judiciis*: quod ipsum etiam manifesto declaratum *l. nemo* 4. *C. h. t.* in qua Constantinus edicto ad omnes provinciales præcipit, *ut nemo post litem contestatam ordinariæ sedis declinet examen; nec prius præfecti prætorio, aut comitis orientis, vel alterius spectabilis judicis imploret auxilium; sed appellatione legibus facta ad sacrum auditorium veniat*. Neque ulla necessitas est, cur verba *post litem contestatam* cum Jacobo Gothofredo *ad l. 6. Cod. Theodos. de jurisdictione*, ut spuria & aliena expungamus; ipsis præsertim Codicibus in lectione Textus illius haud variantibus. Nam, uti inficias haud eundum, deletis hisce congruum fore legis sensum, non posse provinciales, declinato ordinario præsidis judicio causas ad præfecti prætorio & similium superius transferre tribunal; ita nec incongruus sensus erit, si servatis hisce verbis legem accipiamus de illis, qui, cum apud præsidem esset jam facta litis contestatio, litem eandem necdum decisam per quandam querelam ad superiores delatam, & evocationem a præfecto prætorio petitam & obtentam, ad majus studebant auditorium transferre. Quo modo & veteres interpretes legem hanc accepisse patet ex iis, quæ habet Augustinus Barbosa *Collectan. Cod. ad d. l. 4. C. h. t.* Utraque certe in specie æque supponi debet provincialium ipsorumque prætorio præfectorum abusus; delites quidem verbis, in lite penes superiorem primitus inchoanda consistens; iisdem vero servatis, in lite semel legitime cœpta, at necdum finita, contra solitum judiciorum ordinem ad aliud superius judicium transferenda. Conveniatque satis vulgata lectio scopo Constantini, qui erat, tueri præsidum auctoritatem, & reprimere amplissimam ac ex socordia Principum nimiam præfectorum prætorio, ipsisque etiam Imperatoribus formidandam potentiam ac usurpationem; quam, ut hoc addam, Imperator ille multis modis imminutam voluit, in id studiose allaborans, ut eorum detraheret auctoritati, non tantum diviso in quatuor imperia hoc magistratu, cum antea duo tantum essent; sed & institutis militum magistris, in milites potestatem omnem exercituris, cum prius præfecti prætorio militibus ubicunque locorum præfuissent.

19. Quibus omnibus de tacita prorogatione, etiam ab errantibus per litis contestationem contingente, non obstare arbitror, quod in jure nostro cautum invenitur, sententiam a non suo judice latam non constringere; firmitatem judicati non habere; judicem ad certam rem datum, si de aliis pronunciaverit, nihil egisse, *l. 1. 2. & l. fin. C. si a non compet. judice judicat. esse dic.* Multum enim interest, an aditus sit, qui jurisdictionem quidem habebat, sed non in tales personas aut tali de causa, de qua forte fuit aditus, & cujus intuitu expressa potuisset ei prorogatio fieri consensu partium; an vero per talem fuerit definita lis, per quem ne expressa quidem litigantium voluntate ac prorogatione potuisset cognosci, dum vel omni carebat jurisdictione, ad prorogationem qua requisita, secundum ante dicta, vel ad speciales tantum causas limitata erat prædictus potestate. De prioribus asserimus, id facere litis contestationem ex errore factam, quod alias ante litem contestatam fecisset solus litigantium non errantium expressus aut facto aditionis declaratus consensus; nec dici potest incompetens, nisi qui nec ex prorogatione competens est. Ast aliter se res habet in posterioribus, qui ita incompetentes sunt, ut nec ex prorogatione expressa potuissent judicare: tunc enim quicquid ab iis inter litigantes determinatum fuit, ipso jure nullum est, tamquam profectum a talibus, qui nulla per legem data vel confirmata erant muniti juris dicundi potestate. Veluti si sententiam tulerint judices militares de causis non inter milites & milites, vel inter actores paganos & reos milites, sed inter actores & reos paganos, arg. *l. in criminali* 5. §. 1. junct. *l. 6. Cod. hoc. tit.* vel judices ab illis dati, qui judicum dandorum potestate destituti erant; finge a procuratore Cæsaris inter privatos, qui quidem ipse ex prorogatione judicare, at non judices dare inter privatos potuit, *l. 1. C. de pedaneis judic. l. ex consensu* 23. §. 1. *ff. de appellat.* junct. *leg. 1. Cod. h. t.* Idemque est, si judices pedanei a magistratu certæ rei judicandæ, vel etiam intra certum tempus decidendæ dati, de re prorsus alia, vel post elapsum tempus præfinitum judicaverint: cum enim & tempore & causa singulari circumscripta sit horum judicum datorum potestas, atque insuper non jurisdictionem, sed nudam tantum notionem habeant; alio tempore, aliisque in causis non aliter quam privati considerandi sunt, atque ita omni potestate judicandi carentes, *l. 1. C. si a non competente judice judicat. l. cum non* 6. *C. quando provoc. non est necesse*. De hisce ergo non jure datis, vel non ad talem causam electis pedaneis, ac propterea prorsus incompetentibus, accipienda *l. 2. l. 4. & tot. tit. C. si a non compet. jud. judicat.* & aliæ his similes. Eoque pertinent, quæ superius de collegiis rei maritimæ præpositis, Ordinum Delegatis, aliisque similibus limitata prorsus ad certa negotia judicandi potestate donatis exposuimus; quæque a pragmaticis vulgo traduntur, a sententiis scilicet ipso jure nullis etiam hodie appellandum esse, nisi nullitas procedat ex defectu jurisdictionis, Groenevvegen *ad tit. C. quando provocare non est necesse*, ibique allegati.

20. Dictum hactenus quid juris sit quantum ad prorogationem, si actor & reus simul sponte sua scientes aut errantes judicem adiverint non competentem. Quod si actor reum invitum solemniter juris experiundi causa vocaverit ad eum, qui illo in negotio erat incompetens, sed tamen capax prorogationis; aliud in actore, in reo aliud statuendum existimo. Reum quod attinet, non aliter is jurisdictionem prorogasse censendus est, quam si ad actoris intentionem principalem respondendo litem con-

testatus sit, atque ita cum adversario quasi contraxerit in judicio, juxta ea, quæ ante dicta sunt. Non enim ex in jus vocatione, solius actoris facto, recte quisquam collegerit rei vocati consensum in jurisdictionem illius ad quem vocatus est; etiamsi jam petiisset aut admisisset libelli ab actore concepti editionem, *l. non videtur* 33. *ff. de judiciis*, eo quod libelli editio non in aliud est comparata, quam ut futuræ litis species demonstretur, reusque deliberet, utrum cedere an contendere velit; ac, si contendendum putet, utrum dilatoriis aut peremtoriis exceptionibus, atque ipsa etiam fori præscriptione se possit tueri; sic ut & ideo judicis nomen libello inserendum sit, *l.* 1. *ff. de edendo*, de quo latius illo titulo de edendo.

21. Quin imo, si ex usu hodierno reum concipiamus arresto detentum, ne tum quidem videri poterit jurisdictionem prorogasse, cum interposuit cautionem de sistendo aut judicatum solvendo. Nam cum ex praxi notissima per præstationem cautionis laxetur omne arresti vinculum, & detento detur recedendi licentia; non alia de causa censeri debet, cautionem interposuisse, quam ut detentioni semet eximeret, & naturali frueretur libertate; non vero, ut judicis agnosceret jurisdictionem, ac fori sui privilegio renunciaret, Christinæus *ad L. Mechliniens. tit.* 3. *art.* 6. *n.* 4. Peckius *de jure sistendi c.* 15. Costalius *ad l.* 1. *ff. si quis in jus vocatus non iverit*, Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 195. Mævius *de arrestis cap.* 18. *n.* 8. *& seqq.* Petrus Bort *tract. van arrestem cap.* 8. *n.* 17. licet enim arrestatio regulariter judici, cujus auctoritate facta est, jurisdictionem tribuat, sic ut nec dissoluto arresti vinculo remittatur ab eo negotium ad ordinarium rei judicem, Bort *d. tract. cap.* 7. *num.* 10. tamen, ubi arrestum contigit propter litem, talem quæ ex sua natura vel ob rei detenti conditionem, certum tantum judicem ex legum moruumve præscripto sortita est, nec ab alio cognosci potuit; nihil vetat, etiam post cautionem interpositam allegari declinatoriam fori exceptionem, Bort *d. tract. cap.* 1. *n.* 16. *& seqq.* præsertim, quia nec expressa per conventionem prorogatio tali in casu permissa aut efficax est, secundum ante dicta.

22. Plane, si reus ipse vocatus cautionem ab actore vocante exigat, aut ad respondendum dilationem, eo ipso judicem videri agnitum ut competentem, ac fori declinandi viam deinceps præclusam esse, cautum est instructione Curiæ Holland. *art.* 117. Idemque obtinet, si extra fori declinatoriam reus alias dilatorias exceptiones opposuerit; nam nec tunc ultra exceptioni declinatoriæ fori locus est; etiamsi dilatoriæ admissæ fuissent, & ipse ab instantia absolutus, postmodum lapso tempore, quo dilatoriæ exceptionis durabat effectus, rursus eadem ex causa ad judicem eundem vocaretur, Mynsingerus *cent.* 4. *observat.* 27. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 33. *num.* 11. Merula *praxi lib.* 4. *part.* 2. *tit.* 1. *cap.* 13. *num.* 5. Menochius *de præsumt. lib.* 2. *præs.* 19. *num.* 5. 6. 11. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *c.* 12. *n.* 1.

23. Ex adverso actorem quod spectat, licet usu fori id servari plures tradant, quod actor post factam in jus vocationem, lite necdum per reum contestata, pœnitere, & reum ad aliud forum, derelicto priore, vocare possit, Sande *decis. Fris. lib.* 1. *tit.* 7. *defin.* 1. Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 6. Wassenar *pract. judic. cap.* 1. *num.* 14. *& n.* 82. eamque sententiam Donellus, ut juri civili convenientem, proposuerit *comment. jur. civil. lib.* 17. *cap.* 18. *fere in med.* tamen, quicquid forte hujus aut illius fori peculiaris usus fert, Romani saltem juris fundamentis opinionem hanc quam maxime refragari, nullus dubito: magisque niti veritate putem, quæ a Zangero *de exception. part.* 2. *cap.* 5. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observat.* 11. *num.* 6. *et observ.* 59. *num.* 4. *et seqq.* Peckio *de jure sistendi cap.* 35. *num.* 2. Radelantio *Cur. Ultraject. dec.* 79. Petro Bort *tract. de arrestis cap.* 8. *num.* 29. tradita invenio; actori nempe post factam in jus vocationem & libelli editionem liberum amplius haud esse, ut derelicto eo, quem prius adivit, reum invitum ad alium vocaret judicem, licet æque competentem, eique contra facienti exceptione præventionis seu litis alibi motæ a reo opponi posse; imo reum jure petere, ut actor litem prosequatur, aut ad perpetuum condemnetur silentium. Cum enim actor ipse ab in jus vocatione facere inceperit litis initium, arg. §. *ult. Instit. de pœna temere litigant.* non potest non hoc suo facto censeri judicem talem agnovisse, tanquam liti finiendæ idoneum ac competentem; non tantum, ubi ad unum ex pluribus foris competens, sed &, si ad incompetens reum vocasset, quoties reus, qui judicis incompetentis exceptione in suum tantum favorem inducta, ac per ipsam in jus vocationem sibi nata, tueri se poterat, eandem prætermittere voluerit, apud judicem non suum litigare paratus. Suadet ipsum reconventionis jure Romano probatæ fundamentum: nam cum iniquum videretur, actores eum dedignari contra se judicem, cujus in agendo arbitrium censuerant observandum; & propterea ex ipsa conventione per actorem facta protinus etiam ante litem contestatam nata reo esset reconventionis apud eandem judicem faciendæ potestas, sic ut mox a principio reconvenire non possit tantum, sed & debeat reus, quo lis utraque pari passu ad finem decurrat, *l. cum Papinianus* 14. *C. de sentent. et interlocut. novell.* 96. *cap. illud* 2. *l. qui non cogitur* 22. *ff. de judiciis.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 11. *et* 39. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 67. *num.* 7. Wassenar *pract. judic. cap.* 1. *num.* 13. fieret profecto, ut jus reconventionis reo quæsitum tolleretur & eluderetur prorsus actoris arbitrio, si in ejus esset potestate ad litem usque contestatam judicis aditi jurisdictionem pœnitentia subterfugere, & ad aliud forum litem transferre. Cui accedit, quod rei deterior esse non debeat quam actoris conditio, nec actori licere, quod reo non permittitur, *l. non debet* 41. *ff. de reg. juris*, si ergo reus ad forum competens, sive unicum sive ex pluribus reo competentibus arbitrio actoris electum, vocatus, impediatur ex solius in jus vocationis virtute litem ad alium transferre judicem, etiamsi vel militiæ protinus nomen dedisset vel mutasset domicilium, *l. si quis, posteaquam* 7. *ff. de judiciis*, *cap. proposuisti* 19. *extra*, *de foro compet. cap. cum lite* 2. *ut lite pendente, in Clementin.* rationis certe est, ut multo magis eadem actori imposita censeri debeat necessitas persequendi eodem in foro litem, ex in jus vocatione spontanea ac deliberata inchoatam. Sed & si reum ab actore ad incompetens tribunal vocatum pro-

ponas, justum sane fuerit, ut, quemadmodum reus ad principalem actoris intentionem excipiens, judicis incompetentis censetur agnovisse jurisdictionem, sic ut declinare deinceps haud possit; ita quoque vicissim actor in jus vocatione, & libelli intentionem continentis editione, sic forum illud dicatur agnovisse, ut non amplius ex pœnitentia suaque sola voluntate subducere se possit, ac ad aliud judicium transire. Estque hæc sententia etiam manifesta ex lege per Cujacium restituta, quæ est 4. *C. de in jus voc.*

24. Debiliora vero sunt, quæ in contrarium videntur militare. Quamvis enim libelli mutatio actori permissa fuerit invito reo: quamvis etiam in jus vocationi litique motæ si actor ante vel post litem contestatam renunciare potuerit, ut in universum a lite recedere, nec apud eundem nec apud alium judicem deinceps iterato movenda; nisi tamen interesset adversarii litem cœptam ad finem perduci, *l. postquam liti* 4. *C. de pactis.* Sande *decis. Fris. lib.* 1. *tit.* 18. *def.* 1. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 79. *num.* 3. 4. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 11. *defin.* 9. quamvis denique actore non veniente, & reo vocato sese sistente, circumducendum tantum fuerit ex jure Pandectarum citationis edictum, eoque circumducto instantia tantum edicti peremta fuerit, ex integro autem litigari potuerit, *l. & post edictum* 73. *§.* 1. 2. *ff. de judiciis*; tamen a litis renunciatione, vel libelli mutatione, ad translationem litis in aliud forum, derelicto priore, nulla sequela est. Et jure Pand. non apparet, reum, si perempta sola edicti instantia ex integro deinceps conveniendus fuisset, invitum ad alium potuisse vocari tribunal, sed magis ad idem, utpote libera actoris voluntate semel electum. Ut sileam, jure novo Justinianeo causam ipsam, actore post in jus vocationem ante litem contestatam absente ac citato, terminandam fuisse reo id urgente, *novell.* 112. *cap. omnem* 3. *§. ult.* (Adde *l. ult. in fine*, *C. de in jus vocando.*) Andr. Gayl. *lib.* 1. *observat.* 59. *n.* 4. *& seq.* Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 7. *tes.* 51. quod & a Leone confirm. *novell. neque vero* 108. ac Ultrajectinis haud displicuit, *Instruct. Curiæ Ultraject. tit. van de defautem van den eyscher*, *art.* 2.

25. Quæ autem hactenus de actoris in jus vocantis, reive litem contestantis facto, tamquam prorogationem tacitam continente, dicta sunt, locum non habent, si contra voluntatem suam alteruter litigantium ad id viribus præturæ compulsus, atque ita invitus, non obstante juris sui allegatione, litem vel movere vel excipere coactus fuerit. Nam cum in errante & sic litem contestante incertum esset, an non, si scivisset, incompetenti judici nihilominus se fuisset submissurus, atque inde litis contestatio impediret, ne aliud ad forum invito adversario lis transferretur, jure in casu illo dubio, uti ceteris quasi contractibus, consensu non improbabilem fingente ex facto litis contestationis, ut ante dictum, contra in reluctante manifestus apparet animus juri suo inhærendi, & judicem incompetentem declinandi. Ut proinde coacta litis contestatio præsumi per jus aut fingi non possit aliquem habere inviti assensum, nec ullam, cogenti ac injuriam facienti tribuere potestatem in coactum, aut coacto suum adimere fori jus, *l.* 2. *ff. de judiciis.* Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 5. *vers. tuis buyten, &* versus *over de ook.* Si modo tanta cogentis fuerit violentia, ut nec appellationi a rejecta fori exceptione declinatoria deferre voluerit; cum alioquin vocato pateat appellationis remedium, si rejecta fori præscriptione, tamquam irreparabili illato damno, gravatum se putet, ut in materia appellationis plenius tradetur, *num.* 14. *in med.* nec dici possit præturæ viribus compulsus, qui non utens juris remediis, acquievit judicio judicis se competentem declarantis, aut vocatus ne venit quidem; sed contemsit prætorem vocantem; contra *l. si quis ex aliena* 5. *ff. de judiciis.* Nisi forte manifestissimus esset in judice jurisdictionis defectus, & is, non obstantem condemnaverit ut contumacem: cum non possit non videri ita reus viribus præturæ iniquis condemnatus, ac propterea nec sententia talis effectum debeat sortiri, Christinæus *ad leg. Mechlinienss. tit.* 1. *art.* 14. *num.* 12. *& art.* 16. *num. ult.* Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 12. *defin.* 43. *in notis num.* 3. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 220. *num.* 3. 4.

26. Porro, uti tacita jurisdictionis prorogatio omnem deinceps excludebat invito reo pœnitentiam, ita nec pœnitere potuit aut contra sua pacta venire, quisquis pactione vel stipulatione expressa cavit, se non usurum fori præscriptione, qua sese propter cingulum militiæ, vel dignitatis, aut sacerdotii prærogativam, vel aliud peculiare privilegium potuisset tueri; eo quod juri pro se introducto unusquisque recte renunciat, & pacta conventa, quæ neque contra leges, neque dolo malo sunt inita, omni modo servanda sunt, *l. pen. Cod. de pactis.* Lanb. Goris *adversar. tract.* 4. *§.* 2. Nec turbare quemquam debet, quod nudis ex pactis actio non detur, ut dicetur *tit. de pactis.* Non enim in tali prorogatione actio ex pacto datur aut formatur; neque persona judicis ullam actioni ejusque finibus mutationem adfert; sed tantum actori tribuitur potestas experiundi alio in loco, quam in quo ex jure communi agendum erat: quemadmodum e contrario potestas actoris per loci mentionem stipulationi aut mutuo adjectam restringitur, ne possit summo jure agere in quovis loco, in quo reus ex jure communi forum competens sortitur, sed tantum in loco adjecto, *l.* 1. *ff. de eo, quod certo loco.* Ubi ergo actor vi prorogationis pacto factæ reum vocaverit, ac ipsi fori judicisque non competentis objicitur exceptio, pacti replicatione jus apud talem judicem experiundi sibi potest asserere, pacto scilicet, quod actionem parere non poterat, ad exceptionem tamen & replicationem sufficiente. Adde Cujacium *tract.* 7. *ad African. in pr. ad l.* 18. *ff. h. t.* Interim haud leviter dictis refragari videtur Africani definitio in *d. l.* 18. *ff. h. t.* cum ait: *si convenerit, ut alius prætor, quam cujus jurisdictio est, jus diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit, procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare.* Sunt, quibus placuit, in *d. l.* 18. non de unius pœnitentia agi, sed mutua utriusque voluntate recessum esse a facta prorogatione, Corasius *Miscellan. lib.* 4. *cap.* 5. *num.* 4. *& seqq.* Wissenbac *ad Pand. disp.* 6. *thes.* 42. Quorum opinioni quo minus subscribam, facit, quod in *d. l.* 18. decisio nominatim invenitur concepta de casu, quo necdum aditione imploratum fuerat prætoris auxilium; unde a contrario aditione jam

facta, pœnitendi potestas per Africanum exclusa censeri debet. At vero si utriusque mutata voluntas esset, ut illi ajunt, nullam sane rationem deprehendo, cur non etiam post aditionem liceret mutare communi consensu, atque ita conventioni non stare. Scio, judicio quasi contrahi, finiendam illic esse litem, ubi habuit initium; sed non alio hæc omnia sensu, quam quod nec invito reo actor ad aliud forum transferre litem possit; nec invito actore reus id post litem contestatam desiderare. Ast ut utriusque consensu derelinquatur judex, apud quem litigari cœptum, & ad alium eatur, de causa eadem necdum per sententiam prioris terminata jus dicturum, id vero nec legibus interdictum, nec a ratione juris alienum puto. Illos certe, qui in arbitrum compromiserant, constat, potuisse eo derelicto ad judicium ire, iterumque spreta judicis auctoritate ad arbitrum redire, non aliter coercendos, quam quod prætor non amplius spretum ab ipsis arbitrum adacturus sit ad causam receptam terminandam, *l. sed si in servum* 9. *§. ult. l.* 10. *l.* 11. *ff. de receptis, qui arbitr. recaper.* si autem a judice ad arbitrum redire sit licitum, ratio non apparet, cur non litigantibus integrum fuerit, etiam a judice, qui cœperat cognoscere, ad alium judicem communi consensu litem transferre terminandam. Adde Donellum *comment. jur. civil. libr.* 17. *cap.* 18. *ante medium.* Judicio quidem inter litigantes cœpto, quasi contrahitur inter contendentes, sed & a contractu resiliri posse consensu mutuo, docent principia. Ne nunc dicam, litem etiam per judicem definitam, posse summo jure rursus apud alium ventilari judicem, & actionem rursus intentari: non aliter, quam rei judicatæ exceptione elidendam, *§. item si in judicio* 5. *Instit. de except.* quam tamen exceptionem si omittendam putaverit, qui iterato erat ex eadem causa vocatus, dum forte sperat, novi judicis judicatum sibi magis profuturum; (uti certe omittere potest; quippe juri tantum favorique pro se introducto renuncians) non dubium existimo, quin recte judex posterior aditus judicaturus sit, & sententia ejus exitum sortitura: uti exitum sortitur jusjurandum posterius adversus eum, qui, cum se prioris jurisjurandi exceptione tueri posset, eadem omissa adversarium iterato in eadem causa jurare passus est, quale tamen jusjurandum æqualem, imo majorem habebat auctoritatem, quam res judicata *l. in duobus* 28. *§. ult. ff. de jurejurando*, junct. *l. jusjurandum* 2. *ff. eod. tit. l.* 1. *ff. quar. rer. actio non datur*, nihil in contrarium faciente, *l.* 1. *C. quand. provoc. non est necesse*, quippe quæ de litigantibus invitis iterato vocatis, & non obstante legitima defensione contra rei prius judicatæ auctoritatem condemnatis agit. Adde *tit. de re judicata num.* 47.

27. Quæ cum ita sint, nec, ut ingenue fatear, satis placeat, quæ aliquando placuit difficultatis hujus enodatio; non puto me erraturum, si vel dissensum veterum jurisconsultorum fuisse dicam, quem Justinianus sua sustulit decisione, ut id satis ipse innuit, in *d. l. pen. C. de pact.* vel secundo tentaverim, dictam *l.* 18. *ff. h. t.* accipi commodo posse de mutata voluntate actoris, in qua distinctio de prætore jam adito vel etiamnum adeundo locum invenit. Scilicet, prorogatio jurisdictionis ex conventione per reum in gratiam actoris fieri solet, ut is reum tanto commodius de persolvendo debito, per actionem posset interpellare: sed non perimit jus fori competentis ratione judicis illius, apud quem reus, non facta prorogatione, fuisset conveniendus; adeoque, cum prius forte unus tantum judex competens esset, prorogatio alterum priori addit, & ita actori tribuit electionem, an apud ordinarium, an apud eum, cui prorogatio facta, litigare malit. Cum ergo in *d. leg.* 18. convenisset, ut alius prætor, quam cujus jurisdictio erat, jus diceret; actor, quamdiu non adivit eum, qui ex prorogatione adiri poterat, mutare voluntatem potuit, & apud ordinarium judicem, spreto toto prorogationis beneficio, litem adversario invito intentare, quod hodieque quotidianum. Ast ubi semel judicem ex prorogatione competentem adiverit, & adversarium ad ejus vocaverit tribunal, sibi præjudicavit, utut lite necdum contestata, nec potest amplius, hoc judice derelicto, quem semel agnovit, adversarium invitum ad alterum judicem juris experiundi causa vocare, exceptione scilicet præventionis, litisque alibi motæ, ei opponenda, ut ante probatum. Concludo itaque *l. pen. C. de pactis*, de reo agente, excludere pœnitentiam, eo quod reus non potuit jus actoris ex conventione quæsitum sua tollere voluntatis mutatione. At *legem* 18. actori ante aditionem permittere voluntatis mutationem, eo quod is ista ratione suo tantum juri, ex prorogatione seu conventione competenti, renunciat.

28. Ut autem prorogatio prorogantem tenet, ita & hæredes ejus vi prorogationis talis obstringi, ut ad judicem, non nisi ex conventione mutua competentem, vocati sese sistant, verius est; tum quia in defuncti jus universum, sive commodum, sive grave & onerosum succedentes, eundem repræsentant, una cum ipso finguntur persona, & ejusdem cum eo potestatis jurisque sunt, *l. hæredem* 59. *l. hæreditas* 62. *ff. de reg. juris*, tum quia unusquisque non sibi tantum, sed & hæredibus suis plerumque paciscitur, *l. si pactum* 9. *ff. de probation.* tum denique quia hæres ibi conveniendus ac defendendus est, ubi defunctus debuit, *l. hæres absens* 19. *ff. de judiciis*, ac iniquum esset mortalitatis casum adimere actori jus ex conventione quæsitum, Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 1. *def.* 3. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 11. *not.* 3. *num.* 3. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 6. *art.* 7. *num.* 3. Peckius *de jure sistendi cap.* 13. *num.* 1. *& seqq.* Leeuvven *censur. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 16. *nu.* 3. Quamvis Ultrajecti morte prorogantis totam prorogationis vim, velut jus quoddam personale, extingui invaluerit, sic ut non nisi coram judice suo ordinario hæres interpellandus sit.

29. Quid quod & illis in casibus, quibus ex mariti contractu in uxorem in totum vel pro parte actio nascitur, facta per maritum prorogatio, post ipsius obitum ipsam quoque viduam, quin & maritum ejus secundum, jure mariti uxoris nomine conveniendum, obstringit, ad litem isto in foro suscipiendam, quod ex prorogatione mariti defuncti competens est redditum: fas enim est, ut ex cujus facto uxor jus suum omne metitur, hactenus hæredi non absimilis, ex ejus quoque prorogatione devincta sit. Argentræus, & Sande *d. locis*. Ut tamen & hic in contrarium eant Ultrajectini, ne massariam quidem viduam ex mariti prorogatione obligatam censentes,

ne maritalis potestatis fictio ultra suos terminos operetur. D. Someren *de jure novercar. cap.* 7. *sect.* 1. *num. ult.*

30. An vero ex debitoris principalis prorogatione, instrumento contractus comprehensa, fidejussor quoque teneatur ad eundem venire judicem, tanquam & sibi competentem, si nullam ipse fidejussioni prorogationem addiderit, disceptari solet. In Hollandia quidem ex principalis debitoris prorogatione eum teneri judicatum asserit Simon van Leeuvven, *paratit. jur. noviss. lib.* 2. *part.* 1. *cap.* 8. *num.* 6. versu, *ceu principalem*, sed num judicati illius ratio peculiaris fuerit, quod fidejussorum non interfuerit, declinatoriam admitti exceptionem, ut patet *ex appendice rerum judicatarum post consult. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 41. *in fine*, & in jure inter negotia, in quibus ad eundem iri debet judicem, ne continentia causæ dividatur, non numeretur principalis & fidejussoria obligatio; verius est, deficientibus talibus negotii terminis, nihil fidejussori nocere debitoris prorogationem, nisi & de ipsius fidejussoris prorogatione speciali vel generali constet: fidejussionis enim in se spectatæ non hæc vis atque efficacia est, quod fidejussor ad debitoris principalis forum solutionis impetrandæ causa trahi posset, sed tantum, ut ejusdem debiti exactionem subiret, arg. *l. Centum Capuæ* 8. *ff. de eo, quod certo loc.* Ut ergo pro debitore simpliciter obligato fidejussor interveniens, non nisi ad proprium suum judicem vocari potest, etiamsi constaret, debitorem principalem ex jure communi sui proprii domicilii judici ac jurisdictioni subjectum esse, ita nulla ratio est, cur prorogatæ subesset, cum ipse non prorogasset; nisi majorem prorogationi, factoque hominis, quam ipsius legis dispositioni, potestatem vellemus tribuendam esse. Quibus adde fidejussionem stricti juris negotiis annumerari, in quibus quod non est expressum, non censetur subauditum. Denique si reo jam in jus vocato, & ita prævento, fidejussor de sistendo judicatove solvendo cavens, non possit ad eundem vocari judicem, ad quem reus jam erat vocatus, sed fori servet privilegium, quamdiu ei non renunciavit; usque adeo, ut ne idoneus quidem censeatur fidejussor esse, qui alterius fori est, rejicique possit, nisi intercessioni addat fori proprii renunciationem, utcunque judicii firmandi causa intervenire manifestum sit, *l.* 1. *ff. si quis in jus vocat. non iverit*, Costalius *ad d. l.* 1. Jac. Coren *observ.* 39. *n.* 14. nulla sane ratio est, cur prorogatio solius principalis rei, fidejussorem efficeret prorogata jurisdictione devinctum.

31. Ceterum non specialis tantum, sed & generalibus verbis facta prorogatio effectum sortitur, dum quis in instrumento se ac sua judicum omnium jurisdictioni subjecit, vel nulla fori præscriptione se usurum professus est, *l. pen. C. de pactis*, *l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non iverit*, *l. contraxisse* 21. *ff. de obl. & act.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 56. *numer. ult.* Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 4. *thes.* 49. Wassenaar *pract. jud. cap.* 1. *num.* 10. *in med.* Consult. JCtorum Holl. *part.* 4. *consil.* 269. Nisi nominatim regionum quarundam lege specifica desideraretur prorogatio; qua ratione de Hollandica Flandricaque curia provinciali sancitum, & generalis prorogationis clausulam nullam ad ista tribunalia causam deferri posse; sed demum, si expresse contrahentes sese curiarum istarum jurisdictioni subjecerint, & quantitatem certam definitam lis in Hollandia excedat. *Ampliatio instructionis Curiæ Holl.* 24. *Martii anni* 1644. *art.* 5. 6. *instructio curiæ Flandricæ art.* 7. Groenevvegen *ad. l.* 1. *ff. de judiciis*, Wassenaar *d. cap.* 1. *num.* 10. *in pr.* idemque de Camera imperiali testatur Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 88. Ubi ergo neque lege neque consuetudine inveterata inducta invenitur prorogationis nominatim faciendæ necessitas, generalis sufficiet: eoque fundamento, licet curiæ Hollandicæ nullus ex jure recentiore subjiciatur per vulgatam formulam, qua quis se omnium judicum jurisdictioni submittere profitetur; tamen ejusdem formulæ vi ad alia tribunalia intermedia, præteritis infimis, recte vocabitur, veluti ad Delflandiæ, aliasque similes per Hollandiam præfecturas, Consult. JCtor. *Holl. part.* 4. *Consil.* 269; & Ultrajectinæ curiæ jurisdictionem acquiri per generalem prorogationis formulam, sæpius in eadem curia, judicatum scio: eaque curiæ etiam Geldricæ constans praxis est.

32. Destituitur autem prorogatio effectu, si is, qui eam fecit, neque in territorio inveniatur ipse, neque bona illic possideat arresto gravanda, quo jurisdictio firmetur, arg. *l. ult. ff. h. t.* at si in territorio moretur, absque ulla rerum aut personæ prehensione, simplicis in jus vocationis efficacia, venire cogitur. Cum ergo provinciales curias præsidum vice fungi constet, & jurisdictionem per universam exercere provinciam; sequitur, omnes provinciæ incolas, licet diversis in urbibus diversisque ordinariis sub judicibus morantes, ex prorogatione legitime facta, venire ad superius tribunal debere simplici citatione vocatos, Sande *decis. Fris ic. libr.* 1. *tit.* 1. *def.* 3. Groenevvegen *ad l.* 1. *ff. de judiciis.*

33. Excutiendum restat, quot modis prorogatio fieri possit; qua de re quatuor potissimum casus tractandi, juxta modos quatuor, quibus jurisdictio per leges invenitur limitata; puta loco, tempore, personis, causis. Locus quidem ex juris Romani principiis non videtur per prorogationem potuisse extendi, sic ut unius provinciæ præses, uniusve municipii magistratus in alterius præsidis, aut magistratus territorio jus diceret ex litigantium consensu. Quamprimum enim vel præses, vel urbis præfectus, aliusve similis suam provinciam aut jurisdictionis territorium egressus est, pro privato habetur, *l. præses provinciæ in sua* 3. *ff. de offic. præsid. l. ult. ff. de offic. præfecti urbi*, *l. observare* 4. *§. ult. ff. de offic. procons. & legati*. Sic ut nec ipse exercere, nec alteri mandare jurisdictionem possit, *d. l.* 4. *§. ult.* Et, nisi ita statuatur, inepte Marcianus monuisse videbitur in *l.* 2. *ff. de offic. procons. & legati*, proconsules *statim quam urbem egressi fuerint habere jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam.* Si enim ex prorogatione inter consentientes potuissent contentiosam exercere, nulla hac in parte inter voluntariam ac contentiosam differentia fuisset constituenda, cum in contentiosa, ex concurrente prorogatione partium, æque consensus in eum esset, ac in voluntaria, nec voluntariam aliter quam ex partium consensu, exerceatur. Confer Vinnium *de jurisdict. cap.* 10. *num.* 8. *& seqq.*

34. Pari modo in ipsius magistratibus nec temporis intuitu extensio & prorogatio jurisdictioni vi-

detur admittenda, cum finito magistratus tempore se quisque abdicare debeat imperio, & successori locum facere, ita ut ipse deinceps tantum pro privato habendus sit, *l. eum, qui* 13. *ff. h. t.* atque adeo non isthaec prorogatio esset, sed datio jurisdictionis, ei facta, qui nulli praeerat judicio; contra *l. privatorum* 3. *C. h. t.* Plane, si extra ordinem judex a Principe petitus ac datus fuerit, (de quo Paulus 5. *sent.* 5. *in pr.* 8. nos antea) eique tempus certum ad litem finiendam praefinitum, possunt tempora, intra quae litem dirimere jussus erat, litigatorum consensu prorogari, nisi specialiter prorogatio jussione principali fuerit inhibita, & de eo intelligendum esse Ulpianum in *l. consensisse* 2. *§. si & judex* 2. *ff. de judiciis*, abunde colligi potest ex mentione *jussionis principalis*, quae in pedaneum a magistratu datum non satis quadrat, at omnino in eum, qui a Principe datus erat, &, ut ante probatum, propriam habebat jurisdictionem. Ut proinde cavendum sit a Vinnio & aliis, *d. l.* 2. *§.* 2. de pedaneo judice intelligentibus *tract. de jurisdict. cap.* 10. *n. ult.*

35. De personis vero res expedita est, eas ex prorogatione subjici posse jurisdictioni ejus, cujus forum ex jure communi aut privilegio potuissent declinare, *l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non iverit*, *l. pen. C. de pactis*. Idemque manifestum est de quantitate, in judicando non excedenda, *l. inter convenientes* 28. *ff. ad municipalem*, *l. de qua re* 74. *§.* 1. *ff. de judiciis*. Christinaeus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 16. *num.* 5. *& seqq.* Anton. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 46. Joh. Papon. *libr.* 7. *tit.* 7. *arrest.* 32. Vinnius *de jurisdict. cap.* 11. *nu.* 3. nisi tamen judicibus delegatis seu mandatariis jurisdictionis causae minores demandatae fuerint, justitiae promptius faciliusque administrandae gratia, majoris quantitatis negotiis ordinario judicio reservatis, ut id nunc fere in urbibus majoribus Hollandiae vicinarumque regionum, quin & in ipsis provincialibus curiis obtinere constat; quo casu prorogatio vix admittenda ex ante dictis, ne in subsidium constituti ea ratione ad se magnam traherent juris dicundi partem, eamque ordinariorum judicum subducerent examini; dummodo non aliud praxi aut municipali lege cautum sit. Vide Christianaeum *ad Leges Mechliniens. tit.* 1. *art.* 16. *num.* 2. *& seqq.*

36. Sunt autem causae variae, in quibus prorogatio jurisdictionis, licet illis facta, qui alicui praesunt judicio, nullius tamen momenti est. Sic enim Hollandis placuit, in causis assecurationis omnem quiescere debere prorogationis effectum, quantacunque fuerit pecunia, de qua lis est. *Nader Ampliat. van d'instruct. van den Hegen en provinc. Rade* 24. *Martii* 1644. *art.* 8. in ceteris non aliter Curiae provinciali nominatim factam prorogationem admitti obtinuit, quam si, cum prorogantes simul eidem ordinario seu quotidiano subessent judici, litigaturi sint de debito in urbibus majoribus trecentos, in minoribus centum & quinquaginta, in praefecturis sexaginta, in pagis vero quadraginta florenos excedente. At si diversis subessent judicibus subalternis ejusdem provinciae, rara jussa est esse prorogatio circa debitum in urbibus excedens centum, aut ruri quinquaginta florenorum quantitatem, *d. Ampliat.* 24. *Martii* 1644. *art.* 5. 6. Zelandis quoque omnis improbata prorogatio jurisdictionis inter eos, qui uni ordinario subsunt, judici inferiori; tum demum admissa, si sub diversis habitent judicibus, & expressim sese Curiae provinciali subjecerint, *provisioneel accoord tusschen Hollan en Zeeland* 7. *Martii* 1607. *art.* 3. *vol.* 2. *placit. Hol. pag.* 774. ad haec Universitatis nostrae studiosis, peculiare forum Academicum habentibus, denegata prorogationis faciendae licentia, nisi majores annis viginti quinque specialem fecerint sui fori privilegiati renunciationem. *Ampliatio articuli* 39. *statutorum Acad. Lugduno Batavae* 24. *Martii* 1662.

37. In criminalibus denique causis frustranea plerumque est prorogatio; cum reus criminis comprehendi ubique possit; & reatus omnem plerumque dignitatem excludat, faciatque cessari fori praescriptionem, *l.* 1. *C. ubi Senatores vel Clariss. l.* 1. *C. ubi de crimin. l. praeses* 3. *l. congruit* 13. *ff. de offic. praesid.* de qua plura *tit. de judiciis & foro compet.*

38. Ceterum quia jurisdictione concessa, ea quoque concessa censentur, sine quibus illa explicari non posset, *l.* 2. *ff. h. t.* non mirum, cohaerere imperium, quod nihil aliud est quam jubendi, cogendi, coercendique potestas, arg. *l. munus* 214. *l. potestatis* 215. *ff. de verb. signif.* junct. *l. ult. in fin. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. l. imperium* 3. *ff. h. t.* adeo ut & ipsis actibus voluntariae jurisdictionis imperium non desit; nam adoptionem imperio magistratus fieri, ait Imperator *§.* 1. *Instit. de adopt.* non quod magistratus ad adoptionem quemquam adigat; sed quatenus illam adoptionem, quae primitus a libera adoptantis & adoptati voluntate profecta est, sua auctoritate praetor tuetur, ne quis contrarietur iis, quae eo auctore atque superstite gesta sunt: eo fere modo, quo & judex sententiam fert, aut in judiciis divisoriis rerum distributionem facit, secundum id, quod inter litigantes convenit pronunciandum esse, *l. si convenerit* 26. *ff. de re judicata*, *l. judicem* 21. *ff. comm. divid.*

39. Est autem imperium vel merum vel mixtum. Merum est, *habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines*, *d. l.* 3. *ff. h. t.* specie scilicet excellentiore modoque animadversionis frequentiore posito pro genere; uti teli tignique denominatio omne instrumentum quo homo occidi potest, omnemque aptam aedificationi materiam complectitur, *§. item lex* 5. *Instit. de public. judic. §. cum in suo* 29. *instit. de rer. divis.* poenam enim gladii in irrogando ultimo supplicio magis frequentatam fuisse, quam alios mortis naturalis inferendae modos, constat ex *l. aut damnum* 8. *§. vita adimitur* 1. *ff. de poenis t.* 1. *pr. ff. de abigeis*. Alioquin plures imperii meri gradus esse, eoque pertinere non tantum summum supplicium seu mortis naturalis irrogationem; sed & mortem civilem, damnatione in metallum ac deportatione infligendam; relegationem quoque, & in opus publicum damnationem, fustiumque ictus (& secundum mores hodiernos ad carceres perpetuos damnationem) nequaquam dubium, *l. capitalium* 28. *pr. & §.* 1. *ff. de poenis*, *l. nemo potest* 70. *ff. de regul. juris*, *solent* 6. *in pr. ff. de offic. procons. & legati*. Unde &, quia legato proconsulis nec a lege datum erat merum imperium, nec a proconsule mandari poterat, ei animadvertendi, coercendi, & atrociter verberandi jus denegatum est, *l. si quid erit* 11. *ff. de offic. procons. & legat.* junct.

l. 1. *§.* 1. *ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* denique & pœnas pecuniarias publicis ex criminibus irrogandas non perperam ad merum reduxeris imperium, arg. *l. relegati* 4. *ff. de interdict. & relegat.* junct. *l.* 1. *ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd.* Vinnius *tract. de jurisdict. cap.* 1. *numer.* 5.

40. Non tamen imperium hoc merum in solo consistit naturali facto animadversionis, sic ut omnis deesset jurisdictio; sed magis in animadvertendi potestate, cui conjuncta est potestas examinandi & condemnandi vel absolvendi, causa cognita, reos criminum, sic ut præcedens causæ cognitio & examen indissolubili nexu huic cohæreat imperio, atque inde etiam extraordinarium mandati genus fuisse dicatur, quo proconsul, qui merum non potuit mandare imperium, legato mandabat custodiarum cognitionem, ut scilicet is præauditas custodias remitteret ad proconsulem, innocentes deinde liberaturum, nocentes damnaturum, *l. solent* 6. *in pr. ff. de off. proc. & legati*. Adde Wissenbach *ad Pand. disput.* 6. *th.* Vinnium *d. cap.* 1. *num. ult.* Ut proinde errare videantur qui merum imperium dictum arbitrantur, tanquam separatum ab omni jurisdictione: cum nullum omnino, sive in Republica sive Imperatoribus tempus fuerit, quo assertionis istius veritas obtinuit. Quod enim attinet Principum Romanorum tempora, merum imperium sub jurisdictionis appellatione fuisse comprehensum, ipsamque judicii publici exercitionem jurisdictionem Jurisconsultis fuisse dictam, superius abunde in divisione jurisdictionis in civilem & criminalem adstructum fuit. Et quamvis in libera republica consulibus vetitum fuerit, injussu populi de capite civis Romani jus dicere; tamen, quotiescunque jus dicebatur, jurisdictio cum imperio mero conjuncta exercebatur, sive populus ipse sive quæstores parricidii, sive quæstionibus perpetuis factis prætores judiciorum criminalium exercendorum curam haberent: de quibus vide plura apud Polletum *Historia fori Romani lib.* 3. *cap.* 7. Carolum Sigonium *de judiciis lib.* 2. *cap.* 4. & 6. Rectius merum imperium cum D. Noodt *de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 4. ex eo dictum suspiceris, quia ad ultionem læsæ disciplinæ pertinet, & severitatem judicis ac vim requirit, & ob id vehementius & insignius habetur, seu ut Gudelinus *de jure noviss. lib.* 5. *cap.* 13. vers. *aptissime autem* seu, *num.* 18. *propter elucens in re tam gravi præcipuum quoddam jus potestatis*, quo sensu apud Latinos merum pro summo accipi ibidem docet D. Noodt. Et certe, cum in civilibus in subsidium demum potestati judicis locus sit, si quis refractarius ea, ad quæ sine judice sponte sua præstanda, facienda, danda, restituenda obstrictus erat, præstare nolit; amplius illic transigere, indebitum solvere, prævaricari, colludere auctori cum reo non sit inhibitum, ut vulgo notum; quin & conveniri possit, qualem judex sententiam dicturus sit, sic ut quod litigantes maluerint, sequi in judicando judex teneatur, *l. si convenerit* 26. *ff. de re judicat. l. judicem* 21. *ff. communi dividundo*. Omnia denique judicia civilia sint absolutoria, quoties actori reus in quacunque judicii parte sponte satisfacerit, *§. ult. Instit. de perpet. & tempor. action.* Contra in criminalibus omni ex parte vis atque coactio apparet; in quantum nullus delinquens natura vel lege obstrictus est, ut sponte ad supplicium a lege constitutum se, membraque sua offerat; sed coactionem judicis malumque passionis, quod infligitur ob malum actionis, (uti pœnam definit Grotius *de jure belli & pac. libr.* 2. *cap.* 20. *num.* 1.) tenetur expectare; sic ut nec audiendus sit criminis reus perire festinans, sed pro eo etiam invito appellatio per alium facta admitti debeat, *l. non tantum* 6. *ff. de appellat.* ad hæc invitus reus carceri, vinculis, militari, aut alteri custodiæ committitur, quæstionibus subjicitur, sententiam executionemque patitur, invitus accusator vi inscriptionis in crimen in accusatione perseverare cogitur; custodiæ similitudinem sæpe subire, sæpe quæstionibus ea, quæ detulit, docere adigitur, nec impune desistit, prævaricatur, colluditve cum adversario, sed magis ex calumnia similitudinem supplicii debet metuere. Adeo ut quocunque respexeris, sive accusatorem sive reum consideres, ubique vim, coactionem, imperium merum, durum, vehemens, severum offendas.

41. Qui vero merum hoc apud Romanos imperium exercuerint, ex iis quæ *lib.* 1. de magistratuum singulorum potestate & officiis dicta sunt, abunde patet. Magistratibus quidem municipalibus illud ex jure Romano non competiisse, sed solis majoribus, velut præfecto urbi, proconsulibus, præsidibus, similibusque in aperto est; cum ne omnes quidem mixti imperii partes ad eos pertinuerint, nec facere potuerint ea, quæ magis imperii erant, quam jurisdictionis, *l. ea quæ magis* 26. *ff. municipalem*. Sed mores auxerunt hodie multum jura ac potestatem civitatum, ita ut plerique urbium ac municipiorum judices non civilem tantum jurisdictionem, sed & merum imperium exercere possint; quin & multi toparchæ liberi, uti & illi, quos bene natos (*Welgebore mannen*) appellant, in variis Hollandiæ præfecturis, Baillivum sibi adjunctum habentes. Et suo quidem hi omnes nomine ac jure proprio; cum ex adverso Curia provincialis Hollandiæ non suo, sed Ordinum nomine imperii meri actus expediat. Antonius Matthæus *de auctionib. lib.* 1. *cap.* 3. *num.* 2. 8. 9. Simon van Leeuwen *censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 9. & 11. Groenewegen *ad l.* 26. *ff. ad municipalem, & ad rubric. Cod. de defensorib. civitat.*

42. Mixtum imperium est, quod jurisdictioni cohæret, seu cui inest jurisdictio, *l. imperium* 3. *ff. h. t. l.* 1. *§. ult. l. ult. in fine ff. de offic. ejus, cui mandata est jurisdict.*; cum vana atque elusoria sit omnis jurisdictio, nisi nervos habeat imperii, quibus ad obedientiam adducantur contumaces, & executionem decreta sortiantur. Ad quod imperium mixtum, cum jurisdictione civili conjunctum, constat, non modo judices dandi, eosque ad judicandum adstringendi potestatem, sed & in integrum restituendi, ad prætorias cautiones adigendi, in possessionem mittendi, judicum a se datorum sententias exsequendi jus reducendum esse *l. Imperium* 3. *l.* 4. *l. eum, qui* 13. *pr. & §.* 1. *ff. h. t. l. cum prætor* 12. *§.* 1. *l. venditor* 49. *in fine ff. de judiciis l.* 1. *l. dies* 4. *§. duas* 3. *ff. de damno infecto*; præcipue vero, quæcunque jurisdictioni civili explicandæ, velut adminicula subserviunt; ut pignorum capio, mulctæ indictio, manu militari facienda ablatio, *l. sacrilegi* 9. *§. ult. ff. ad leg. Jul. peculatus §. pen. Institut. de satisdat. tut. l.* 2. *§.* 1. *ff. si quis in jus voc. non*

-verit, *l. unic. pr. ff. si quis jus dic. non obtemp. l. qui restituere* 68. *ff. de rei vind. l. pen. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. missus*, carcer quoque & militaris custodia, si debitores obærati solutionem detrectent, nec satisfiat creditori, nec bonis cedatur, *l.* 1. *C. qui bonis ced. poss. l. nemo* 2. *C. de exact. tribut.* Quamvis hæc posteriora, criminum reis decreta ad merum imperium haud dubie spectent, *l.* 1. *l.* 3. *de custodia & exhib. reorum*.

43. Licet autem mixtum imperium, seu cogendi coercendique potestas nexu tam firmo cohæreat jurisdictioni, ut separari a se mutuo non possint, & jurisdictio sine modica coercitione nulla sit, *leg. ult. ff. de offic. ejus cui mandata est jurisdict.* atque inde etiam, ea, quæ in una lege adscribuntur imperio, in altera dicantur jurisdictionis esse, ut puta, judicis datio, *leg. imperium* 3. *ff. hoc tit.* junct. *leg. cum prætor* 12. *§.* 1. *ff. de judiciis*, in integrum restitutio, *leg. ea, quæ* 26. *pr. & §.* 1. *ff. ad municipal.* junct. *l. in causa* 16. *§. ult. ff. de minor.* 25. *annis*, adoptio *§.* 1. *Instit. de adopt.* junct. *l.* 2. *ff. de off. procons. & legati*, coactio hæredis fiduciarii ad adeundam restituendamque hereditatem, *l. ille, a quo* 13. *§. tempestivum* 4. *ff. ad Senatusc. Trebell.*; re ipsa tamen, & accurate loquendo, distincta est imperii & jurisdictionis natura; sic ut etiam alia negotia magis, alia minus adjunctum habeant imperium, indeque vel magis imperii, vel magis jurisdictionis esse censeantur, *l. jubere* 4. *ff. h. t. l. ea, quæ* 26. *ff. ad municipal.* usque adeo, ut & magistratus municipales dicantur sine imperio & potestate esse, *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injuriis*, non alia, ut opinor, de causa, quam quia Ulpiani & Pauli tempore ipsis denegabantur ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, *d. l. ea, quæ* 26. utut expeditum sit, eos non omni jurisdictione mixtoque imperio fuisse destitutos, *l. magistratibus* 12. *ff. h. t. l.* 1. *l. dies* 4. *§. duas* 3. *ff. de damno infect. l. jus dandi* 3. *ff. de tut. & curat. dat. ab his §. nos autem* 5. *Instit. de Attil. tut. l. ult. ff. de decretis ab ordine fac.*

44. Sed ut apertius constet, distinctam fuisse jurisdictionis & imperii mixti naturam, evincunt id evidenter verba Ulpiani in *l. muto* 6. *§.* 2. *ff. de tutelis*, qui tutelæ dationem *neque imperii, neque jurisdictionis esse* dixit. Removet nempe duo, ad quæ reduci posse tutelæ dationem negat, *imperium & jurisdictionem*. Nec recte exceperis, id ita in municipalibus, non aliis magistratibus obtinuisse; cum datio tutoris, de qua illic sermo, æque, imo magis majoribus, quam municipalibus ex lege competierit. Evincit insuper *l. ult. §.* 1. *ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* ubi Paulus *mandata jurisdictione etiam imperium, quod non est merum, videri mandatum*, ait. Sane si imperium naturaliter esset ipsa jurisdictio, quæ, quæso, posset superesse dubitandi ratio, an mandata jurisdictione etiam imperium videretur mandatum? quorsum de eo, ut de re, quæ sua non carebat hæsitatione, responsum dubitanter *verius id esse?* quorsum peculiaris nota Pauli in *l.* 1. *§. ult. ff. eod. tit.* ubi post Ulpiani verba, *Paulus notat., & imperium, quod jurisdictioni cohæret, mandata jurisdictione transire, verius est?* Nec aliud indigitatur in *l.* 2. *ff. h. t.* in qua Javolenus tradit, *ei, cui jurisdictio concessa est, ea quoque concessa videri, sine quibus jurisdictio explicari non potuit*. Explicatur scilicet jurisdictio mediante imperio, seu cogendi ac coercendi modica potestate; defenditur pœnali judicio, ac mulcta, similibusque, *l.* 2. *§.* 1. *ff. si quis in jus vocat. non iver.* & notanter Ulpianus *in l. un. ff. si quis jus dicenti non obtemp. omnibus*, inquit, *magistratibus secundum jus potestatis suæ concessum est jurisdictionem suam defendere pœnali judicio*. Defendunt *jurisdictionem*, idque *pœnali judicio*, & hoc secundum *jus potestatis suæ*, id est, secundum illud imperium, quod ipsis concessum est: *potestas enim*, ut Paulus ait, in *magistratibus designat imperium*, *l. potestatis* 215. *ff. de verbor. signif.* Denique hanc sententiam confirmat abunde loquendi modus, quo *jurisdictioni cohærere imperium*, & *imperio inesse jurisdictionem*, jurisconsulti dixerunt, *l.* 1. *in fin. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd. l. imperium* 3. *ff. h. t.* Ut enim pacta adjecta dicuntur *inesse stipulationi*, *inesse bonæ fidei judiciis*, *l. lecta* 40. *ff. de reb. credit. l. item quia* 4. *§. ult. l. juris gentium* 7. *§. quinimo* 5. *ff. de pactis*; & tamen contractuum ipsorum, pactorumque iis adjectorum diversa natura est, ac pacta sine contractu, contractus sine pactis subsistunt; licet pacta talia ac contractus junctim operentur, quatenus ex contractu quidem actio datur, sed ex pacto adjecto formatur, *d. l.* 7. *§.* 5. adeoque vel ad alia datur, quam ad quæ natura contractus tendebat; vel debilitatur, aut in totum eliditur exceptione dilatoria aut peremptoria pacti per reum opponenda, *§. præterea* 3. *Instit. de exception.* ita quoque imperium, quod cohæret, & cui inest jurisdictio, natura a jurisdictione differt; aliusque, accurate loquendo, est actus jurisdictionis, alius vero actus coactionis & imperii. Scilicet judicis datio ex more veteri, datio tutoris, examen & cognitio cum subsequente sententia, jussu, vel decreto magistratuum, proprie actus jurisdictionis sunt, quibus si sponte pareatur a litigantibus, imperio & coactione seu coercitione haud opus est: sed si resistant, succedit imperium seu coactio ejus, qui jubendi potestatem habuerat, dum captis pignoribus, indicta mulcta, manu militari, aliisque modis, quibus jurisdictio explicari solet, adigit judices tutoresque datos ad obeundum munus impositum, litigantes refractarios ad sententiæ, jussus, aut decreti interpositi implementum. Ita in *l. si infinita* 15. *§. ubi autem* 23. *ff. de damno infecto*, *post jussum* sequitur *de possessione dejectio* & in *l. restituere* 68. *ff. de rei vindicat. qui restituere jussus, judici non paret, si quidem habeat rem manu militari officio judicis ab eo possessio transferretur*; præcipue vero *in l. pen. ff. ne vis fiat ei, in possess. missus* ubi, *si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa, & non admittatur, potestate ejus inducendus est in possessionem, qui eum misit*: & paulo post, *sed melius erit dicere, extra ordinem ipsos jure suæ potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem*. Adde Vinnium *de jurisd. cap.* 7. Quin imo, non a vero me aberrare putem, si unum eundemque actum, habita ratione alterius actus antecedentis ad imperium pertinere dixerim, qui ad actum alium sequentem relatione habita, non tam imperii, quam jurisdictionis erit. Quod in cautione legatorum, vel damni infecti nomine manifestum est. Prætor scilicet causa cognita cave-

ri jubet legatario, aut damnum ex re vitiosa metuenti, atque ita jurisdictionem exercet. Jussui huic si non pareatur per hæredem, aut rei vitiosæ dominum, adigit eum cogitque prætor ad decreti implementum missione in possessionem; quam dum facit ad cautionem contumaci extorquendam, actum imperii & coercitionis exercere dicendus est. Sed si ne sic quidem cavere jussus induci possit, ut caveat, verum ex adverso missum a prætore admittere detrectet, rursus prætor missum, at non admissum jure potestatis suæ inducit in possessionem manu militari, atque ita exsequi dicitur decretum suum, quo jusserat, ut in possessionem iret is, cui contumaciter non cavebatur, *d. ll.* Decretum ergo missionis in possessionem est imperii, in quantum interponitur ad extorquendam cautionem a prætore injunctam; rursus idem illud missionis decretum jurisdictionis actus est, in quantum prætor ad decreti istius implementum suo utitur imperio & potestate, per inductionem in possessionem manu militari intercedente. Leve vero est, quod jam dictis regeritur, *inesse* in jure nostro perinde accipi, ac si diceretur *unum idemque esse*: sic dolo fraudem inesse *l. juris gentium* 7. *§. sed si fraudandi* 10. *ff. de pactis*. Esto enim, quod isthoc in exemplo verbum, *inesse*, eo sensu valeat; tamen, cum abusiva prorsus atque insolita ea verbi *inesse* significatio sit, ad casus alios in dubio haud porrigenda; non sane ad imperium & jurisdictionem, in quibus neque ulla tali evidentia naturali constat, quod unum idemque sint, atque quidem natura certum est, *doli* & *fraudis* in solo nomine, non re diversitatem esse; neque hanc verbi *inesse* interpretationem patitur alterum ei simile, puta, *cohærere* imperium jurisdictioni; cum ratio non patiatur, ut id, quod cohæret, cum eo, cui hæret, dicatur idem.

45. Prætereundum autem non est, nostris ac gentium plerarumque moribus jurisdictionem & imperium sæpe considerari tanquam quid patrimoniale, quod rei, castro, territorio cohæret, & una cum re principali etiam pignori obligari, ac ad universales aut particulares successores ducum, principum, comitum, baronum, nobilium, aliorumque similium jure successionis, legati, donationis, venditionis, permutationis, aut præscriptionis, transferri potest: cujus etiam jurisdictionis, velut rei incorporalis intuitu actio confessoria aut negatoria, interdicta uti possidetis aliaque retinendæ vel recuperandæ possessionis remedia locum habent adversus eos, qui jurisdictionis terminos excedunt, vel eam exercent, quæ ipsis non competit. Dividiturque vulgo barbaris denominationibus in *altam*, *mediam* & *bassam*, ad quas revocantur omnia, quæ jure Romano imperii jurisdictionis ac notionis appellatione veniebant; ita ut alta quidem seu summa jus gladii merumque imperium complectatur; media tutelæ dationes, mulctandi, subhastandi, annonæ curandæ, judicum eligendorum, prætorum ruralium constituendorum jus; bassa vero seu infima causarum pecuniariarum cognitionem & definitionem similiaque contineat; licet in hisce subinde ita varient locorum singulorum usus, ut certa ac generali definitione satis exacte comprehendi nequeant. Vide Gudelinum *de jure noviss. lib.* 5. *cap.* 13. *in fine*, Argentræum *ad consuet. Britann. art.* 446. *gl.* 2. Vinnium *de jurisdict. cap.* 1. *num.* 1. & *cap.* 4. *num.* 4. *cap.* 8. *num.* 2. *in fin.* Neostadium *Curiæ supr. decis.* 63. *in fine.* Lambertum Goris *advers. tract.* 4. *§.* 3. *Sententien van den Hoogen en Provincialen Rade dec.* 34. Simon van Leeuwen *cen. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 8. Groenewegen *ad tit. C. ubi conveniat, qui certo loco dare promisit*, & *ad l.* 4. *C. de modo mulctarum*, Paulum Voet *ad princ. Instit. de justit. & jure num. ult.* Burgundum *ad consuet. Flandr. tract.* 9. Joh. Papon *lib.* 7. *tit.* 7. *arrest.* 33. *in notis* Clariss. D. Vitrarium *in Institutionibus juris publici Romano Germanici lib.* 3. *cap.* 15. & *seq. præcipue* 20. Et quo modo mediante pretio & titulo emtionis multi in Belgio vasalli jurisdictionem & merum imperium, etiam delicti gratiam faciendi potestatem impetraverint, patet ex iis, quæ occurrunt in *d'ordonnantie op de criminele justitie van Kon Philips anno* 1570. *art.* 14. *ac mul. seqq.* & plenissime tractantur apud C. Anton. Matthæum *de jure gladii cap.* 5. & *multis seqq.* prolixissime denique de alta seu summa, media, & ima jurisdictione materiam explicuerunt plures haud ignobiles consuetudinum explanatores: Choppinus *ad leges Andium tot. lib.* 1. Chassanæus *ad consuet. Burgund. rub.* 1. Bort *van hooge en ambachts heerlijkheden.*

46. Exercetur jurisdictio in eos tantum, qui sunt in territorio, vel ibi bona habent, sic ut vel personæ vel bonorum intuitu subjecti sint: si enim ratione personæ suæ subsint, recte judex iis jus dicit, etiam de rebus extra territorium sitis. Plane si quem nec personæ nec bonorum respectu subesse constet, extra territorium jus dicendi impune non paretur, *l. ult. ff. h. t.* ac jure fecisse censeri debet, qui ab alterius loci magistratu aut apparitoribus & ministris ejus extra territorium ejus in loco alio vim aut aggressionem passus, sub obtentu & fiducia magistratus violenter resistit. Fabius de Anna Matthæus *de criminibus lib.* 48. *tit.* 14. *cap.* 1. *num.* 2. Chassanæus *ad consuet. Bur. rub.* 1. *§.* 7. verbo, *simplicis resistentiæ*, *n.* 9. & *seqq.* Mynsingerus *cent.* 5. *observ.* 18. consult. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 100. *pag.* 333. & *seqq.* incipit *Wy ondergeschreven.* Qua ratione etiam sæpe condita per Ordines generales placita, quibus incolæ pagorum, urbibus per nostrates devictis respondentium, prohibiti ullis parere mandatis aut jurisdictionibus hostium, sed tantum Ordinum, qui ipsas urbes suis præsidiis tenebant ac possidebant, *vol.* 2. *placitorum Holl. pag.* 1169. & *seqq. usque ad pag.* 1190. sufficit autem, in initio aliquem fuisse jurisdictioni suppositum, licet pendente lite per migrationem, aut dignitatis mutationem, vel incrementum subesse desierit, *l. pen. ff. h. t. l. si quis posteaquam* 7. *ff. de judic.*

47. Est tamen casus, in quo præses rogatus in suo territorio jurisdictionem impertitur adversus eum, qui in præsidis alterius moratur provincia, favore libertatis, *l. non tantum* 51. *§. sed Articuleiano ff.* 7. *de fideicomm. libert.* Sunt & casus, quibus extra suum territorium existens magistratus jurisdictionem exercet. Sic proconsul in aliena provincia jurisdictionem voluntariam, *l.* 2. *ff. de off. proconsul. & legati*; et singulari jure per Albertum Bavariæ ducem Hollandiæ comitem Delphensis urbis prætori concessa potestas apprehendi sceleratos totis viginti decempedis extra urbis territorium, vide consult. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 223. 224. Neque etiam novum,

ut ex consensu magistratuum, qui alioquin jure soli in aliquo loco, puta, civitate jurisdictionem habent, alii jurisdictionem ibidem exerceant, concesso ipsis per magistratum urbanum territorio, ut ibi secundum suam jurisdictionem judicent & exsecutionem faciant in causis civilibus & criminalibus ad notionem urbani magistratus haud pertinentibus. Sic Magistratus Leydensis id indulsit præfecto & superioribus aggerum & regionis Rhenolandicæ judicibus, *Acoord tusschen de Hoemraden en de Stadt Leyden* 28 *Novembr.* 1595 *art.* 20. *volum.* 2. *placit. Holl. pag.* 1353 & 1354. Idem magistratus urbanus Hulstæ in Flandria regionis Hulstanæ judicibus intra sua concessit mœnia. *Acte van approbatie van't contract. tusschen de regeerders van de Stadt Hulst en Hulsterambacht* 16 *Maii* 1654, *d. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1228 & *seqq.*

48. Quemadmodum autem extra territorium, ita & supra jurisdictionem suam jus dicenti impune non paretur, *l. ult. ff. h. t.* dum forte potestas judicantis ad causas, certam quantitatem haud excedentes, per leges aut consuetudines, ita adstricta est, ut nec prorogationem patiatur: quippe quo casu sententia, a tali judice supra eam quantitatem lata, nullius momenti est, ne ad summam quidem concurrentem usque valitura. Etsi enim neglecta donationis insinuatio efficiat, ut ultra quingentos aureos facta liberalitas quantum ad summam quingentos excedentem inutilis sit, sed ad quingentos usque nihilominus subsistat, *l. sancimus* 34. *C. de donation.* id tamen ad sententias producendum non est; quippe quarum causa individua est, sic ut non possit ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere, *l. in hoc judicio* 27. *ff. famil. ercisc.* nisi diversa contineret capita, sibi invicem haud connexa, quorum quædam, non omnia, superant judicis potestatem, arg. *l. etiam si patre* 29. §. *ex causa* 1. *ff. de minor.* 25. *annis l. quædam mulier* 41. *ff. famil. ercisc.* Rebuffus *ad constit. regias tom.* 1. *tract. de sentent. provisional. art.* 2. *gloss.* 4. *n.* 7. Costalius *ad l. ult. ff. h. t.* Quoties autem de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur inspiciendum est, non quantum debeatur, *l. pen. in fin. ff. h. t.*

49. Quod si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus, non coacervatæ, sed singulæ summæ spectandæ sunt, nec videbitur quid esse supra judicis jurisdictionem, *l. si idem* 11. *ff. h. t.* nisi plures petantur quantitates ex eadem causa debitæ, veluti plurium annorum usuræ ejusdem sortis intuitu solvendæ, vel plures ejusdem litis consortes sint, sive actores, sive rei, de una simul litigantes re vel quantitate, summam definitam excedente: vel duplicibus agatur actionibus familiæ erciscundæ, communi dividundo finium regundorum; quia, etsi unusquisque de parte sua, judicis jurisdictionem non superante litiget; tamen & tota res in judicium deducta est, & vel uni in divisoriis judiciis adjudicari potest, *d. l. si idem* 11. §. *ult. ff. h. t.* Costalius, & vulgo DD. *ad l.* 11. *ff. h. t.*

50. Non etiam sibi vel suis quisquam recte jus dicit, non uxori, non liberis, non libertis, non domesticis ceteris, quos secum habet, ne ex magna, qua in tales ducitur affectione, iniquum decernat, aut sibi ipsi per injuriam adversarii prosit. Adeo ut ne corpora quidem ac societates mercatoriæ speciali privilegio munitæ, & jurisdictione per majestatem donatæ, recte jus dicant in eos, quos contra privilegia sibi concessa negotiatos esse, aut aliud quid commisisse constiterit, unde per sententiam lucrum aut damnum ipsi accederet societati: cum in re propria iniquum admodum sit, alicui tribuere licentiam sententiæ, *l. qui jurisdictioni* 10. *ff. h. t. l. unic. C. ne quis in sua caus. judicet. l. ille, a quo* 13. §. *pen. ff. ad Senatusc. Trebell.* Consult. jurisc. Holl. *par.* 5. *cons.* 104. atque ita etiam acerrima quædam de violatis societatis Indiæ occidentalis privilegiis disceptatio coram ordinariis Urbis Amstelodamensis judicibus instituta fuit, de qua *d. part.* 5. *consult. Holland. consil.* 232. & *multis seqq.* Adde *tit. de judic. n.* 45.

51. Adversario tamen consentiente, ut sibi suisque quis jus dicat, aut judex in sua suorumque causa sit, nequaquam absurdum; cum nulla volenti fiat injuria, nec ulla ratio sit, cur pater filio arbiter ex compromisso esse posset, judex esse ex consensu non posset, arg. *l. quin etiam* 6. *ff. de receptis qui arb. recep.* & de tali casu consensus & conventionis commode accipietur, quod in *l. in privatis* 77. *ff. de judiciis* dicitur, *in privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere posse.* Nisi enim adversarius consentiret, haud dubie vulgata judicis suspecti exceptione se posset tueri, & adversarii sui patrem aut filium judicem declinare. Et hoc quoque consensus fundamento nititur, quod filius, imo filiusfamilias magistratus patrem hæredem fiduciarium, ac hæreditatem suspectam dicentem, cogere potuit ad adeundum & restituendum; fideicommissario scilicet sponte talem filiumfamilias interpellante, nec suspicionis causam habente; cum patri nullum ex editione coacta damnum lucrumve esset accessurum, *l. ille, a quo* 13. §. *ult.* & *l.* 14. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Prætor tamen, si dubitetur, an ipsius sit jurisdictio, de eo ipso cognoscit ac judicat; & hactenus sibi jus dicere videtur æstimans, an sua sit jurisdictio, *l. si quis ex aliena* 5. *ff. de judiciis, l. ex quacumque* 2. *ff. si quis in jus voc. non iverit,* in voluntaria quoque jurisdictione nihil impedit, quo minus sibi quisque jus dicat, ut ante monitum ex *l. un. in fin. ff. de off. consulis, l. si consul.* 3. & 4. *ff. de adopt. l. an apud se* 5. *l. si rogatus* 20. §. *ult. ff. de manumiss. vind.* Denique si ipse Princeps sit, qui superiorem non agnoscit, necessitatis ratio dictat, hunc sibi jus dicere, ut sibi leges ipse figit; sic Princeps inter fiscum ad se spectantem & legatarios super caducitate legatorum judicasse proponitur, in *l. proxime* 3. *ff. de his, quæ in testam. delent.* Tiberius ipse ex persona servi sui hæres, inter se ac servi sui substitutum constituit, hæreditatem inter se ex capite servi instituti, & substitutum æquis esse portionibus dividendam, *l.* & *hoc Viberius* 41. *ff. de hered. inst.* §. *ult. Instit. de vulg. substit.*

52. Ad hæc par in parem nullum habet imperium aut jurisdictionem, multoque minus in superiorem, sic ut ne voluntariæ quidem jurisdictionis actis apud eum cui par imperium est, veluti collegam, expediri possint, *l. apud eum* 14. *ff. de manumissionibus, l. apud filiumfamilias* 18. §. 1. *ff. de manumist.*

vindict. l. nam magistratus 4. *ff. de receptis qui arbitr. recep. l. judicium* 58. *ff. de judiciis, l. ille, a quo* 13. *§. pen. ff. ad Senatusc. Trebell.* ut tamen in actibus jurisdictionis contentiosæ id fieri possit, si sese pares aut superiores sponte subjiciant, *d. l.* 13. *§. pen. ff. ad Senat. Trebell.* Vide August. Barbosam *axiom. juris usufreq.* 174. *ibique DD.* His consequens est, in casu quo duo sunt ejusdem territorii domini, & jurisdictionem tanquam quid patrimoniale, pro indiviso habent ac exercent, non posse unum ex his suum socium jurisdictionis in eo territorio delinquentem coercere, sed magis in hisce similibusque aliis potestatis superioris jurisdictionem spectare punitionem, arg. *d. l.* 13. *§. pen. ff. ad senatusc. Trebell.* Andr. Gayl. *de arrestis cap.* 4. *num.* 7. Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 74. Cum vero magistratus unusquisque in suo tantum territorio imperium habeat, ac extra illud pro privato habendus sit, *l. præses provinciæ in sua* 3. *ff. de offic. præsidis, l. ult. ff. de off. præf. urbi*, regula superior non impediet, quo minus inferior dignitate magistratus in suo territorio jurisdictionem, coactionem, & coercitionem exerceat in eos, qui in ipsius territorio aut litem fovent aut deliquerunt, cum ipsi alterius territorii magistratus essent æquali vel majore præditi potestate. Idemque de ministris, ipsorum mandato instructis, & ita peccantibus, statuendum est; nisi aliud inter plures eadem summo Principi subjectos, sed diversis ejus territorii æquali vel dispari potestate præpositos, auctoritate principali vel usu inductum appareat. Vide Guidonem Pap. *decis.* 328. *ibique Ranchini & aliorum notas.* Boerium *decis.* 9.

53. Quibus vero modis prohibetur jurisdictio, puta, per actuum variorum ad jurisdictionem spectantium exercitia, per erectionem furcarum, exactionem gabellarum, ut loquuntur; an per testes, an & singulares hic audiendi sint, aliaque vide apud Mascardum de *probationibus conclus.* 948. Illud non prætereundum, si inter duos prætores, baillivos, similesque lis sit de terminis & limitibus suæ jurisdictionis; eos suo, non publico sumtu, hanc litem debere persequi, nisi illam ex Ordinum, vel supremæ aut provincialis curiæ, vel cameræ rationum decretum susceperint, *instruct. Curiæ supremæ art.* 95.

54. Finitur jurisdictio morte ejus, cui concessa est, quoties secundum Romani juris principia ut jus personale ossibus personæ adhærere consideratur: sic ut etiam mandata jurisdictio morte mandantis evanescat, quoties ea supervenit, antequam res ab eo, cui mandata erat jurisdictio, geri cœperit, *l. & quia* 6. *ff. h. t.* Etsi enim judices pedanei, a præside dari, soleant etiam in tempus successorum ejus durare, et cogi pronunciare, *l. venditor* 49. *§.* 1. *ff. de judiciis;* non tamen ad mandatarios jurisdictionis id producendum est; cum mandatarius vicem mandantis gerat, eumque repræsentet, ac jure ejus et potestate utatur; quæ potestas, morte mandantis extincta, non ultra per mandatarium repræsentari potest. At judex pedaneus, semel ex more judiciorum recte datus, proprio nomine agit quicquid agit, nec dantem repræsentat, sed propriam notionem habet, a vita vel morte dantis haud dependentem. Vinnius *de jurisdict. cap.* 12. *nu.* 2. Aliter sese res habet, si prædio adhærens & in commercio & patrimonio cujusque existens jurisdictio ad alios, venpecus aut ovile transire soleat. Perit insuper lapso tempore, ad quod concessa erat, arg. *l. consensisse* 2. *§. si & judex* 2. *ff. de judic. l. eum, qui* 13. *§.* 1. *ff. h. t.* quo pertinet, quod omnes magistratus lege lata olim jussi fuerunt se abdicare; quod cum decemviri anno lapso detrectassent, sibi magistratum prorogantes, turbarum haud levium causa fuit, *l.* 3. *§. & cum placuisset* 24. *ff. de orig. jur.* plane sive Principis consensu ante finitum administrationis tempus & successione datum nulli licuit privata auctoritate sese abdicare, præsertim in provinciis; tum quia utilitas provinciarum exigit, esse aliquem, per quem provinciales sua explicent negotia; tum etiam, ne illæ rectore destitutæ libidini malevolorum essent expositæ, *l. prin. ff. de offic. præsid.* junct. *l. meminisse* 10. *ff. de offic. procons. & legati.*

55. Cessat præterea revocatione ejus, qui concessit; dum vel mandans mandatum revocat, quod potest, ex vulgata mandati natura, arg. *l. & quia* 6. *ff. h. t.* vel magistratui ante tempus successorem Princeps dedit, *l. diem functo* 4. *ff. de off. assessor.* arg. *l. judicium solvitur* 58. *ff. de judiciis*, sic ut læsæ majestatis reus censeatur, qui de provincia, cum ei successum esset, non decessit, *l. quive de provincia* 3. *ff. ad leg. Jul. Majest.* Quæ quidem evocatio & ademptio in hodierna quoque jurisdictione patrimoniali locum invenire potest; si quis enim notabilem contumacemque concessæ jurisdictionis abusum commiserit, sceleratos recipiendo, subditos opprimendo, pœnæ loco omni potestate & jurisdictione eum exuendum esse, sancitum fuit *Ordonnantie op de criminele Justitie van. Kon Philips anno.* 1570. *art.* 23. Quod tamen aliquando tum in Belgio, tum in Gallia rebus judicatis ita temperatum fuit in partem mitiorem, ut ipse tantum, qui abusus erat, exercitio privaretur, hæredibus ejus post ejus obitum relicta liberrima potestatis exercendæ licentia; eo fere modo, quo olim ob nimiam dominorum in servos sævitiam & dominicæ potestatis abusum non quidem in totum ipsis adimebatur jus quæsitum, sed venditio injungebatur, ut ita carerent potestate dominica, qua fuerant abusi, pretii tamen intuitu jus haberent illibatum, *§. ult. Inst. de his, qui sui, vel alien. juris.* Rodenburch *de jure conjug. tract. prælimin. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *num.* 17. *fere in fine.* Joh. Papon. *lib.* 13. *tit.* 1. *arrest.* 13. Gregorius Tholosanus *syntag. juris civilis libr.* 6. *cap.* 20. *num. ult.* Certe, cum jurisdictio fere hodie jure feudi competat, ac prædiis cohæreat feudalibus, isthæc in jurisdictione ob abusum adimenda mitigatio maxime conveniens est illorum populorum moribus, quibus visum fuit, ne plicatis quidem ob delictum bonis ceteris, publicari feudalia, tamquam a genere & majoribus profluentia, nequaquam ultimo possessori accepto ferenda, adeoque nec ex delicto ejus generi ac familiæ adimenda, arg. *l. eum qui* 4. *ff. de interdict. & relegatis*, ut de Hollandiæ usu Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 43. *num.* 7. De Flandrico ac Brabantino usu Christinæus *vol.* 1. *decis.* 300. *num.* 25. Adde Zoesium *de feudis cap.* 16. *num.* 56. 57. Responsa *jurisc. Holl. part.* 4. *consil.* 420. *fere in med.* Petrum Bort *de feudis Holland. part.* 7. *tit.* 1. *cap.* 9. *n.* 5. *& seqq. pag. mihi* 353. *& tit.* 2. *cap.* 2. *num.* 11. *& seqq. pag.* 339. Conveniens quo

juribus eorum, quibus placuit ob delictum & feloniam vasallum quidem emolumento feudi privandum, sed ad hæredes ejus, ipso extincto, intacta omnia jura reditura. Uti id de Gallorum more testatur Papon. *lib.* 8. *tit.* 3. *arrest.* 17. Charondas *lib.* 2. *responsor. cap.* 16.

56. Denique, ut præscriptione jurisdictio introduci potest, ita & præscriptione contraria tolli.

57. Ad tuendam autem jurisdictionem varia edicta a prætore proposita. Primum est de *albo corrupto*, constituta in eum, qui dolo, non rusticitate corrupit, pœna quingentorum, vel ut alii legunt, quinquaginta aureorum; quæ populari in factum actione petitur, cujusvis intersit, album in usum totius populi ac singulorum propositum, non corrumpi. Si quis in ære non habeat, pelle luit. Et pluribus corrumpentibus, præstatione pœnæ per unum facta, ceteri non liberantur, licet unius domini familia corruperit; secus, si familia tantum dedisset corrumpendi consilium, quo casu velut ex uno facto sufficeret una pœna præstatio. Nec interest, ipse corruperit, an corrumpi mandaverit; nec, an corruperit, an vero in totum sustulerit; nec, an corruperit postquam illud jam esset propositum, an vero antequam, vel dum proponeretur, *l. si quis id* 7. *l.* 8. 9. *ff. h. t.* Videtur autem hæc in factum actio ad eos quoque extendenda, qui vel Principum vel præfectorum prætorio edicta (de quibus *tit. de off. præf. prætorio*) corruperint, cum majori instructi potestate etiam pati videantur tali corruptione injuriam atrociorem, ad minimum pari pœnæ genere coercendum. Cum vero moribus hodiernis pleræque delinquentium pœnæ sint arbitrariæ, consequens fuit, eos, qui Principum aut Ordinum edicta, curiarum portarumque valvis affixa, uti & edicta citatoria, aliaque publica auctoritate in locis celebrioribus proposita programmata, licet non perpetuæ jurisdictionis gratia, corruperint dolo malo, extraordinaria coercitione pro modo admissi arbitrio judicis mulctandos esse. *Instruct. voor de deurwaardes van de Staten van Zeeland* 29. *Julii* 1607. *art.* 31. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1136. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 281. Groenewegen & Busius *ad l.* 7. *ff. h. t.* Paulus Voet *ad §.* 12. *Instit. de action. num.* 4. adeo ut ne dominus quidem, cujus res per errorem, tamquam ad Titium pertinens, proscripta erat auctoritate publica, impune dejiciat libellos proscriptionis affixos; cum potius intercedere debet venditioni. Secus si privata tantum auctoritate Titius rem meam tamquam suam publice venalem proscripsisset; nam cum unumquodque naturaliter sic resolvatur uti ligatum est, nihil impediret privatim avelli programma per eum, cujus in præjudicium privatim affixum est: publice vero removeri, quæ publica ex potestate habuerunt initium. Sic enim quod privatus in nostro fecit, privata licet rescindere auctoritate; quod vero permissu prætoris factum, non nisi eodem permittente tollere licet, *l. quemadmodum* 29. *§.* 1. *ff. ad leg. Aquil. l. sed si inter* 27. *ff. de servit. præd. urban. l. fluminum* 24. *pr.* vers. *quid ergo ff. de damn. infect. l. ult. §. si ad januam* 2. *ff. quod vi aut clam;* similiter signa rebus alienis privatim imposita tollere domino rerum licet; non item si judicis auctoritate id factum appareat, *l.* 1. 2. *C. ut num lic. sine jud. auct. signa reb. impon. alienis*, Anton. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 8. *n.* 21. 22.

TITULUS II.

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

SUMMARIA.

1. *Cur illi, qui jus novum dederunt vel impetrarunt, puniendi sint, & cur hæredes quoque eandem pœnam subire debeant?*
2. *Ad cujus petitionem jure novo utatur, qui illud dedit aut impetravit? Et cui noceat assessorum, tutorum, procuratorum, filiorumfamilias, similiumque factum?*
3. *Quibus casibus cesset hæc pœna?*
4. *Edicti hujus æquitas laudatur; & hac occasione agitur de jure talionis & retorsionis; quid illud sit?*
5. *Traduntur regulæ generales, secundum quas vel æquum vel iniquum erit, isto uti jure retorsionis.*

1. CUM novum non esset, ut magistratus vel gratia, vel odio, vel pretio corrupti, vel prece exorati, actionem dantes, vel exceptionem admittentes, quæ danda aut admittenda non erat, vel novo & insolito more judicii formulam captiosam præscribentes, erubescenda varietate pro arbitrio jura justitiamque, quantum in se erat, immutarent; neque minus peccarent, qui talia a magistratibus petebant ac impetrabant: hisce merito per edictum prætoris occursum fuit, ac cautum; ut si vel magistratus jus novum statuisset, vel a magistratu privatus impetrasset, pœnæ loco tum ipse, tum hæredes ejus eodem jure deberent uti, *l.* 1. *§.* 1. *l. si quis* 3. *§. quod autem* 5. *h. t.* licet enim actiones pœnales contra hæredes non dentur, seu inchoentur, *l. constitutionibus* 33. *ff. de oblig. & act. §.* 1. *Instit. de perpet. & tempor. action.*; si tamen pœnæ semel in defunctum statutæ sint, (sicuti in hac materia juris veteris seu communis dispositio ipso jure protinus denegata fuit jus novum dantibus aut impetrantibus) nihil impedit, quominus deinceps in hæredes continuentur. Quo fundamento etiam nititur, quod, cum res ob fraudatum vectigal ipso jure cadat in commissum, & statim desinat ejus esse, qui fraudavit, defuncto fraudatore ante litem motam, fisco nihilominus ipsius rei persecutio adversus fraudatoris hæredes concessa est *l. commissa* 14. *ff. de publican. & vectigal.* ut proinde aliud in pœnis sententia judicis adhuc infligendis, aliud in iis, quæ ipso jure impositæ, obtineat. Adde Hugonem Grotium in Responsis Juriscons. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 165. *in fine.* Ant. Matthæum *de auctionibus libr.* 2. *cap.* 4. *num.* 23. *ante med.* Donellum *ad l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hæredes teneantur num.* 49. *et seqq.*

2. Utitur autem quisque jure novo, quod dedit vel obtinuit, non tantum ad læsi, sed & alterius cujuscumque petitionem, *l. si quis* 3. *§. hæc pœna* 2. *ff. h. t.* sic ut hujus pœnæ persecutio popularis videatur. Nec mirum, cum populi totius intersit, leges inviolatas servari; quas tamen contraria velut consuetudine mutari contingeret, si frequenter jus no-

vum impetraretur. Plane in hisce assessorum suggestio ipsis, non præsidi damnosa est, *l. hoc edicto* 2. *ff. h. t.* & tutoris, curatoris, procuratoris, filiifamilias impetratio neque pupillo, neque minori, neque domino, neque patri nocet, nisi dominus, paterve id mandasset aut habuisset ratum, *l. si quis* 3. *§. si procurator* 1. *§. si filius* 4. *ff. h. t.* Uti nec fidejussoris impetratio reo principali nocet; licet ex adverso impetratio per reum principalem facta fidejussori præjudicet, *l. si quis* 3. *§. si is, pro quo* 5. *ff. h. t.* arg. *l. mora rei* 88. *ff. de verbor. obligat.*

3. Cessat tamen hæc pœna, si magistratus, jus novum statuere volens, impeditus fuerit, aut decreverit adversus jurisdictioni suæ non subjectum, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* vel privatus postulaverit quidem, sed non impetraverit; neque enim hic conatus puniendus fuit, cum injuria effectum non habuerit. Impetrasse tamen nocebit, licet impetrans jure novo non fuerit usus, *l.* 1. *§.* 1. *l. si quis* 3. *pr. ff. h. t.* si modo simul postulaverit, *d. l.* 3. *pr.* Similiter ex hoc edicto non tenetur, qui contra eum, per quem jus novum datum aut impetratum fuerat, eodem jure usus fuit; cum non peccet, qui quid agit edicti auctoritate munitus, *l. ult. ff. h. t.* Nec is, qui hujus edicti auctoritate poterat non solvere, si solverit, repetitionem habet, eo quod naturalis subest obligatio, inhibens indebiti condictionem, *l.* 3. *§. ult. ff. h. t.*

4. Summa autem æquitate suffulta est hujus edicti dispositio: qui enim aspernabitur, aut indignabitur, idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* injuria certe non est (ut ait Seneca 3. *de ira cap.* 30.) pati, quod prior feceris. Hujusque tituli fundamento nititur vulgatissimum jus talionis & retorsionis, quo magistratus sive rogatus, sive sponte ex officio, factum, quo persona aut res læsa est, simili facto pensat, ad juris sui publici, aut privati juris subditorum tutelam. Quod, uti jure divino multifariam probatum, *Genes.* 9. *vers.* 6. *Levitici cap.* 24. *vers.* 17. 18. 19. 20. 21. & jure Romano olim in injuriis, nec non publicis in accusationibus vi subscriptionis in crimen, aliisque multis usurpatum fuit; ut patet ex *§. pœna* 7. *Instit. de injuriis*, *l. nullus* 2. *C. de exhib. & transmitt. reis*, *l. ult. C. de accusationib. l. si cui ff. de accusation. l. cum in eo* 44. *ff. de pactis*, *l. cum hæreditas* 59. *ff. de admin. & peric. tutor. leg. altius ff. si servit. vindic.* ita & hodie in quamplurimis publicis privatisque negotiis usum habet; neque dubium, quin Princeps quisque & legislator ex juris rigore possit alieni Principis subjectis talia onera imponere, talia denegare beneficia, talia denique jura in universum in eos eorumque bona exercere, qualia ille Princeps alter aut legislator in Principis retorsione utentis subditos censuit exercenda. Uti id multis exemplis ac casibus demonstrat Berlichius *conclus. practicab. part.* 3. *conclus.* 51. Wesembecius *parat. Pandect. h. t. in fine*. Hahnius *ad Wesembecium d. loco.* Sed quia exempla omnia ab illis recensita non pari nituntur æquitatis & prudentiæ in legislatore requisitæ ratione; rectius fuerit generales concipere regulas ac requisita, quibus concurrentibus justum videri potest remedium retorsionis.

5. Ante omnia ergo id observandum puto, non alias posse juri retorsionis locum esse, quam si is, adversus cujus subjectos Princeps alter aut magistratus jus illud exercere desiderat, tale quid in hujus subjectos jam constituerit; at nequaquam, si non in hujus, sed tertii subjectos id fuerit decretum. Qua ratione si Lipsienses a suis nundinis arcuerint Francofurtenses, hi quidem eodem jure Lipsienses a nundinarum suarum communione arcuerint, at neutiquam Belgas extra partes positos, & tum Lipsiensibus, tum Francofurtensibus ad suas nundinas aditum commerciique jura præbentes. Vide Berlichium *part.* 3. *conclus.* 31. *n.* 27. 28. Deinde regulariter haud admittendum hoc jus, quoties non in odium aut invidiam peregrinorum, jus quoddam durius rigidiusque constitutum est, sed generaliter in omnes sive subditos, sive exteros; sic ut non alio loco habeantur, aut iniquiore jure exteri, quam cives & indigenæ domi fruantur. Non enim extranei justam quandam sibi merito finxerint indignationis causam, cum ipsis eodem cum civibus jure uti licet. Jacob. Thomingius *decis.* 26. *n.* 6. Cum ergo per Hollandiam vigeat tributum partis pretii quadragesimæ in immobilium venditionibus, ut & vicesimæ in collateralium & extraneorum successione ad sublevandas fisci angustias, sive Hollandi emtores aut venditores successoresve universales, aut particulares fuerint, sive peregrini illis in locis foventes domicilium, in quibus hujusmodi tributa ignorantur; durum sane fuerit, Hollandis emptoribus, aut successoribus in immobilia defunctorum bona, sita in locis tributi hujus usu carentibus, imponi hanc vicesimæ aut quadragesimæ necessitatem. Inficias quidem non eundum, quin summo jure loci cujusque Princeps id possit constituere, ne plus peregrini inde auferant, quam Princeps ipsorum patitur a peregrinis ex suo territorio aliorsum deferri; ut ita ipse suos subjectos peregrinis, vel potius peregrinos suis subjectis æquet, & efficiat, ne melioris sint conditionis peregrini, quam cives proprii. Qua ratione Saxoniæ constitutiones, ne peregrina cognata plus ex gerada cognatæ in Saxonia defunctæ ferat, quam leges loci, in quo successura commoratur, patiuntur per peregrinas ex gerada seu mobilibus utensilibus mulieris ibidem defunctæ tolli & abduci, defendit Thomingius *d. decis.* 26. *num.* 13. 14. 15. 16. *& passim tot. decis.* Berlinchius *d. part.* 3. *conclus.* 51. *num.* 21. *& seqq.* Eodemque fundamento nititur, quod, cum multorum locorum statutis jus *issuæ* vel *exuæ* introductum esset, quo inter alia disponitur, certam partem bonorum, in quæ non cives, sed peregrini succedunt, publico inferendam esse, & ea portio in plerisque locis decima, in paucioribus quinta esset definita; statutis quibusdam cautum inveniatur, decimam quidem partem a peregrinis succedentibus pendendam esse; sed si lex loci, in quo peregrini successores domicilium fovent, graviorem pensitationem, puta, quintam, a peregrinis succedentibus exigat, tunc illos ipsos etiam jure *issuæ* pati debere quintæ partis detractionem, retorsionis lege. Nec dubium, quin & in universum defendi possit, quoties in uno loco statutum viget prohibitorium, cujus dispositio nec pacto expresso in contrarium concepto per subditos aut exteros mutari posset, nec alterius loci statutum eligi ac comprobari pateretur, (de quo nos latius de statutis) toties alterius loci magistratum, qui sua jura alibi exclusa videt & prohibita, vicissim quoque

peregrinis istius loci, ubi prohibitorium statutum viget, denegare posse sui statuti beneficium ac dispositionem, retorsionis jure, si inæqualitas certa maneret, & deterioris conditionis semper essent cives quam peregrini, illo jure retorsionis non adhibito. Si tamen non certo constaret, unius loci subditum semper in damno hæsurum, alterius loci subditum lucrifacturum, sed incertus esset ex variantibus diversorum locorum statutis lucri damnive eventus, nulla ratione consultum fuerit, ut adversus exteros jure retorsionis ac dispositione legum, quæ in loco domicilii exterorum vigent; ne inextricabilibus implicaremur molestiis ac difficultatibus, inter vicinas præcipue gentes omni studio evitandis. Licet ergo ex iis, quæ de summo jure ac potestate statuta condentium in suo territorio diximus, manifestum evadat, nihil obstare, quo minus in Hollandia lex conderetur, ne Geldei, neve Flandri libere de prædiis Hollandicis testentur, quia nec Hollandis id licet de Geldricis Flandricisve rebus: aut quo minus caveretur, ne Ultrajectini in quartu gradu collateralium positi jure repræsentationis veniant ad bona Hollandica cum suis patruis magnis, quia nec Ultrajectini tali casu Hollandos in tali gradu positos admittunt ad res immobiles Ultrajectinas vi repræsentationis: vel ne Ultrajectinis in bonis pater Hollandus, civis loci jure Scabinico utentis, suo filio civi Ultrajectino succedat, quia vicissim pater Ultrajectinus filio, civi Hollandiæ, quæ Scabinico jure gaudet, non esset successurus: tamen propter incertum mortalitatis & successionis eventum, & inde dependentem incertitudinem, an alterius loci statuta de successione ex testamento vel ab intestato peregrinis magis aut minus profutura sint, quam statuta loci, in quo domicilium fixerunt; satius longe fuerit, utrimque incertum successionis lucrum damnumve pensari, & æqualem peregrinis ac indigenis poni ac conservari succedendi rationem. Idemque in ceteris quamplurimis judicium esto.

TITULUS III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

SUMMARIA.

1. *Qui jus dicenti non obtemperat, quomodo Jure Romano ac moribus coerceatur? explicatur* l. 1. §. 1. ff. h. t.
2. *Hanc in factum actionem non popularem, sed privatam esse.*
3. *Ut puniatur, qui jus dicenti non obtemperavit, aut mandatis pœnalibus, non anxie inquiritur, an jure, an injuria judex abductionem vel ablationem rei præceperit.*

1. NOn obtemperare dicitur jus dicenti, qui id, quod extremum est in jurisdictione, non fecit, dum rem abduci vel auferri mandato judicis passus non est, sive actor, sive reus sit; *l. un.* §. 1. & 3. *ff. h. t.* elliptica locutio, & sensus legis imperfectus, nisi post verba *passus esse* subaudiatur, *hoc edicto vel hac pœna non tenetur*. Scilicet, *is videtur jus dicenti non obtemperasse, qui, quod extremum est in jurisdictione, non fecit. Veluti, si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est*, hoc edicto non tenetur; *ceterum si & sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur*. Adeoque quisque recte jus suum adversus alium rem vindicantem tuetur, nec videri potest in judicem contumax. Verum si non tantum pati noluerit rem vindicari, sed nec abduci vel auferri, & ita sequentia, abductionem nempe, recusaverit pati, edicto obstrictus est. Cujacius *libr.* 24. *observ.* 25. Contra quem ob id personalis in factum actio competit, non tantum ad id quod interest, sed quanti ea res est in judicium deducta, licet non jure petita, *l. unic.* §. *ult. ff. h. t. l. contumacia* 53. *ff. de re judicata*, arg. *l. si per* 5. §. *in eum* 1. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat.* &, cum meram pœnam contineat, neque post annum, neque in heredem datur, *l. un.* §. *ult. ff. h. t.* neque contra pupillum, minorem, dominum, ex tutoris, curatoris, aut procuratoris facto, *d. l. unic.* §. 2. *ff. h. t.* hodie tamen cessare hanc pœnam, ejusque loco contumacem litis damno coerceri, auctor est Groenewegen *ad d. l. un.* §. *ult. ff. h. t.* sic ut auctor id, quod sua interest, nunc consequatur, eo modo, quo id in actione ad exhibendum & multis aliis secundum jus Romanum obtinuit. Vide *l. ult.* §. 1. *ff. de appellation. l. qui restituere* 68. *ff. de rei vendicat. l. 1.* §. *hæc verba* 5. *ff. ne fiat ei, qui in possess. missus*.

2. Accommodat autem magistratus hanc actionem non cuilibet ex populo, (uti ex superioribus edictis de albo corrupto, & jure novo dato vel impetrato) sed potius adversario læso: licet enim magistratus hoc pœnali judicio suam dicatur tueri jurisdictionem, *l. un. pr. ff. h. t.* non tamen primario hic vindicatur læsa jurisdictio, sed potius jus privati. Unde &, an pœna, an id, quod interest, hic veniret præstandum, disceptatur, *d. l. un.* §. *ult. ff. h. t.* cum tamen in actionibus popularibus, qua talibus, ista de persequendo eo, quod interest, disceptatio non possit locum habere. Eoque facit, quod, licet violenta exemptione rei in jus vocati, & repulsione ejus, qui per prætorem in possessionem missus est, æque & magis lædatur magistratus auctoritas, quam si quis rem abduci non pateretur: actiones tamen ob id competentes nequaquam populares sint, sed solis læsis concessæ, *l. 1.* §. *ult. ff. ne vis fiat ei, qui in possess. missus, l. si per* 5. §. *in eum* 1. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat*.

3. Neque quantum ad hanc actionem attinet, anxie inquirendum, utrum jure, an injuria judex abductionem aut ablationem aliudve simile decreverit; cum etiam iniqua præcipienti judici obtemperandum sit. Hinc, cum quis curiæ mandato pœnali, cedere fundo conducto, & si se opponeret, mandato ad tres septimanas rato manente, judicio adesse juberetur, nec tamen mandato judicis obtemperaret, jure condemnatus fuit omnia reparare attentata; eo quod ab iniquo præcepto debuisset appellare; Neostadius *Curia supr. dec.* 28.

TITULUS IV.

De in Jus vocando.

SUMMARIA.

1. *Quid sit in jus vocare, quis vocare possit, an & universitates?*

2. *Quo modo quis de domo sua vel ecclesia in jus vocari possit, vel non?*

3. *Nemo vocandus dum funus, aut uxorem ducit, aut sacra facit: potest tamen vocari ante vel post solemnia funeris &c. in aditu redituque. Quales sint,* qui propter loci religionem inde se movere non possint?

4. *Vocari nequeunt furiosi, minores sine curatore: quid juris si impetraverint veniam ætatis?*

5. *An magistratus? & quid moribus?*

6. *Patroni & parentes non possunt vocari sine venia; & quid hodie servetur? quæ pœna sit vocantium sine venia? & quando illa cesset?*

7. *Parentum nomine hic veniunt etiam naturales, etsi turpes personæ sint; sive suo, sive tutorio, aliove simili nomine pro pupillis conveniantur; quid juris, si filius curatorem patris sui furiosi vocet?*

8. *An socer aut socrus vocari sine venia?*

9. *An vitricus aut noverca?*

10. *An uxor maritum sine venia?*

11. *An vasallus dominum directum? an subjectus Principem? aut Principis ministros, veluti ærarii quæstores, fisci advocatos?*

12. *Quid juris in præceptoribus, susceptoribus de fonte baptismatis, fratribus?*

13. *Qua forma olim, qua postmodum, qua denique hodie fieri solitæ in jus vocationes per apparitores, intra judicis territorium, non extra.*

14. *Quis effectus vocationis legitime factæ? quid juris, si defectu quodam laboret vocatio? quid, si reus non recte vocatus sponte venerit?*

15. *Quo modo hodie impetretur decretum generale vocandi debitores plures* (mandement van debitis) *quandiu id duret, & ad quæ debita spectet?*

16. *Quid sit in jus vocatio edictalis, & quando locum habeat?*

17. *Quid sit hodie realis in jus vocatio, seu* arrestum? *quod potentior sit, quam verbalis in criminibus.*

18. *Arrestum fit vel jurisdictionis fundandæ, vel rei servandæ causa. Hac jure quoque civili probata, & æquissima.*

19. *Rei servandæ causa fit etiam post litem contestatam, etiam alio in loco, & alterius judicis jussu, quam ubi lis cœpta, licet lex loci improbet arresta jurisdictionis ergo, aut personas jubeat ex privilegio ab arresto immunes esse; persona etiam recte sistitur, etsi res sit arresto jam detenta, & vice versa.*

20. *Arrestum rei servandæ causa etiam ante diei aut conditionis obligationi adjectæ existentiam recte fit, nec inducit litis pendentiam.*

21. *Non tamen, nisi post debitum contractum nova fugæ aut interversionis suspicio nascatur.*

22. *Quo fundamento nitantur arresta jurisdictionis fundandæ gratia?*

23. *Repugnans principiis juris Romani.*

24. *Omni in loco fieri possunt, an & in castris? omni tempore, etiam feriis divinis, ac de nocte; non tempore nundinarum majorum.*

25. *Arrestis locus in actionibus in personam. An, si in rem agatur? & quid si tunc testes testimonii causa sistantur? quid si simul in rem & in personam actio competat ejusdem rei vel debiti intuitu?*

26. *Non in actionibus in personam, quæ certi judicis jurisdictioni, ad exclusionem judicum ordinariorum commissæ sunt; nec in obligationibus ex die vel conditione adhuc pendentibus.*

27. *Quo modo, qua forma, & auctoritate arresta fieri debeant, quæ generaliter observanda? remissive: servanda consuetudo loci, in quo arrestum fit.*

28. *Nemo auctoritate privata res aut personas sistere potest, nisi periculum in mora sit.*

29. *Reditus & pensiones immobilium, quorum dies jam cessit, an arresto gravari possint auctoritate judicis, in cujus territorio debitor redituum aut pensionum fovet domicilium?*

30. *Ordinarii judices, licet superiores, non possunt concedere generaliter licentiam sistendi promiscue cives alteri Principi parentes; id majestatis est.*

31. *An, & quo usque pagani judices arresta decernant jurisdictionis causa; & quid possint Hagienses?*

32. *Qui in territorio alieno ex concessione tribunal habent, non recte decernunt arrestum personarum aut rerum, isto in territorio sitarum; Curia Brabantina Hagæ, Flandrica in Zelandia judicans, si Brabanti, Flandri, eorumve bona in Hollandia aut Zelandia sint.*

33. *Qui in jus vocare possunt, etiam sistendi jus habent. An procurator ad agendum datus? an generalis cum libera? an sine mandato pro conjuncta persona?*

34. *An minores, an uxores sine curatorum, aut maritorum auctoritate, si caveant de rato?*

35. *Arresto detineri possunt, qui in jus vocari; etiam hæres cum beneficio inventarii; hodie etiam fœminæ; Frisco etiam Hollandum; licet alias in Frisia non probetur sistendi jus jurisdictionis causa.*

36. *Sisti nequeunt, qui nequeunt in jus vocari; minores, nisi veniam ætatis impetraverint; non mulieres in maritali positæ potestate. Quid si publicæ mercatrices sint?*

37. *An tutores, curatores, procuratores, testamentorum executores?*

38. *An quis sistere possit debitorem sui debitoris?*

39. *An, & quatenus arresto detineri possint milites, quique annonam, & alia ad castra devehunt; advocati & reliqui curiarum suppositi, consiliarii Curiarum, Professores, per hostes pulsi in Hollandia hærentes, delegati ad comitia Hollandiæ?*

40. *An sisti possit, qui testimonii perhibendi vel tutelæ reddendæ causa evocatus est? An debitor, qui transactionis causa a creditore est evocatus, vel sponte venit; et quid juris, si securitatis rescriptum debitor impetrarit? an, qui funeris, aut uxoris ducendæ causa, accedit, recedit, vel in ipso loco hæret?*

41. *An sisti, qui appellationis vel alterius litis persequendæ causa in aliquo loco est? an per unum jure vel injuria detentus, per alium sisti possit; et an semel laxatus, iterum ab eodem vel ab alio sisti in continenti queat?*

42. *An studiosi, eorumque bona?*

43. *An legati exterarum gentium?*

44. *An delegati ad fœderata Belgii uniti collegia per singulas provincias?*

45. *An duo Hollandi, duo Ultrajectini, duo Zelandi, se invicem extra suam provinciam, an duo ejusdem civitatis incolæ se invicem extra suam civitatem? Quid juris circa privilegium de Brabantinis non sistendis? An Zelandus Hollandum, et vice versa? hac occasione de variis conventionibus inter Hollandos, Zelandos Ultrajectinos, Slusanæ urbis et territorii ('t vrye) incolas.*
46. *Conventiones illæ non impediunt, quo minus arresta fiant rei servandæ causa, etiam litis causa per eos, quibus ab Hollando contra Hollandum actio cessa est.*
47. *An parentes a liberis sisti possent?*
48. *An noverca, frater, illustres, nobiles, doctores?*
49. *Bonis debitoris arresto detentis jurisdictionis causa, non potest ipse debitor, non suspectus, pendente lite detineri.*
50. *Non est semper verum, non posse sisti res eorum, qui ipsi sisti prohibentur, aut vice versa; quod exemplis illustratur in bonis minorum, debitorum debitoris; licet hic debitori debeat sub conditione, vel ex die.*
51. *Sisti possunt annui reditus, etiam feuda per judicem non feudalem, si litigandum sit de controversia non feudali. Non tamen sortes aut reditus apud ærarii questores, nec pecunia apud mensam argentariam Amstelodamo deposita; ne per ambages quidem; nec alimenta in futurum debita.*
52. *An stipendia sociorum nauticorum, aut professoribus, sacrorum ministris, advocatis, medicis, militibus, aliisque debita?*
53. *An res hereditariæ statim a morte debitoris? An ipsa cadavera?*
54. *An res aliena per debitorem possessa, ut ita fundaretur jurisdictio?*
55. *An res debitori cum alio communes, et quid in navi cum multis communi?*
56. *An res debitoris, quam is alteri pignori dedit?*
57. *An quis rem propriam? et quid si alius in re nostra jus habeat? quid si alteri nos debeamus? an jurisdictionis causa, sub nobis ipsis sistere possimus, quod debemus, quodve nostrum est?*
58. *Cessat jus sistendi res debitoris, jurisdictionis gratia, ubi curator bonis datus est.*
59. *Privilegium immunitatis ab arresto, ante litem contestatam allegari ac probari debet; etiam a judice, cujus est jurisdictio, recte petitur, ut is eam contra arrestum non jure factum tueatur.*
60. *Quis sit effectus arresti recte facti? quo modo coerceantur, qui arresto violato fugerunt, aut fugientibus opem tulerunt; cui mulcta cedat?*
61. *Quis effectus arresti mobilium & immobilium? quæ pœna non obtemperantium? mobilia tamen jure dominii transire, si per dominum, non obstante arresto, alienentur.*
62. *Quis effectus, si apud debitorem debitoris arrestetur debitum? et an ille, non obstante arresto, debitum solvere possit?*
63. *Arrestum plerosque effectus habet communes cum in jus vocatione; etiam quantum ad litis pendentiam, præventionem, et præscriptionis interruptionem; nisi arrestum faciens die dicto se non sistat, et ita deserat.*
64. *Arrestum apud nos nec jus pignoris tribuit, nec prælationem; nec impedit, quo minus hypothecæ legales fisco, pupillis, et similibus nascantur: secus in Saxonia.*
65. *Qua cautione interposita, laxetur arresti vinculum, remissive: et quid petere possit detentus, si arrestans non prosequatur arrestum?*
66. *Initium judicis est in jus vocatio, sine qua sententia subsecuta est ipso jure nulla, nec sustinetur in favorem non citati.*
67. *Vocatus ad unam causam, ad alteram respondere non compellitur; si tamen sponte respondeat, valet judicium.*

1. Summa nititur æquitate in jus vocatio, ne inauditus quis condemnetur: est enim in jus vocare *juris experiundi causa adversarium vocare ad eum, qui jurisdictioni præest* 1. *ff. h. t. l.* 2. *ff. si quis in jus voc. non iverit*, ac improprie quandoque dicitur in *judicium vocare*, *l. fidejussor.* 2. *§. prætor ait* 2. *ff. qui satisd. cog. l.* 1. *§. ult. l. tutor pro pupillo* 28. *ff. de admin. & peric. tut.* neque enim vocatio fieri poterat ad judicem pedaneum, apud quem quæ gerebantur in judicio, proprie dicebantur geri; sed ad eum solum, qui præerat jurisdictioni, arg. *l. quod si servum* 3. *§.* 1. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat*, *d. l.* 2. *ff. si quis in jus voc. non iverit*. Et quia vocandus est *adversarius*, hinc nec ille, qui tantum præsidi aut Principi libellum offert contra alium, nec qui sui defendendi causa magistratum interpellat, videri potest in jus vocasse, *l. libertus* 14. & 15. *ff. h. t.* Vocare autem potest quilibet legitimam habens personam standi in judicio, sive singularis persona sit, sive respublica aut universitas, constituto scilicet ad id actore per eos, qui universitati præsunt, *l. si municeps* 2. 3. 6. 7. & *tot. tit. ff. quod cujusque universi*.

2. In omni in jus vocatione loci, temporis, ac personarum fuit habenda ratio; in quantum neque omnes, neque omni tempore, nec omni e loco potuerunt vocari. Locum enim quod attinet, quamvis ex loco quocumque regulariter reus vocari potuerit, *l. sed etiam* 20. *ff. h. t.* quia tamen & domus sua tutissimum cuique refugium est, & ipsa quoque miseris omnibus ecclesia, hinc neque e domo sua, neque ab ecclesia quemquam in jus vocari potuisse placuit: neque tamen id creditoribus fraudi fuit; quippe qui, reo intra domus suæ aut templi septa latitante & indefenso, in possessionem bonorum ejus mitti poterant, *l. plerumque* 18. 19. *ff. h. t. l. fideli* 2. *l. præsenti* 6. *§. sed si hoc* 4. *C. de his, qui ad eccles. confug.* Et quæ de domo in il. asseruntur, ad navim quoque jure produxeris, quoties quis navim velut domum inhabitat, nuspiam, præterquam in navi, domicilium fovens, arg. *l. pen. §. ult. ff. de his, qui effud. vel dejecerint.* Hæc vero de reali tantum intelligenda in jus vocatione, qua quis de domo temploque extraheretur aut abduceretur invitus: etenim quin ei, domo aut templo sese continenti, sed ad se aditum præbenti, solemnis poterit etiam a vinea, aut balneo, aut theatro, denunciatio fieri, ut per se vel procuratorem de jure experiretur, nequaquam dubium, *l. satisque* 19. *l. sed etsi* 21. *ff. h. t. l. præsenti* 6. *§.* 1. & 3. *Cod.*

de his, qui ad eccles. in eamque sententiam, Ulpianus ad edictum prætoris, denunciationem ad domum absentis injungens, *verecunde* ait *prætorem denunciari jubere, non extrahi de domo sua*, & domum denunciari *sic accipi debere, ut, & si in aliena domo habitet, ibi ei denuncietur, l. dies cautioni* 4. §. *prætor ait* 5. *ff. de damno infect.*

3. Temporis intuitu cavendum, ne quis in jus vocetur, dum funus ducit familiare, vel cadaver prosequitur, aut justa mortuo facit; dum uxorem ducit, aut viro nubit fœmina; dum apud prætorem causam agit, aut litigandi causa necesse habet in jure vel certo loco sisti; aut tamquam judex de re cognoscit, *l. in jus* 2. 3. 4. *ff. h. t.* arg. *l.* 2. §. 1. 2. *ff. si quis caution. in jud. sist. caus. factis*, nec obstat *l. contra pupillum* 54. §. 1. *ff. de re judicata*, quippe quæ vel tantum de lite apud prætorem inchoata & pendente intelligenda est; vel etiam, si accipiatur de eo, qui causam agebat, non asserit, jure tunc temporis factam esse in jus vocationem, sed tantum excusat a contumaciæ pœnis eum, qui apud minorem judicem litem habens inchoatam, eandem deserit, quia ad majus adjutorium vocatus est, cum peccasse non videatur, qui, dum utrique vacare nequit, uni auditorio, & quidem majori vacat, arg. *l. si quis in gravi* 5. §. *si cum omnes* 4. *ff. de Senatusc. Silan. & Claudiano*. Non etiam pontifex dum sacra facit, nec qui equo publico transvehitur in causa publica, *l.* 2. *ff. h. t.* de quo vide Rævardum *lib.* 2. *varior. cap.* 15. Cujacium *lib.* 13. *obser. cap.* 29. Nec quisquam eo tempore, quo se propter loci religionem inde non potuit dimovere, *d. l.* 2. Quod, quo spectet, incertum satis: dum alii hic emendationem adhibendam putant, ac pro *inde se movere*, legunt, *inde removeri*, atque ita accipiunt verba de illis qui ad templa, maxime ad aras Deorum confugerant; quos nec sub Gentilibus, nec sub Christianis Principibus abstrahi inde potuisse constat; Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 6. alii alias adhibent conjecturas ac divinationes, fundamento destitutas, de quibus Wissenbach *ad Pand. disp.* 7. *thes.* 9. Ego vero eum a Jurisconsulto verbis istis designatum conjicio, qui sacrorum custodiam habebat sibi demandatam, & æditiuus aut hierophylacus in jure appellatur, *annua l.* 20. §. 1. *ff. de annuis legatis*. Ut enim sacerdos, dum sacra faciebat, ita & hierophylacus, dum templi sacrorumque custodiæ operam dabat, abesse ab eo loco per religionem vetabatur, & utrumque æqualiter illo tempore *morabatur religio*, ut Mæcianus loquitur *l. neque infantes* 30. *ff. de fideicomm. libert.* Unde & hos duos Ulpianus conjunxit in *d. l.* 2. *ff. h. t.* & testator in *d. l.* 20. §. 1. *ff. de annuis legatis*. Nihil tamen impedit, quo minus quis in jus vocetur, dum ad locum alium funeris ducendi causa, vel uxoris ducendæ gratia venit, vel inde recedit; adeoque vel ante, vel post solemnem illum actum, in nuptiis ac funeribus interponi solitum. Quod & in accedentibus religionis ergo servatur. Peckius *de jure sistendi cap.* 3. *n.* 12.

4. Personas non vocandas quod attinet, alii nullo modo vocari possunt, alii non nisi impetrata agendi venia. Nullo modo furiosi, aut infantes, *l. quinque* 4. *ff. h. t.* sed magis tutores eorum ac curatores: reliqui ætate minores non aliter, quam tutoris aut curatoris auctoritate muniti, *l. in rebus* 2. *C. qui legit. pers. stand. in judic.* quo si careant, oblato libello recte petit actor, a magistratu competente curatorem constitui, qui minoribus ipsis litem suscipientibus in lite assistat, vel usu hodierno, minorum, infantum, ac furiosorum nomine conveniatur, §. *item inviti* 2. *Instit. de Curatoribus, l.* 1. *admone eam* 7. *C. qui pet. tut. l. ait prætor* 7. §. *sed & si* 2. *ff. de min.* 25. *anni*. Quod si minor sit, cui tributa a Principe ætatis venia, hunc recte vocari, tamquam majorennem, nulla dubitatio est, quoties nulla de re immobili ejus qui vocatur, controversia intercedit, per quam ex sententia judicis re illa vel in totum, vel pro parte posset excidere, *l. si actor* 10. *C. de appellat.* Etenim si rei immobilis amittendæ periculo per litem redderetur obnoxius, non nisi auctore curatore, ad litem illam petito, ac dato, videretur recte in jus vocatus, cum non obstante veniæ impetratione, quantum ad immobilium alienationem minoribus ceteris manserit exæquatus, *l. eos, qui* 3. *C. de his qui veniam ætat.* Christinæus *vol.* 2. *dec.* 153. *n.* 3. Sed cum in Hollandia nunc usu invaluerit, ut concessa ætatis venia, etiam concedatur plerumque libera de rebus immobilibus disponendi potestas, merito statuendum est, toties recte sine curatore eum in jus vocari, qui veniam ætatis impetravit, quoties per istam veniæ concessionem liberum ei de immobilibus arbitrium indultum est. Sande *dec. Fris.* 1. *tit.* 2. *defin.* 1. Groenewegen *ad l. ult. C. qui legit. person. stand. in jud. n.* 4. 5. 6.

5. Non etiam vocari possunt magistratus majores, *d. l. in jus* 2. *ff. h. t.* nisi ob delicta durante magistratu & eius occasione commissa: si enim venalem fuisse de jure sententiam, pœnam vel pretio remissam, vel vitio cupiditatis ingestam; denique, quacunque de causa improbum judicem quis approbare potuerit, etiam durante administratione ejus, hæc deferre non prohibetur, *l. jubemus* 4. *C. ad leg. Jul. repetund.* de aliis vero magistratus tempore & occasione non commissis, differenda lis fuit, donec honorem deposuissent; ut ita magis salva esset magistratui reverentia: cum enim annuum tantum fuerit ejus imperium, non adeo gravis in modica dilatione subesse videbatur acturo jactura, *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injuriis.* Sed quia minoribus magistratibus, ne ipso quidem jure Romano hic honor fuit habitus, nec annuæ plerumque, sed perpetuæ sunt hodiernæ dignitates & reipublicæ munera; merito id moribus invaluisse arbitror, ut nullus ex magistratus sui, sive temporarii sive perpetui, utut maximi, honore impediatur in jus vocari, non magis quam privatus quisque, *Instruct. Cur. Holland. art.* 8. 12. etiamsi quantum ad vocandi formam inter privatos & magistratus officii nomine conveniendos nonnihil intersit, Groenewegen ad *l.* 2. *ff. h. t.* Simon van Leeuwen *paratitl. jur. noviss. lib.* 2. *part.* 1. *cap.* 7. Rittershusius *ad novell. part.* 9. *cap.* 11. *num.* 13. Paulus Voet *ad* §. *ult. Inst. de pœna temere litig. n.* 2. Vinnius *ad* §. 12. *Inst. de action. n.* 3. *in pr.*

6. Impetrata demum a prætore agendi venia vocandi parentes, patroni, patronæ, eorumque liberi & hæredes, etiam extranei *d. l. quinque* 4. §. 1. *& seqq. ff. h. t. l. venia* 2. *C. h. t.* Si quis contra fecerit,

[i]ntra annum tenetur actione in factum non populari, sed privata, ad pœnam 50. aureorum, patrono vel parenti læso applicandam: si enim popularis fuisset, inepte Ulpianus dixisset in *l. si libertus* 12. *ff. h. t.* filiofamilias patroni sine venia vocato absente patre subveniendum esse, ut hanc in libertum instituat actionem, cum ex jure communi a populari actione filiusfamilias haud fuisset arcendus. Inepte quoque inquisivisset ac determinasset in *l. pen. ff. h. t.* hanc actionem hæredi non dari; cum itaque popularem actionem non hæredi minus, tanquam uni ex populo, quam ipsi defuncto competere notum sit. Cessat tamen hæc pœna, si vocantem pœnituerit, aut vocatus non venerit, vel non invitus vocatus sit, *l. quamvis* 11. *ff. h. t.* ut & si patronus libertum adegerit jurare de uxore non ducenda; quale jusjurandum publicæ repugnare credebatur utilitati ac favori matrimoniorum; sic ut nec libertus illud præstitum servare teneretur, sed id ei a lege Julia remissum fuerit; *l. adigere* 6. *§. lege Julia* 4. *ff. de jure patronatus*, ubi pro *permittitur* legi debere *remittitur*, ex finalibus verbis d. legis facile colligitur. Interim a pœna non excusandus libertus quoties non patronum nocentem, sed patroni filium sine venia vocasset, utpote innocentem, *l. adoptivum l.* 8. *ult. ff. h. t.* neque huic refragatur, quod in *l. qui contra* 15. *ff. de jure patron.* dicitur, nec talem patronum, nec liberos ejus quicquam juris habere: id enim de jure successionis in bona liberti operisque imponendis accipiendum; sed non impedit, quo minus reverentia filio insonti salva sit; scilicet, quod successio debeatur patroni filio, id habet a patre, ac patris demum mortem consequitur: vivo eo non habet: si ergo hoc jus pater ipse delinquendo amiserit, ad filium morte sua transmittere non potuit. Sed reverentiam patroni filio libertus debet, etiam vivo patre ejus; quæ cum ipsi insonti non esset adimenda ex delicto paterno, hinc & venia impetranda liberto fuit adversus filium patroni acturo, quasi nullum intercessisset patroni delictum. Ne dicam, de eo, an insons patroni nocentis, & jure patronatus indigni, filius gaudere deberet jure patronatus, an magis ob factum paternum vel avitum ipse quoque eo caret, dissensum fuisse veterum jurisconsultorum, & contraria eorundem Imperatorum rescripta; uti Ulpianus in *d. l.* 8. *§. ult. ff. h. t.* aperte significat; & apertius insignis constitutio divorum fratrum ab eodem Ulpiano proposita in *l. divi fratres* 17. *pr.* & *§.* 1. *ff. de jure patron.* cujus dissensus vestigium forte superest in *d. l.* 15. Sed de patronis a libertis suis non vocandis, qui plura cupit, videat illa in unum collata apud Mejerum *collegio Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 10. 11. 13. moribus denique nostris cessat ordinaria pœna aureorum quinquaginta, ac sola obtinet arbitraria, eaque non ita gravis, in quantum fere vocati sine venia absolvuntur ab instantia, vocante in expensas damnato, Rodemburch de *jure conjug. tit.* 3. *c.* 1. *n.* 22. *p.* 344. *in p.* Ceterum neque rusticitati vocantium sine venia hic parcitur *d. l. venia* 2. *Cod. hoc t.* nec paupertati libertorum, qui ex inopia impares pœnæ solvendæ, in pelle luunt, *l. ult. ff. h. t.* Nec denique evanuisse videri potest edicti pœna, vel veniæ necessitas, ob id, quod quæ quondam ex lege 12. tabularum obtinuerat, temporibus posterioribus cessavit violenta in jus vocatio manusque injectio per quam indigna sæpe patiebantur vocati; cum non sola violentia, sed & parenti patronoque debita reverentia suaserit hanc veniæ impetrationem: etenim cum parentis patronique persona semper liberis ac libertis sancta & honesta esse debuerit; sic ut nec famosæ actiones adversus illos dandæ fuerint; nec illæ, quæ doli vel fraudis mentionem habentes, eorum gravarent pudorem, *l. parens* 5. *§.* 1. *l. liberto* 9. *ff. de obseq. parent. & patron. præst.* prætoris fuit æstimare, an permittenda esset in jus vocatio, nec ne, pro varia actionis infamantis aut non infamantis conditione, *l. sed si hac* 10. *§. prætor ait* 12. *ff. h. t.* Nec est, quod quis existimet, verbalem in jus vocationem extra pœnam esse, quia pœna cessat, si parens vocatus non venerit, vel venerit non invitus, *d. l.* 11. *ff. h. t.* & tertium non datur, quatenus in verbalem in jus vocationem non cadi, invitum venisse. Considerandum enim, pœnam cessare quidem, si non venerit, quia sic contemtu se vindicavit; vel *vocatus fuerit non invitus*, ut lex habet, atque ita sua vocatus voluntate sponte venerit, dum ipse litem sententia dirimi quantocius optabat, ut in casu *l. in tribus* 13. 14. *ff. de judiciis*. Sed si in vocationem faciendam non consenserit, sed invitus vocatus fuerit, & ita vocatus venerit, pœna non cessat; tum quia id nulla lege cautum; tum quia verum est, patri invito vocato injuriam factam esse, edicti pœna vindicandam. Et quamvis nostris & aliorum moribus nunc nulla judicia civilia natura sua infamiam damnato ingerere soleant, ut dixi *tit. de his qui not. infam.* quia tamen haud dubium, quin doli fraudisve mentione in agendo proposita probataque sugilletur opinio rei conventi; mansit etiamnum hodie ex reverentia debita hæc veniæ impetrandæ necessitas, ut ita, si qua facti infamia damnatum sequatur, magis auctoritati judicis imputaretur, quam inverecundæ liberorum vocationi. Vinnius ad *§.* 12. *instit. de action. num.* 5. Paulus Voet. *ad d. §.* 12. *num.* 4. Besoldus *delibatis juris ad Pand. lib.* 2. *qu.* 7. Christianæus *vol.* 2. *dec.* 154. *num.* 9. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 5. *fere in pr. num.* 4. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 22. dissentiunt Donellus *comment. lib.* 23. *cap.* 2. *post. med.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 2. *def.* 26. Ant. Faber *Cod. l.* 2. *tit.* 2. *def.* 13. Costalius *ad l.* 3. *ff. de his, qui sui vel alien. juris*. Quoties ergo sine prævio speciali judicis jussu per libellum petito, fieri consuevit in jus vocatio sola viva apparitoris generalis mandato instructi voce, uti fere id apud inferiores judices fieri moris est, petenda peculiariter a judice in antecessum agendi venia, ubi quis parenti litem movere cupit. Sed si non nisi præcedente jussu judicis, per libellum implorando, procedat in jus vocatio (uti id in superioribus receptum tribunalibus) suffecerit, eidem libello, quo petitur adversarii vocandi licentia, inseri vulgatam clausulam *salva*, vel *petita in antecessum agendi venia*. Quin imo, etiamsi omissa illa formula liberi simpliciter citationis petendæ gratia libellum curiis obtulerint, non dissimulantes, sese liberos, adversarium parentem esse, & ita in jus vocationem curia permiserit, eo ipso venia abunde videri potest impetrata, Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 5. *fere in pr. num.* 4. Groenevvegen *ad l. parentes* 6. *ff. h. t.*

num. 2. Ultrajecti tamen prævaluit, nominatim expressa superiori formula veniam agendi debere peti; adeo ut, cum vulgo libelli, quibus citationis faciendæ licentia petitur, sola expediantur graphiarii adnotatione, absque speciali ipsius curiæ cognitione; tamen inserta hac de venia agendi formula non nisi ex mandato ejusdem curiæ, speciatim cognoscentis per adnotationem annuatur desiderio supplicantis, D. Someren *de jure novercar. cap.* 15. *n.* 1. Paulus Voet *ad §.* 12. *Inst. de action. n.* 4. *in fine*.

7. Parentes hac in materia intelliguntur utriusque sexus, non primi tantum, sed & ulterioris gradus: nec soli legitimi, nec non adoptivi durante adoptione, sed & naturales tantum, ut & matres, quæ vulgo conceperunt, *l. quique* 4. *§. ult. l.* 5. 6 7. 8. *ff. h. t.* cum veniæ hujus impetrandæ necessitas posita sit in naturali reverentia, & pietate erga parentes; ac in aliis quoque juris nostri partibus pietatis officia ad naturales parentes, matresque vulgo concipientes æque ac ad legitimo modo procreantes extensa sint, veluti alimentorum præstatio, *l. si quis a liberis* 5. *§. ergo & matrem* 4. *ff. de agnosc. & alend. liberis*, Schneidevvinus *ad §.* 13. *Inst. de action. num.* 36. *& seqq.* Nec intererit, integræ existimationis sint parentes, an ex delicto quopiam notati: quamvis enim & legum contemtores sint & impii, attamen & patres sunt, atque adeo a pietatis ac reverentiæ officiis liberi nequaquam immunes, arg. *novell.* 12. *cap. si vero* 2. Non etiam refert, proprio nomine parens aut patronus in jus vocandus sit, an vero ut tutor, aut curator, aut defensor, aut actor seu syndicus universitatis, *l. sed si hac* 10. *§. ult. ff. h. t.* Sed si patroni tutor vocandus sit, hunc sine venia vocari posse, habet *d. l.* 10. *§. ult. & l. licet famosæ* 7. *§. ult. ff. de obseq. parent. & patr. præst.* cui consequens est, ut, si patre furioso, curator ejus per filium furiosi in jus vocandus sit, nec tunc veniæ impetratione opus sit, arg. *d. ll.*

8. Ceterum, dum Modestinus regulam tradit, generaliter eas personas, quibus reverentia debita, in jus vocari sine venia non posse, *l. generaliter* 13. *ff. h. t.* non ad alias id pertinere existimem, quam quibus similem, ac parentibus patronisque in edicto prætoris recensitis, honorem deberi constat; ut ita, dum non omnes in edicto casus facile comprehendi poterant, ad similia judex edictum porrigeret, ex vulgata legum natura; arg. *l. non possunt* 12. 13. *ff. de legibus*. Si ergo de socero socruve quæratur, non sine venia videntur vocandi, cum non modo per affinitatem parentis locum obtineant, *l. quia parentis* 16. *ff. soluto matrimon.* sed & affectio paterna inter socerum generumque dicatur intercedere, *l. ult. ff. de his quæ ut indignis*, & socer contra generum æque ac pater contra filium competentiæ gaudeat beneficio, *l. rei judicatæ* 15. *§. ult. & l.* 16. *ff. soluto matrim. l. pen. ff. de jure dot. l. sicut autem* 21. 22. *ff. de re judicat.* Neque hic distinguendum puto inter affinitatem adhuc durantem, & dissolutam: ut post Jasonem videtur innuere Vinnius *ad d. §.* 12. *Instit. de action. n.* 5. *in med.* quippe quæ distinctio nec ratione, nec lege firmatur. Quin imo, socero etiam post dissolutum, ex quo nascebatur affinitas, matrimonium, æque ac eodem adhuc durante, hunc honorem habendum esse argumento esse potest, quod etiam soluto matrimonio eidem indultum est competentiæ beneficium; non aliter denegandum, quam si dolose supra vires patrimonii dotem genero promisisset, aut dissipasset dotem sibi datam, *d. l.* 16. *ff. solut. matrim. d. l. pen.* ex qua limitandum quod generalius proponitur in *d. l.* 21. *ff. de re jud.*

9. In vitrico plane ac noverca dissimilis est ratio, quamvis enim & hi ex affinitate parentum loco sint, in quantum inter vitricum ac privignam, privignum item ac novercam, nuptiæ ex eo capite impeditæ sunt, & in eo socero socruique vitricus pariter ac noverca exæquati in *§. affinitatis* 6. *&* 7. *Instit. de nuptiis, l. adoptivus* 14. *§. ult. ff. de ritu nuptiar.*; tamen quia damnosæ plerumque thori prioris liberis censentur secundæ parentum nuptiæ, indeque nec æqualis in vitricum aut novercam, invitis liberis assumptos, ac quidem in socerum socrumque sponte electos, deprehenditur affectionis causa, sed sæpe magis odia novercalia, & instigationes contra prioris matrimonii liberos malignæ, *l. non est enim* 4. *ff. de inoff. testam.* atque insuper nec competentiæ beneficium vitrico vel novercæ invenitur datum adversus privignos; uti quidem socero adversus generum nurumve; denique nec privigni famosam furti actionem, aut hæreditatis expilatæ crimen, adversus vitricum aut novercam vetantur intentare, *l. de his* 11. *C. de furtis & servo corrup. l. expilatæ* 2. *si avi* 3. *C. de crimin. expil. hæred.* hinc quæ de parentibus & socero socruque dicta, quantum ad veniæ necessitatem, ad vitricum aut novercam non recte traduxeris. Vinnius *ad d. §.* 12. *de action. n.* 5. Merula *in praxi civili libr.* 4. *tit.* 24. *cap.* 12. *num.* 7. Fachineus *lib.* 10. *controv. cap.* 89. D. Someren *de jure novercar. cap.* 15. *num.* 1.

Nec est, quod regeras, etiam contra patronum quandoque liberto famosam concedi actionem; & tamen non eo minus libertum debere veniam agendi petere, si cum patrono litigare cupit, *l. sed si hac* 10. *§. penult. ff. h. t.* Certi namque juris est, regulam de patrono generalem hanc esse, famosas actiones liberto adversus patronum non dari; ac ne eas quidem, quæ doli vel fraudis mentionem habent, licet famosæ non sint, *l. parens* 5. *in fin. l.* 6. *l.* 7. *ff. de obsequiis parentibus & patronis præstand.* ab hac vero regula exceptionem proponi in *d. l.* 10. *§. pen.* si scilicet patronus gravissima libertum injuria affecerit, flagellis forte eum cœdendo. Cum ex adverso de vitrico & noverca talis regula concepta non sit, neque facultas conveniendi eos actione furti, vel expilatæ hæreditatis proponatur tanquam quid singulare, seu tanquam exceptio ab aliqua regula contrarium vulgo dictante; sed tanquam jus ordinarium: ut proinde non stringat illud de liberto ad evertendum argumentum, a necessitate veniæ impetrandæ ob non movendas actiones famosas supra petitum.

10. De uxore major dubitatio est, non tam de jure Romano, quam hodierno: Jure enim Quiritium, quo mulieres junctæ viris non prohibebantur, & contra extraneos, & contra maritos litem vel movere vel suscipere, illa agendi venia non fuit necessaria; dum altum de uxore silentium in edicto est, nec uspiam in legibus reverentia, quam marito debet uxor, invenitur assimilata ei, quam parentibus patronisque liberi ac liberti debent: imo idem ille honor eademque reverentia, ob quam competentiæ

beneficium dicitur marito debere salvum esse contra uxorem, & actio famosa furti uxori in maritum denegandа; uxori vicissim a marito est debita, ac parile uxori beneficium competentiæ, parilemque ab actione furti famosa immunitatem præstat, *l. nam, in honorem* 2. *l.* 3. *§.* 2. *ff. de act. rer. amot. l. alia* 14. *§.* 1. *in fine ff. soluto matrimon.* junct. *l. non tantum* 20. *in fine ff. de re judic.* Nisi ergo eo absurditatis delabi velimus, ut & maritum statuamus venia egere ad vocandam in jus uxorem; minus sufficiens erit reverentia marito debita, ad imponendam uxori, maritum vocaturæ, necessitatem veniæ ad agendum petendæ. Sed si mores hodiernos gentium plerarumque, ac præcipue Belgarum spectes; magis est, ut veniæ impetratione uxor, contra maritum expertura, opus habeat. Cum enim vel ex ipso jure Romano propter vim potestatis prohibitus esset filius adoptivus patrem adoptivum sine venia vocare, *l. adoptivum* 8. *ff. h. t.* idem multo magis in uxore nunc debet obtinere: quippe quæ adeo apud nos maritali potestati, in immensum prope adauctæ, per nuptias subjicitur, ut vel pari vel arctiore istius potestatis vinculo astringatur, quam jure Romano ac præcipue usu hodierno filiifamilias patriæ potestatis nexibus devincti sunt; dum maritalis potestas extinguit patriam, nec ulla annorum aut ætatis meta circumscripta est, nec quicquam uxor vel in jure vel extra jus agere, gerere, contrahere potest, invito, magisque viri, quam parentum arbitratui & imperio cogitur obtemperare. Ex quibus omnibus cum non possit non maxima exsurgere reverentia per uxorem marito præstanda; ratio non est, cur non eundem huic, quam reverentiæ maximæ parentibus debitæ, tribuamus effectum, etiam in ipsa in jus vocatione. Schneidevvinus *ad d. §.* 12. *Instit. de action. n.* 49. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 22. *pag.* 543. *& seqq.* Perezius *in Cod. h. t. num.* 2.

11. Non minor de vasallo contentio est; eo quod a liberto ad vasallum frequens in feudorum interpretationibus argumentatio deprehenditur, teste Everhardo *in loco* 25. *a liberto ad vasallum.* August. Barbosa *commun. argument. loco* 64. Sed cum minus beneficium vasallus domino directo debeat, quam libertus patrono, a quo & libertatem, rem inæstimabilem, & caput civile, & potestatem sibi jure dominii acquirendi, adeptus est; nec uspiam in scriptis feudorum consuetudinibus illa reverentiæ species vasallo inveniatur imposita; rectius plerisque visum, non indigere venia vasallum ad in jus vocandum dominum, a quo feudum tenet. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 41. *num. ult.* Everhardus *d. loco* 25. *a liberto: ad vasallum* Fachineus *lib.* 10. *controvers. cap.* 90. Andr. Gayl. *de pignorationib. observ.* 15. *num.* 4. Mynsingerus *cent.* 4. *obs.* 92. Frederic. a Sande *de feudis Geldriæ tract.* 2. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 11. Simon van Leeuvven *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 10. *n.* 17. Nisi tamen vasallus simul etiam extra omnem feudi relationem esset sui domini directi subjectus: subditum enim non posse suum dominum, tanquam communem patriæ patrem, aut rempublicam patriam suam, velut matrem communem, sine venia in jus vocare plerisque placet, arg. *l.* 2. *ff. de justit. & jure*, Vinnius *ad d. §.* 12. *Instit. de action. num.* 5. *in fine.* Schneidevvinus *ad d. §.* 12. *n.* 44. Andr. Gayl. *d. loco*, quod tamen ad reipublicæ ministros & administratores, veluti quæstores ærarii, fisci patronos ac procuratores, similesque, in causis ad eorum officium spectantibus, haud extendendum; quippe quos etiam sine venia simpliciter in jus vocari, usu vulgatum est, Consult. JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 123.

12. De præceptoribus, ac susceptoribus de fonte baptismatis, nec non fratribus, quærere prope supervacaneum; eo quod hi tantum in aliquo tertio in jure cum veris comparati parentibus, extra illas causas diverso plane a parentibus jure uti debent. Quamvis ergo ex lege Ælia Sentia fuerit manumissionis causa, si annis viginti minor parentem, fratrem, aut pædagogum voluisset manumittere, *§. justa autem* 5. *Instit. quib. ex caus. manumitt. non licet*, & nuptiæ cum susceptore, veluti patre spirituali, æque ac cum naturali parente fuerint interdictæ, *l. si quis alumnam* 26. *in fin. C. de nuptiis*, perperam tamen inde conclusio formabitur, hos sine venia non posse vocari.

13. Formam modumque in jus vocandi quod spectat; licet olim & verbalis & realis in jus vocatio privato cujusque vocantis arbitrio fieri potuerit, absque ulla judicis peculiari auctoritate; sic ut actor reum obtorto collo in jus raperet, invitum, reluctantem, populares implorantem, atque ita *quiritantem* seu *proquiritantem*, quirites ad auxilium conclamantem, opem ferrent misero atque innocenti, & inopi subvenirent: de quo more vide Gellium *Noct. Attic. libr.* 20. *cap.* 1. Rævardum *ad leg.* 12. *tabul. cap.* 5. & *cap.* 3. *pag. mihi* 18. Carol. Sigonium *de judiciis libr.* 1. *cap.* 18. Rosinum *antiquit. Rom. libr.* 9. *c.* 12. tamen postea judicis auctoritate fieri solita, non ea tantum, quæ edicto proposito expedienda fuit; sed & quæ verbis, dum sub Græcis potissimum Imperatoribus cœpere rei per viatorem, judices repræsentantem, vocari; ita quidem, ut apparitor libellum conventionis ab actore acceptum ad reum deferret, reus vero ei subscriberet, quo die oblatus esset, *novell.* 53. *cap. illud quoque* 3. *§.* 1. 2. *novell.* 79. *cap.* 3. *novell.* 96. *novell.* 112. *auth. offeratur C. de litis contestat. §. tripli* 24. *Instit. de action. l. ult. C. de annal. except. l.* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* a quo vocandi modo non longe recedunt hodierni mores, adhibita tamen aliqua inter judicia superiora & inferiora distinctione. Ad judices enim superiores seu curias provinciales non aliter fieri potest in jus vocatio, quam si prius actor, oblato libello, brevem negotii litigiosi narrationem continente, petierit & impetraverit rescriptum, quo ei conceditur licentia adversarium vocandi, ut tempore commodo, nec angusto nimis, nec nimis protelato, sed pro cujusque loci usu recepto, sese sistat. Contra vero ad inferiores sine prævio libello actor curat, citari reum per apparitorem, qui generali mandato videtur instructus a judice. Sive autem ex speciali mandato, sive ex generali, apparitor reum in jus vocet, necesse est ante omnia, ut munus suum exerceat, & vocationem faciat intra territorium judicis illius, cujus mandato instructus est: cum ei extra territorium jubenti impune non pareretur, *l. ult. ff. de jurisdict.* etiamsi is, qui extra territorium subsistens citatur, domicilium foveret in territorio judicis, quem apparitor repræsentat;

ut enim ipse judex in alterius territorio privatus est, *l. ult. ff. de off. praef. urbi, l. 3. ff. de offic. praesidis*, ita & ministri ejus ac viatores. Johann. Papon *lib. 6. tit. 7. arrest.* 13. Jul. Clarius *sent. lib. 5. §. fin. quaest.* 31. *num.* 16. Paulus Voet *de statutis sect. 10. nu. ult.* Quo posito, necesse deinde, ut reo edat exemplum mandati in jus vocationis, si illud interpositum sit; alioquin vel generalem libellum citationis, ut reus, si non satisfaciat actori, se sistat certo die, ad audiendam actoris petitionem; vel ipsam specificam actoris petitionem, simulque exempla illorum instrumentorum, quibus actor die condicto ad petitionem solutionis fiduciariae (*provisie van namptissement*) usurus est, positis scilicet hujusmodi solutionis fiduciariae terminis habilibus. Quae omnia apertius & perfectius a quotidiano judiciorum usu & ipsis rerum documentis addiscenda, pro more cujusque fori, in quod sua studia non cruda cum fructu propellere quisque allaborat, ut in simili ait Justinianus *§. pen. instit. de satisdationibus.* Vide interim instruct. curiarum, Simon van Leeuwen *cens. for. part. 2. lib. 1. cap. 23. num.* 6. 7. *& paratitl. juris noviss. libr. 2. part. 1. t. 7. num.* 2. Wassenaar *pract. judic. cap. 1. num.* 30. *& seqq. & num.* 38. Quod si apparitor domum rei vocationis faciendae gratia adiens, ipsi reo tunc forte absenti, denunciare ac editionem facere nequeat, sufficerit, vel domesticis ipsius, aut institoribus, vel, nullo praesente, vicinis majorennibus haec explicari; aut denique vicinis quoque deficientibus, libellum ad ipsas aedes proponi, seu aedibus aut januae affigi, consultum erit, ut vel ea ratione monitus reus sese sistat, *l. dies 4. §. praetor. ait 5. & §. 6. ff. de damno infecto. Instructio Curiae supremae art.* 105. 106. *Curiae Brabantinae art.* 386. prolixe de hisce Tyraquellus *de retract. gentilitio §. 9. gloss.* 2.

14. His praestitis valida erit in jus vocatio, etiamsi ad ipsius rei notitiam eam haud pervenisse probetur; cum ipsius rei culpa sit, quod vel nullos domi procuratores reliquerit, vel domesticos negligentiores, denunciata non indicantes; ut tamen restitutio non videretur deneganda, si reus justissimam ignorantiae causam, ab omni negligentia semotam, posset docere, arg. *l. non enim 16. & l. sed & si 26. §. adversus 1. ff. ex quib. caus. majores.* Tyraquellus *de retractu gentilit. §. 6. gloss. 2. nu.* 39. *& seqq.* Christinaeus *ad leg. Mechlinienses tit.* 13. *art.* 7. *n.* 3. Mynsingerus *cent. 2. observ.* 69. Contra vero, si quid ex observandis in jus vocatione neglectum sit, dum vel in forma peccatum, vel in nimis coarctato, vel nimis protelato sistendi tempore, vel in homine & designatione actoris, aut rei, aut judicis erratum est, nullius momenti foret vocatio, nec ex ea reus, sui copiam non faciens, contumax aut morator dicendus esset, ac nihil valerent, quaecunque ad talem inutilem vocationem fuissent subsecuta, non magis, quam si in jus vocatio in universum defuisset; etiamsi forte alius pro eo, qui non vocatus est, sed vocandus erat, susceperit vocationem, & alterum se stiturum promiserit, quia verum est, eum non esse citatum, *l. ea, quae 7. C. quomod. & quand. judex sent. proferre debeat.* Andr. Gayl. *libr. 1. observat.* 48. *num.* 3. Mynsingerus *cent. 3. observ.* 50. *num.* 1. 2. Ant. Faber *Cod. libr. 2. tit. 2. defin.* 8. Nisi tamen is, qui non legitime vocatus est, atque ita vocationem poterat contemnere, ac abesse, sponte sese stiterit: eo enim ipso roborari atque firmari citationem invalidam, adeo ut ne illegitimae quidem vocationis exceptionem opponere possit, qui sistit, in praxi receptum est; & argumento esse potest, quod ab Ulpiano traditum in *l. 1. §. 2. ff. de feriis*, si praetor feriarum tempore per socordiam, aut negligentiam evocare litigantes perseveraverit, hique sponte venerint, si quidem sententiam dixerit praesentibus illis & sponte litigantibus, sententiam valere, tametsi non recte fecerit, qui eos evocaverit; sin vero abesse perseveraverint, sententiam nullius fore momenti. Firmum scilicet est, litigantibus sui copiam facientibus, quod inutile foret, ipsis jure suo abesse perseverantibus. Andr. Gayl. *d. libr. 1. observ.* 48. *nu. 4. & observ.* 58. Radelantius *Cur. Ultraject. decis.* 109. Mynsingerus *cent. 2. observ.* 18. *nu.* 3. 4. Ant. Matthaeus *de judiciis disp. 6. thes.* 35. Consult. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol. 2. consil.* 109. *nu.* 1. Henr. Kinschot *respons.* 89. *num.* 86. (*in editione ann.* 1653. *Respons.* 93. *quaest.* 6. *n.* 86.)

15. Ne autem illi, qui plures habent debitores sibi vel ex eadem, vel ex diversis causis obstrictos, & vel ex prorogatione, vel ex alia causa ad curiam provincialem, praeterito inferiore judice, vocari non prohibitos, nimiis gravarentur sumtibus, si ad singulos in jus vocandos novum impetrare deberent rescriptum; compendii causa receptum praxi est creditorem posse libello supplice generale petere & impetrare a curia rescriptum, quo ei conceditur licentia vocandi suo arbitrio non eodem tantum, sed & diversis temporibus debitores plures, quotquot prima instantia omisso inferiore ad curiam vocari possunt (vulgo *mandement van debitis*) quale tamen rescriptum curiae generale vires suas tantum extendit ad annum ab impetratione computandum; nec ejus vi vocari possunt alii, quam qui rescripti impetrati tempore debeant; sic ut vocatio, talis rescripti vigore post annum facta, nullius momenti sit, uti & vocatio ad impetrandam solutionem illius debiti, quod demum natum cujusve dies demum cessit post impetrati rescripti diem, arg. *l. non potest videri 23. ff. de judic. ordonn. en instructie van den Hove van Holland in kleyne saken* 21. *Decembr.* 1579. *artic.* 6. *vol. 2. placit. Holl. pag.* 762. *Instruct. Curiae Brabant. art.* 479. Willem van Alphens *papegay part. 1. cap.* 2. Wassenaar *pract. judicieel cap. 1. n.* 35.

16. Praeter simplicem in jus vocationem, quae sola apparitoris denunciatione fit, est & alia, quae edictis tribus, vel uno peremtorio publice propositis, juncto ex moribus nostris campanae sono, peragitur, *l. edictum 55. l. ad peremtorium 68. & seqq. ff. de judiciis. Instructio curiae supr. art.* 106. *Curiae Brabant. art.* 338. 339. *Flandricae art.* 223. quo modo vocandi rei criminum absentes juxta praescriptum Marciani *in l. 1. §. praesides 2. ff. de requirend. vel absentibus damnand.* Uti & qui conveniendi sunt actione in rem, dum absunt ab eo loco, in quo res immobilis sita est. Groenewegen *ad l. un. C. de ubi haereditate*, etiamsi ejus conditionis fuerint, ut sistere se in eo loco non possint, dum forte relegati ab eo loco, sub poena capitis aut alia arbitraria, & tamen bona ibi habent, de qui-

bus lis ipsis movenda est; quamvis tunc mutata formula jubeantur adesse per substitutum mandato instructum, Rodenburch *de jure conjug. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 16. *post med.* Illi quoque, qui, cum litigantibus, in alio territorio domicilium foventibus, operam præstitissent, patrocinium aut procurationem præbendo, eosdem ad impetrandam salarii solutionem in jus vocant; cum enim de illius salarii debiti justitia nullus judicare melius possit, quam qui litis principalis administratæ judex fuit, obtinuit in Hollandia, clientes alibi degentes edicto ad eundem vocari judicem, etiamsi nulla ipsorum bona arresto graventur teste van Alphen *Papegay part.* 1. *cap.* 2. *van mandamen van debitis, in notis pag. mihi* 72. Ad hæc, quoties locus, in quo reus vocandus moratur, subest quidem jurisdictioni judicis, ad quem vocatur, sed non satis tutus est apparitori ob hostes grassantes, aut citandi potentiam, quo casu in proximo loco tuto edictum proponendum, *clement. cap. dudum* 1. *de judiciis*, Mynsingerus *cent.* 2. *obs.* 69. *in notis* Van Alphen *Papegay part.* 1. *cap.* 2. *libello.* 1. & in verb. *Mandament van debitis, in fin.* Insuper, si quis per se vel alios quoquo modo efficiat, ne ad se citatio pervenire possit, *d. clement.* 1. *cap. statuimus* 13. *de offic. & potest. jud. delegati in* 6. *clement. unic. de foro compet. clement. cap. causam* 3. *de electione & electi potest.* Aut, si vagabundus sit, nullibi certum fovens domicilium, quo casu edictum in eo videtur loco proponendum, in quo frequentius solet oberrare, arg. *l. dies* 4. *§. totiens* 6. *ff. de damn. infect. l. ejus qui* 27. *§. Celsus* 2. *ff. ad municipal.* Denique quoties incertæ personæ citandæ sunt, dum vel creditores defuncti vocantur, ut supersint confectioni inventarii, nec de eorum numero aut nominibus plene constat: vel ob interponendum decretum judiciale de tradendis immobilibus citantur, quotquot jus aliquod in rebus tradendis sibi volunt asserere. De his vide Andr. Gayl. *libr.* 1. *observat.* 57. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 23. *num.* 3. 16. 17.

17. Rigidissimus vero in jus vocandi modus est, qui per personæ, aut bonorum detentionem auctoritate judicis interposita fit, sic ut nec persona ab eo loco discedere, nec res vel alienari vel transferri possit extra territorium judicis, donec adversario satisfactum, aut satisdatum sit. Hanc vulgo *realem in jus vocationem*, & barbara voce *arrestum* appellant. Nec dubium, quin in causis criminalibus usum inveniat, usque adeo, ut in casu, quo quis de crimine duobus in locis conveniri potest, puta, domicilii, ac criminis contracti, potentior sit habenda realis, quam verbalis in jus vocatio, licet reali antiquior, dum forte in loco commissi criminis citatus verbis, in loco domicilii apprehenditur ac sistitur; nec videatur prævenisse, qui prius citavit, nisi ex circumstantiis pateat id sponte reum egisse & affectasse, ut alibi detineretur, forte pœnæ gravioris evitandæ causa. Jul. Clarus *sentent. libr.* 5. *§. fin. quæst.* 34. *numer.* 7. Damhouderus *pract. crimin. cap.* 33. Farinacius *oper. criminal. libr.* 1. *tit.* 1. *quæst.* 7. *num.* 3. Jacobus Coren *consil.* 30. sed de his latius *tit. ff. de accusation.* & *tit. de judiciis.*

18. Civilia negotia quod spectat, considerandum, duplicem esse sistendi finem; etenim vel personæ resve sistuntur tantum jurisdictionis fundandæ gratia, vel rei seu debiti conservandi causa. Rei quidem seu debiti servandi causa sistuntur personæ tum peregrinæ, tum etiam non peregrinæ, etiam sine ulla detentione subjecta judici, cujus auctoritate detinentur, dum forte de fuga suspectæ sunt. Mævius *de arrestis cap.* 6. *nu.* 2. *& seqq.* idemque obtinet in rebus eorum mobilibus, ubi amotionis clandestinæ subest metus; quo modo exempli causa invecta & illata in prædium rusticum urbanumve, aut illic nata arresto detineri ad locatoris petitionem; debitoris quoque debitori per creditorem denunciari, auctore judice, ne is solvat, nisi denuncianti satisfactum fuerit, vulgo notum. Quod si non ablationis, sed tantum dissipationis ex prodigalitate metus subsit, non videtur creditori concedenda rerum detentio, sed magis in id allaborandum, ut ipsi interdicatur bonorum alienatio. Pekius *de jure sistendi cap.* 16. *num.* 1. 2. dissent. Mævius *de arrestis cap.* 6. *n.* 9. Hæc detentio & manus injectio, cum tantum in securitatem creditoris, de debito suo periclitantis, contingat, & necessitatem pro fundamento habeat, tantum abest ut vel rationi vel juris Romani principiis adversetur; ut potius ex eo jure petita, & ad nostros usus optima ratione translata censeri debeat. Sic enim fugientem detinere licuit debitorem & res ejus, non judicis tantum, sed & privata auctoritate, *l. ait prætor* 10. *§. si debitorem* 16. *ff. quæ in fraud. credit. l.* 1. *C. ubi quis de curiat. vel cohortal. aliave condit. conven*; sic, latitante debitore, creditores judicis auctoritate missi in possessionem bonorum ejus, *tot. tit. ff. quib. ex caus. in poss. eat. & tit. ff. de reb. autor. jud. possid. seu vend.*; sic denique jussus reus suspectus rem mobilem, de qua lis movebatur, quæque subduci per eum potuisset, in æde sacra vel apud sequestrem deponere, donec vel satisdatio interponeretur, vel lis finem acciperet, *l. si fidejussor* 7. *§. ult. ff. qui satisd. cog.* &, uti *melius esse* censuerunt Impp. *occurrere in tempore quam post exitum vindicare, intacta jura conservare, quam post vulneratam causam remedium quærere*, *l.* 1. *C. quando liceat unicuique sine jud. se vind. l. ult. in fin. C. in quib. caus. restit. in integr. necess. non est*, sic quoque satius ex pari li ratione fuit, fugæ vel abductioni per detentionem mature occurrere, quam postea adversus læsionem, ex fuga aut ablatione illatam, in vanum sæpe implorare judicantis auxilium. Quibus accedit, quod in hisce casibus rerum personarumve de fuga suspectarum detentio adscribenda est vigilantiæ creditorum, quæ jure Romano laudata satis ac probata fuit, *l. quod autem* 6. *§. sciendum* 7. *l. pen. in fin. ff. quæ in fraud. credit.* Rebuffus *ad constit. regias tom.* 1. *de literar. oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 42. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 2. Petrus Bort *tract. van arresten cap.* 1. *num.* 14.

19. Cumque hoc arresti genus ex mera necessitate, & securitatis tantum gratia receptum sit, atque adeo nec tam durum aut odiosum; hinc in plerisque etiam illis locum habere poterit, qui alioquin ex privilegio vel ratione personæ vel ratione bonorum prohibiti arresto inquietari. Simon van Leeuwen *d. cap.* 15. *num.* 8. Roseboom *costuymen van Amsterdam cap.* 19. *art.* 19. *& seqq.* Bort *van arresten cap.* 4. *num.* 45. consult. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 238. Nec tantum ante litem contestatam,

sed & post, lite pendente, omni judicii parte, quotiescunque fugæ vel interversionis suspicio suboritur: licet enim pendente lite nihil innovandum sit, *tot. tit. ff. nihil innov. appellat. interpos. tit. C. in integr. rest. postul. ne quid novi fiat*; tamen, ne per fugam aut rerum aversionem judicia cœpta reddantur elusoria, recte cavetur mediante arresto, donec de judicato solvendo satisdatum sit. Et certe, cum detentio personarum ac rerum ex causis hisce ante litem contestatam recte per creditorem petatur a judice, neque quisquam litem contestando deteriorem soleat facere suam conditionem, sed plerumque meliorem, *l. non solet* 86. *l. nemo enim* 87. *ff. de regul. jur.* non potest post litem contestatam, emergente suspicionis causa, hæc actoris petitio iniqua videri arg. *l. apertissimi* 16. *C. de judiciis* junct. *l. Julianus* 17. *eod. tit.* Peckius *de jure sistendi cap.* 4. *num.* 5. Bort. *van arresten cap.* 4. *num.* 60. Berlichius *part.* 1. *concl.* 73. *num.* 57. Radelant. *Curia Ultraject. dec.* 73. Neque tantum id licet in eo loco, & judicis illius auctoritate, coram quo lis pendet, sed & in alio, ac judicis alterius jussu, non ad id, ut lis alibi pendens in loco arresti rursus ventilaretur, sed tantum ut cautio idonea in securitatem litis alibi pendentis interponatur, Bort. *van arresten cap.* 3. *n. ult.* Amplius in iis ipsis locis, in quibus jurisdictionis stabiliendæ gratia non solet concedi potestas adversarium sistendi, rei tamen servandæ causa non denegatur illa detinendi adversarii licentia, donec idoneam præstiterit cautionem, veluti in Frisia, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 17. *def.* 2. 3. Præterea, rebus debitoris jam detentis arresto, nihil impedit, quominus & ipse debitor majoris securitatis ergo sistatur, & contra, debitore jam prehenso, bona quoque ejus deinceps sistantur: sunt enim hæc duo remedia se mutuo non subvertentia, & simul ad eundem tendentia finem, puta securitatem; nec, una executionis via tentata videri potest altera prohibita, quo maturius pleniusque consequamur nobis debitum, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 122. Peckius *de jure sist. cap.* 4. *n.* 19.

20. Quin imo ob causas hasce etiam arrestari posse videntur, qui necdum efficaciter actione ad solutionem faciendam conveniri possunt, dum vel ab initio obligatio ex die vel conditione suspensa est, quæ necdum exstitit, sic ut dies obligationis nondum cesserit, aut cesserit quidem, sed necdum venerit: vel dilatoria exceptione debitor de fuga suspectus actorem possit repellere, veluti pacti de non petendo intra certum tempus, vel ordinis seu excussionis in casu, quo quis fidejussorio nomine obstrictus, isti non renunciavit beneficio, ac necdum principalis debitor excussus est. Quamvis enim solutionis petendæ jus necdum creditori natum sit, securitatis tamen persequendæ licentia non est ei deneganda. Qua ratione, cum ædibus elocatis necdum solvendæ pensionis dies venisset, respectu invectorum & illatorum pro pensione obligatorum data fuit pignoris persecutio, quia locatoris intererat, *l. quæsitum* 14. *ff. de pignor. & hypoth.* & in negotiis bonæ fidei id receptum est, ut pendente debiti conditione, debitor causa cognita per judicem adigi possit ad cautionem securitatis gratia interponendam, *l. in omnibus* 41. *ff. de judiciis*, quod & in legatis ex conditione suspensis, licet eorum natura stricti juris sit, ita obtinuit, *tot. tit. ff. ut legat. vel fideic. serv. causa caveatur*, non obstante *l. grege* 13. *§. si sub conditione* 5. *ff. de pign. & hypoth.* ubi pendente conditione principalis debiti denegatur persecutio pignoris, ut ut pure obligati. Existimo enim generalem illius legis locutionem restringi oportere ad debita ex negotio stricti juris conditionali, quorum intuitu solummodo dici poterat, nihil interim deberi; cum utique in negotiis bonæ fidei ex conditione suspensis interim cautio non sit indebita *d. l.* 41. uti & in ipsa hypotheca conditionali pro debito puro constituta; quippe quæ arbitrariis negotiis adnumerata, id cum negotiis bonæ fidei commune habet, quod pendente conditione ejus, recte petatur, & arbitrio judicis interponatur cautio de restituenda hypotheca, si conditio extiterit, nec debitum solvatur, *d. l.* 13. *§.* 5. *ff. de pign. & hypoth.* Et quia usu omnium gentium, si non omnes, saltem insigniores, quæ jure Romano fovebantur inter bonæ fidei & stricti juris judicia, differentiæ exoleverunt, minusque attendi solent, & in ipsis stricti juris legatis idem hac in parte obtinuit, ex ante dictis, nec minus in his, quam in illis, æquitatis ratio crediti securitatem suadet; ideo minus difficultatis secundum mores nostros in *d. l.* 13. *§.* 5. superesse potest. Vide Peckium *de jure sistendi d. cap.* 4. *num.* 6. 7. 8. 9. Radelantium *curia Ultraject. decis.* 18. *num.* 1. Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 29. *defin.* 30. Berlichium *concl. pract. part.* 1. *concl.* 74. *num.* 26. 27. 28. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 9. 10. 11. Ex quibus etiam sequitur, per hoc arresti genus litis pendentiam non induci, Mævius de *arrestis cap.* 15. *n.* 37. *& seqq.*

21. Non aliter tamen hæc rei servandæ causa interponi solita arresta permittenda videntur, quam si demum post debitum contractum nova fugæ vel translationis bonorum suspicio emerserit: si enim jam tum ab initio subfuerit, est quod suæ creditor imputet temeritati, quod cum tali contrahendum putaverit, arg. *l. si is, a quo* 3. *§. ult. & l.* 4. *ff. ut in possess. legator. l. qui bona* 13. *§. de illo* 6. *ff. de damno infecto*. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 44. *num.* 5. Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *num. postremo* 24. 25. Berlichius *concl. pract. part.* 1. *concl.* 73. *n.* 57. Mævius *de arrestis cap.* 6. *n.* 16. 17. & *cap.* 8. *n.* 143. *& seqq.*

22. Hæc ita in detentione seu arresto, quod securitatis causa ex necessitate fit. Quod si jurisdictionis tantum firmandæ gratia interveniat, non tam ex necessitate, quam potius ex utilitate sola proficiscitur, ut major creditoribus esset facilitas suos conveniendi debitores, alio sub judice degentes, & in proprii domicilii loco litigarent minore sumtu ac molestia; qui, si hoc carerent remedio, tanquam actores forum rei peregrini tenerentur sequi, ac cum rei familiaris dispendio sumtuque graviore a domicilii sui loco abesse. Id quod non tantum commerciorum favore & occasione videtur inductum, ut ita liberius quisque atque liberalius cum peregrinis contraheret mercatoribus, difficilius contracturus si hac carens sistendi potestate eos in proprio ipsorum foro ad solutionem deberet adigere. Peckius *de jure sistendi cap.* 2. *num.* 5. 6. Sande

dec. Frisic. lib. 1. *tit.* 17. *defin.* 3. Petrus Bort *tract. van arresten cap.* 1. *num.* 13. sed & ex eo, quod distinctis jurisdictionis nostræ, præcipue patrimonialis, terminis, nemo nunc conveniri potest in loco contractus aut solutionis destinatæ, nisi illic inventus fuerit, cujus incommodi medendi gratia hoc sistendi jus, tum personarum, tum rerum respectu, territorii cujusque magistratus videntur recepisse: maxime, cum id ad augendam quoque jurisdictionis amplitudinem animadverterent non parum conferre, Groenevvegen *ad l. unic. C. ubi conven. qui cert. loco dare promisit.* Unde & hoc arresti genus non modo toto Belgio, si Frisiam excipias, receptum est, sed & per universam Galliam atque in Germania illud vigere, testatur Rebuffus *ad constit. reg. de literarum oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 42. *in fine &* 43. Henric. Kinschot *de rescriptis gratiæ tract.* 1. *cap.* 8. *num.* 3. And. Gayl. *de arrestis cap.* 1. *num.* 12. Sande *decis. Fris. lib.* 1. *tit.* 17. *defin.* 3. Mævius *de arrestis cap.* 3. *num.* 23.

23. Recedit hæc in jus vocandi ratio a juris Romani principiis, secundum quæ non tantum actor sequi tenetur forum rei, ubicunque locorum commorantis, *l. juris ordinem* 2. *C. de jurisdict. omn. judic.* sed & vetatur ab executione litem ordiri, *l.* 1. *C. de executione rei judic.* omnique quiescente sequestratione, jubetur, servato juris ordine, debitorem convincere primum, convictumque demum ac condemnatum adstringere ad solutionem, *l. unic. C. de probib. sequestr. pecun.* Ne dicam, priscis placuisse Romanis, ut mitius cum peregrinis in jus vocandis, quam cum civibus ageretur, ac favorabilior illorum, quam horum causa esset; usque adeo, ut cum civi quondam liceret civem obtorto collo in jus rapere, ac trahere tergiversantem; decemviri tamen peregrinum, qui ipsis *hostis* dicebatur, nec trahi in jus passi sint, sed diem tantum condici seu denunciari, Rævardus ad *leg. duod. tabul. cap.* 5. *in fin.*

24. Uti autem omni in loco peti ac impetrari a judice potest sistendi licentia, licet non pro tribunali judex sedeat, teste Carpzovio *defin. forens. part.* 1. *constit.* 29. *def.* 15. Mævio *de arrestis cap.* 13. *num.* 10. *& seqq.* ita quoque fieri ubique potest ipsa arrestatio, etiam in via publica, vel templo, si id suadeat metus evasionis. Mævius *d. tract. cap.* 4. *n.* 14. eo excepto, quod apud nos cautum fuit, neminem in castris arresto detineri posse propter debita, non ipsis in castris, sed alibi contracta, *Placaat rakende alle leger personen anno* 1631. 7. *Maji art.* 12. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 185. & quod quidam, velut azylorum jure utentes, debitoribus præbent refugium sine ullo arresti metu: quod fieri Vianæ, Culemburgi, Buræ, Leerdami, Iselstadi, & Amelandiæ, notat Leeuvven *censur. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 35. Sed & omni tempore eandem fieri posse, verius est, quoties in dilatione periculum hæret; atque adeo nihil impedit, vel humanis vel divinis feriis, ipsoque die dominico, personas, ac res debitorum sisti, vel etiam ab alio jam detentas rursus a secundo commendari, ne, priore creditore arrestante per satisfactionem dimisso, aut cautione interposita, laxetur ipsis feriis divinis arresti vinculum. Est namque generaliter receptum, diebus illis expediri posse quæcunque ne modicam quidem moram sine periculo patiuntur, arg. *l.* 1. *§. ult. & l. pen. ff. de feriis, l. pen. C. eod. tit.* Costuymen van Antvverpen *d. tit.* 27. *art.* 19. Rebuffus *ad constit. reg. tract. de literarum oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 60. Peckius *de jure sistendi cap.* 10. *num.* 1. Christinæus *vol.* 2. *dec.* 158. *n.* 11. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 29. *defin.* 16. Groenevvegen *ad l. fin. C. de feriis num.* 5. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 22. Petr. Bort *van arresten cap.* 3. *num.* 18. *& cap.* 6. *n.* 7. Mævius *de arrestis cap.* 11. *num.* 3. *& seqq.* Neque nocturnum tempus huic rei impedimento est; eo quod ea, quæ a media nocte ad alteram noctem mediam geruntur, sic habentur, ac si plena luce, ac quavis lucis hora gesta essent, *l. more* 8. *ff. de feriis*, Costuymen van Antwerpen *d. tit.* 27. *art.* 20. Christinæus *d. vol.* 2. *dec.* 158. *num.* 12. Peckius *de jure sist. d. cap.* 10. *n.* 2. Carpzovius *d. part.* 1. *constit.* 20. *def.* 16. Mævius *d. cap.* 11. *num.* 6. Bort *d. tract. van arresten cap.* 3. *num.* 18. *& cap.* 6. *num.* 8. Nundinarum vero majorum privilegiatarum tempore arrestari non posse debitores obæratos, pluribus exponam *ad tit. de nundinis.*

25. Non tamen omnibus in causis admittendum ad firmandam jurisdictionem hoc sistendi jus; sed tantum, quoties quis actione personali ex contractu vel quasi, delicto vel quasi, aliisque similibus causarum figuris, obstrictus est adversario ad aliquid dandum, faciendum, præstandum. Costuymen van Uytrecht *rubr.* 19. *art.* 1. *&* 3. Peckius *de jure sist. cap.* 5. *num.* 21. Bort *van arresten. cap.* 1. *n.* 16. *& seqq.* aut actione in rem de re mobili restituenda foret conveniendus: quippe quam nulli loco alligatam, restituere potest in loco quovis, in quo vel res ipsa, vel rei possessor detentus est; arg. *l. si res mobilis* 10. *& seqq. ff. de rei vindicat.* Rebuffus *d. tract. de literar. obligat. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 62. Peckius *d. cap.* 5. *num.* 21. Christinæus *vol.* 2. *dec.* 165. *num.* 20. Mævius *de arrestis cap.* 9. *num.* 62. & *cap.* 8. *num.* 2. aut denique quis non qua debitor conveniatur, sed tanquam testis, vel tanquam apparitor aut tabellio, ut de gestorum veritate deponat, sive tunc actione in personam, sive in rem de re mobili vel soli agatur, Peckius *de jure sist. cap.* 4. *num.* 15. Mævius *de arrestis cap.* 6. *num.* 30 *& seqq.* Petrus Bort *van arresten cap.* 4. *num. ult.* Plane in actionibus in rem pro re immobili possessor rei sisti nequit ad id, ut alio in loco ac alium apud judicem, quam cujus in territorio ea sita est, litigare teneretur. Quamvis enim de eo disceptetur, utrum in rem actio in solo loco rei sitæ, an vero etiam in loco domicilii possessoris ventilari possit; quo casu in omnem eventum arresto opus non esset; tamen ut mediante arresto in personam aut res possessoris directo, is litigare cogeretur de re immobili alibi sita, ac per ipsum possessa, haud permittendum fuit; tum quia juxta superius dicta, ratio arrestorum jurisdictionis fundandæ gratia introductorum, potissimum respicit actiones in personam, ut nempe contrahentes nobiscum peregrini possent in locis, ubi reperiuntur, aut bona habent, conveniri, qui ob distinctos jurisdictionis terminos, ac sæpe etiam ob defectum supremi Principis actori reoque communis, non possunt in loco contractus ad solutionem compelli, nisi fuerint ibidem inventi; tum quia et secundum ipsum

quidem jus Romanum alibi, quam in loco situs rei immobilis, aut, ad summum secundum aliquos in loco domicilii possessoris nuspiam vero alibi, moveri potuit in rem actio de re immobili (de quo nos *tit. de judiciis*) etiamsi tunc uni Principi communi subessent omnes cives Romani, sive in Italia, sive in provinciis quibuscunque commorantes, *l. 2. C. ubi in rem actio*, Stockmans *Curiæ Brabant. dec.* 156. Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *num.* 21. & *cap.* 4. *num.* 25. Quod & innuit Neostadius *Cur. Supr. dec.* 83. & *Cur. Holl. dec.* 55. Quin potius, si rei immobilis possessor alibi domicilium foveat, usitatum est, mediante arresto, rei immobili in loco situs imposito, eundem adigi, ut illic de ea litem suscipiat, Groenewegen *ad l. unic. C. ubi de hæreditate*. Si tamen quis habeat actionem in rem & in personam, veluti creditor hypothecarius, cui res immobilis specialiter hypothecæ est obligata, arresto quidem interveniente non potest id efficere, ut actio hypothecaria alibi, quam in loco situs rei immobilis discuteretur: sed non impeditur, quo minus sistat debitorem vel res ejus alias non obligatas, in alio quocunque loco idoneo, ad id, ut illic actione personali de debito principali cum debitore contendat. Sim. van Leeuwen *cens. forens. p.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 34. id quod verissimum in locis illis, ubi est in creditoris arbitrio, utrum prius actione personali, an hypothecaria cum debitore experiri velit. De quibus nos *tit. qui pot. in pign.*

26. Sed nec in omnibus in personam actionibus id admittendum, ut arresto interveniente ubicunque locorum intentari possent; sed demum, si ex natura rei, vel peculiari privilegio, non spectent ad jurisdictionem certi judicis, cui ad exclusionem aliorum causæ tales sunt demandatæ; ne alioquin turbetur admodum judicandi ac jurisdictionis ratio, si per arrestum spoliaretur jurisdictione sua judex peculiariter ad id genus negotia dirimenda constitutus, & ea definirentur auctoritate illius, cui lege publica vel privilegio eorum cognitio subducta fuit, Bort *van arresten cap.* 1. *n.* 16. 19. 20. Et quamvis rei servandæ causa etiam ob debitum in diem vel sub conditione arresta permitti supra monuerim; tamen jurisdictionis fundandæ gratia arrestum concedi pendente die vel conditione debiti, absurdum videtur: cum enim hæc arresti species sit in jus vocatio, & peccet petendo, qui ante diei vel conditionis existentiam actionem intentare ausus fuerit, præmaturæ litis motæ impensis aliisque modis coercendus, *§. si quis agens* 33. *Instit. de action. §. temporales* 10. *Instit. de exceptionib.* consequens est, ut & arrestum tali casu improbetur.

27. Quo vero modo in sistendis personis aut rebus procedendum sit, qua ratione a curiis provincialibus per libellum petenda sit sistendi licentia, non nisi summaria præcedente causæ cognitione concedenda; in inferioribus vero judiciis suo quisque periculo sine prævio speciali jussu judicis per apparitorem curet, res mobiles sisti, personas vero auctoritate prætoris, imo consulis, si arrestandus vel civis esset de fuga suspectus vel peregrinus, sed spectatæ dignitatis: res immobiles auctoritate judicis: quid actor arrestum faciens circa sumtus cavere debeat, præsertim ubi persona sistenda est: quo modo protinus petenda sit a judice confirmatio arresti, qua brevitate quæstio de valore aut vitio detentionis expedienda sit: insuper, quo modo personæ vel res detentæ custodiri debeant, ac ad damna & id quod interest teneatur apparitor, sistere ad petitionem actoris recusans, aut non ex præscripto sui muneris expediens agenda, & id genus alia, non est quod plenius explicem; tum quia id ex parte ad apparitorum spectans officium, satis quotidianum est; tum quia in arrestis faciendis circa modum, judicis consensum, & alia, variant tribunalium mores, & observanda est consuetudo illius loci, in quo detentio personæ vel bonorum fit. Peckius *de jure sistendi cap.* 11. sic ut hæc unicuique ex usu fori, in quo versatur, accuratius sint addiscenda. Vide interim Mævium *de arrestis cap.* 16. 17. 22. 23. Bort *tractaat van arresten cap.* 3. & *cap.* 6. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 23. *n.* 13. & *seqq.* & *cap.* 15. *n.* 40.

28. Illud expeditum est, privata auctoritate sine speciali vel generali judicis mandato, ac ministerio apparitoris judicem repræsentantis, neminem posse adversarium aut bona ejus detinere; cum nemo sibi jus dicere possit, privatus in privatum nullam habeat potestatem, nec singulis concedendum sit, quod per magistratum fieri publice potest, ne majoris inde tumultus oriatur occasio, *non est singulis* 176. *ff. de reg. Jur. l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisd.* Peckius *de jure sistendi cap.* 19. *num.* 3. Consult. Jurisconsult. Holl. *part.* 2. *cons.* 151. *incipit, A. is wyngaarden num.* 2. *pag.* 309. Mævius *de arrestis cap.* 5. Nisi tamen præsentissimum subsit evasionis aut rerum subducendarum periculum, nec apparitoris aut judicis copia sit: hospitem concipe aliquandiu in caupona bene nutritum convasatis rebus inexpectato abitu velle cauponem fraudare debito; tunc enim, ubi debitorem fugientem una cum rebus ejus privato licet arbitrio apprehendere, *l. ait prætor* 20. *§. si debitorem* 16. *ff. quæ in fraud. credit. facta*, uti res alienas in nostrum agrum delatas, ex quibus nobis damnum datum est, privata licet auctoritate retinere, donec satisfiat aut satisdetur, *l. satis* 8. *ff. de incend. ruin. naufrag. l. hoc amplius* 9. *§. de his* 1. *ff. de damno infect.* ut denique pecus alienum in nostro depascens apprehendere moribus hodiernis licet, & stabulo dominico includere; ut dictum *tit. si quadrupes pauperiem*, sic &, ne fugiat debitor aut res subducantur, privatim retinere licet, ut & auctoritate judicis incompetentis, donec apparitori tradatur, auctoritate publica ab eo deinde sistendus. Christinæus *vol.* 2. *dec.* 168. *num.* 2. & *ad leg. Mechliniens. tit.* 3. *art.* 4. Peckius *de jure sistendi cap.* 2. & *cap.* 3. *n.* 2. & *cap.* 19. Minsingerus *cent.* 2. *observ.* 63. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 73. *num.* 48. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 45. Petrus Bort *d. cap.* 6. *num.* 1. 2. & *cap.* 3. *n.* 1. 2. 3.

29. Competens autem judex ad sequestrationem decernendam est ille, in cujus territorio personæ vel res sistendæ inveniuntur. Quod etsi plerumque naturaliter constet; de reditibus tamen, pro quibus prædium obligatum, quorum dies jam cessit, & ædium agrorumque pensionibus, dubium, an in loco domicilii debitoris sisti possint, an magis in loco rei, ex qua & cujus intuitu debentur; sed quia constat, personali actione debitorem ad reditus, pensiones & similia obstrictum esse; placet sententia exi-

stimantium, recte in loco domicilii debitoris talia debita sub eo sisti, & auctoritate judicis domicilii ei interdici, ne creditori solvat, donec fuerit sistenti satisfactum. Vide Peckium *de jure sistend. cap.* 9.

50. Non tamen omnes judices arresti jubendi plenissima potestate præditi sunt. Primo enim Curia provincialis, aut alii judices ordinarii, licet & personarum & rerum sistendarum indulgeant; tamen creditori universitatis, alteri Principi subjectæ, non possent concedere licentiam sistendi quoscunque istius universitatis cives, quos is posset invenire: eo quod tam universale rescriptum non est ordinariæ jurisdictionis, sed soli reservatum Principi, qui tum demum hujusmodi rescripta & pignorationes (quæ peculiari nomine repræsaliæ dicuntur) concedit, cum aperte liquet, subditis sui territorii ab alio Principe, ubi lis instituenda erat, justitiam denegari, Neostadius *Curiæ supremæ dec.* 11. Mævius *de arrestis cap.* 6 *n.* 50.

51. Similiter, licet paganorum judicum auctoritate res tum mobiles, tum immobiles sisti possint, rei servandæ causa, teste usu quotidiano & Petro Bort in *tract. van arresten cap.* 3. *num.* 13. ipsi etiam debitores de fuga suspecti, itidem rei servandæ causa, tamen jurisdictionis fundandæ gratia, ut civitatum Hollandicarum incolæ, vi arresti, personæ bonisve impositi, tenerentur apud judices paganos litigare, jus sistendi pagatim non obtinet: cum illud curiæ quidem in causis in jure expressis datum sit, & eodem quoque jure civitates ex privilegio utantur; pagis vero hoc jus a Principibus concessum non sit, adeo ut impune arrestum tale contemni possit, Neostad. *Cur. suprem. dec.* 83. adde Simonem van Leeuwen *censur. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 21. *& seqq.* & Papegaey van van Alphen *part.* 1. *cap.* 24. *van arresten post med. pag. mihi* 350. Bort *van arresten cap.* 4. *num.* 39. Et quamvis in multis hodierni juris partibus Haga comitis eodem soleat uti jure, quo ceteræ civitates Hollandiæ, veluti circa prorogationem jurisdictionis in quantitatis minoris litibus denegatam, & alia plura; tamen in hac materia medium prope inter urbes pagosque tenet; dum potestate quidem gaudet detinendi res peregrinorum, jurisdictionis fundandæ gratia; at non jure sistendi personas peregrinas, *privilegio Hagensibus datu* 20. *Januar.* 1531. Papegaey van van Alphen *part.* 1. *cap.* 24. *van arresten, circa med. pag. mihi* 349. Bort *van arresten d. c.* 3. *n.* 16. plane ut peregrinum non Hollandum, aut bona ejus, sistat quis judicis pagani auctoritate, ut ibi litiget, non invenio prohibitum.

52. Denique nec illi, qui in alieno territorio ex concessione quadam tribunal habent, ac judicia exercent, recte decreverint arrestum in personas ac res deprehensas in eo territorio, cujus jurisdictioni non præsunt, sed ubi tantum ex conventione vel precario exercent judicia; eo quod sistendi decretum non aliter effectum sortiri potest, quam si res aut personæ sistendæ, inveniantur in territorio quod decernenti mediate vel immediate subjectum est; ac extra illud jus dicenti impune non paretur, *l. ult. ff. de jurisdict.* Hinc neque Brabantinus, neque ullus alius plane peregrinus, in Hollandia subsistens, sisti potest ex decreto Curiæ Brabantinæ, quæ Hagæ comitis officium litigantibus impertitur, ad id, ut lis inter actorem sistentem reumque in curia Brabantina ventilaretur. Neque Flandrus, aut quisquis alius in Zelandia inventus ex decreto Curiæ Flandricæ, quæ Medioburgi de causis Flandricis jus dicit. Idemque de rebus in Hollandia Zelandiaque repertis, sive ad Flandros Brabantinosque, sive ad peregrinos pertinentibus, ex rationis parilitate judicium esto. Sed in hisce omnibus vel ex curiæ Hollandicæ vel ex judicum urbanorum jussu, secundum cujusque jurisdictionem, detentio fieri ac lis ad finem perduci debet, Petrus Bort. *d. tract. van arresten cap.* 3. *num.* 3. 4. 5. 15. Papegaey van van Alphen *par.* 1. *cap.* 24. *van arresten pag. mihi* 348. *in fine* 349. huc faciunt, quæ tradit Berlichius *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 74. *n.* 54. 55.

53. Detinere arresto personas aut res possunt quicunque legitimam habent personam standi in judicio, & in jus vocandi ac actionis pro se vel pro alio instituendæ potestatem, tutores, curatores, administratores, Mævius *de arrestis cap.* 7. *n.* 19. *& seqq.* Unde, uti non dubium, quin & procurator mandato speciali instructus de Titio sistendo, id jure exequatur, ita quoque non videtur ambigendum, quin mandatum habens de Titio in jus vocando, ipsum Titium aut res jus jurisdictionis fundandæ gratia sistere possit, etiamsi non fuerit mandati instrumento comprehensa mentio arresti faciendi: cum enim mandato interposito etiam ea videantur mandata, sine quibus mandatum non posset impleri, arg. *l.* 2. *ff. de jurisdict.* & ad rem mobilem petendam datus procurator ad exhibendum quoque agere possit, *l. ad rem mobilem* 56. *ff. de procurat.* ac denique ad legatum petendum constitutus, si interdicto de tabulis exhibendis utatur adversus hæredem, procuratoria exceptione repelli non possit, quasi non & hoc ei mandatum esset, *l. ad legatum* 62. *ff. de procurat.* non videtur repellendus arrestum actionis movendæ gratia adhibens, præsertim cum & ipsa illa arrestatio sit realis in jus vocatio, atque adeo non minus, sed æque & plenius inclusa mandato de in jus vocando quam actiones præparatoriæ mandatis principalibus, Petrus Peckius *de jure sistendi cap* 3. *num.* 4. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 6. Bort *van arresten cap.* 2. *num.* 4. 5. 6. Generale vero mandatum de negotiis ex utilitate domini gerendis non sufficere verius est; nisi sit procurator generalis cum libera administratione constitutus, præsertim ab eo, qui longius ac diutius absfuturus, nec mandare speciales causas, nec ipse expedire aut litigare vel in jus vocare ob absentiam potest; adeoque quod mandati genus sufficiens est ad faciendam in jus vocationem, id ad sistendum quoque adversarium vel bona ejus, tanquam speciem in jus vocationis, aut certe præambulus ejus & præparatorium, sufficere dicendum est; maxime, si sistendus ipse non sit ejus conditionis, ut probabile esset, dominum præsentem ab exercendo sistendi jure abstenturum. Potest utique generalis cum libera omnia illa, quæ dominus ipse ad suam utilitatem fuisset facturus, *l. creditor* 60. *§. ult. ff. mandati*, dixi *tit. de procurat.* at hæc ipsa arresta ob solam utilitatem agentium introducta esse, ex ante dictis patet. Peckius *d. cap.* 3. *n.* 4. quo facit, quod plerique, imo illi quoque ipsi, qui hic speciale mandatum desiderant, conjunctis tamen personis manda-

to omni destitutis concedunt sistendi ac detinendi potestatem, si modo de rato caveant: nec non consortibus ejusdem litis; non alio, ut opinor, fundamento, quam quia ipsis sine mandato pro conjunctis personis agere concessum est, *l. sed & hæ* 35. *ff. de procuratoribus*, Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 29. *def.* 14. *in fine*, juncta *d. part.* 1. *constit.* 1. *def.* 29. Petrus Bort *tract. van arresten cap.* 2. *num.* 7. 8. Neque repugnat Ulpianus in *l. Pomponius* 40. *in pr. ff. de procuratoribus*; nam singulare prorsus est, quod interdictum de liberis exhibendis per procuratorem sine speciali mandato non possit institui, ut is liberos abduceret ab alio detentos: eo quod realis illa abductio insignis erat effectus patriæ potestatis, & ideo non alteri, quam patri concedenda; unde & in eo casu ne speciale quidem mandatum sufficit, sed insuper requisitum fuit, ut pater valetudine vel alia justa causa agere, liberosque abducere impediretur, *d. l.* 40. *in fine principii*. Nec firmius est, quod nonnulli urgent, in causis executivis speciale requiri mandatum, uti & in iis, ex quibus quis posset in pœnam incidere, aut ubi de gravi agitur præjudicio; hæc vero omnia in arresto concurrere, ita Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 29. *defin.* 14. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 74. *num.* 7. *& seqq.* Mævius *de arrestis cap.* 7. *num.* 22. *& seqq.* nam neque arrestum plenam executionem continet, sed potius initium quoddam executionis, non ulterius producendæ, quamdiu lis pendet; neque adeo gravis oritur ex arresto injuria, aut famæ læsio, quin præstatione ejus quod interest, & arbitraria coercitione, arresti per calumniam obtenti infamia, si quæ modo infamia dici possit, facile aboleatur.

34. Quod si tales sint, qui legitimam non habent personam standi in judicio, quales minores ac prodigi, curatoris destituti auctoritate, ut & mulieres per nuptias maritali subjectæ potestati citra maritorum consensum; hos omnes, absentibus curatoribus aut maritis, hic in Hollandia sine dubio admitti ad detinendos debitores & bona eorum litis ordinandæ & inchoandæ gratia, quoties in mora periculum est, & de curatorum, maritorumque ratihabitione idonee cavetur, vult Simon van Leeuwen *cens. for. d. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 5. forte quia commerciorum hic maxime eum peregrinis florentium favore, non adeo odiosa censentur arresta, ut ante dictum; at aliis in locis, in quibus, cessante isto frequente commerciorum cum peregrinis usu, arresta considerantur ut perquam odiosa, & strictissimi censentur juris esse, utpote exorbitantia longissime a jure communi & receptis generalibus æquitatis regulis, hæc opinio non facile admittitur. Hinc Ultrajecti receptum praxi constante, mulierem viro per nuptias junctam, ne urgente quidem periculo evasionis, posse suum sistere debitorem; & existente aliquando casu, quo mulier, absente viro de rato cavere parata id fecerat, & arresti nullitas ab adversa allegabatur parte, post acrem disceptationem vis tandem unius suffragii prærogativa arrestum memini confirmatum, idque præter communem fori istius usum, ob peculiares circumstantias, muliere scilicet per producta in judicio pacta dotalia probante, omnem viro in rebus mulieris tractandis aut administrandis potestatem penitus denegatam fuisse, solique uxori reservatam.

35. Diximus qui sistere possint vel non: exequendum sequitur, quales personæ ac res jurisdictionis stabiliendæ causa sisti possint. Ac primo quidem de personis regula esto, omnes sisti posse, qui juris experiundi causa possunt in jus vocari, nisi lege vel consuetudine fuerint excepti, sive masculi sint, sive fœminæ. Quamvis enim fœminas ob civile debitum incarcerari non debuisse constitutum fuerit *in auth. hodie C. de custod. reorum*; hodie tamen hanc mulierum prærogativam ubique ab usu recessisse, notat post plures alios allegatos Groenewegen *ad d. auth.* Mævius *de arrestis cap.* 8. *num.* 3. *& seqq.* Nec interest, suo, an hæreditario nomine conveniendi sint, adeo ut & hæres cum beneficio inventarii jure sistatur. Mævius *d. cap.* 8. *num.* 61. *& seqq.* & hæc ita obtinent, si modo eo in loco deprehenditur reus sistendus, in quo non est reprobatum hoc atrium sistendi jus. Eo enim illic non admisso, non aliter recte detineri litis causa peregrinus posset, quam si domicilium foveret sub tali judice, qui contra regionis alterius, hoc jure non utentis, subditos decernere solet licentiam sistendi. Qua ratione Friso recte sistet Hollandum, licet alias in Frisia non sit in usu hocce sistendi jus; idque quodam retorsionis jure, *arg. tit. ff. quod quisque juris in alter. statuerit*, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 17. *defin.* 3. Berlichius *pract. conclus. par.* 3. *conclus.* 15. Wesembecius *ad tit. ff. quod quisque juris in alter. stat. & ibi* Hahnius *in notis circa fin.* de quo detorsionis jure nos latius ad *d. tit.*

36. Sunt autem, qui nullo modo possunt arrestari. Sunt, qui certis in locis, aut certarum personarum intuitu, ab arresti metu immunes sunt. Nullo modo mulieres viro nuptæ, minores, furiosi, prodigi aliique curatorum potestati subjecti, & ob id non habentes personam standi in judicio; nisi minores veniam ætatis impetrassent, quo casu, ut in jus vocari eos posse, ante dictum est, ita nec quicquam impedit, eosdem sisti, litis inchoandæ causa. Dubium tamen, an non mulier mercatrix publica ob debitum ab ea, qua mercatrice, contractum, sisti possit? Præsente quidem viro, non ipsam, sed virum conveniendum esse, atque ita etiam sistendum, verius est; cum etiam ipsa ex hisce causis executionem pati debeat, & si ad factum obligatio tendat, ipse custodia civili cogatur ad ejus implementum. Neque id absurdum, cum ipse per uxoris suæ factum, ex sua voluntate ac tacito saltem consensu obligatus sit; uxore, scilicet, tanquam mariti sui institrice considerata, non tantum, quando pariter cum marito negotiatur, adscita ab eo in partem laboris; sed &, cum sola mercaturam profitetur, marito nihil omnino tractante: eo quod omni in casu, sive concurrente mariti industria ac labore, sive deficiente, concurrit tamen semper expressum vel tacitum ejus de contrahendo mandatum, remanet maritalis potestas, & ipsa in mariti potestate, etiam quantum ad ea, in quibus mercaturam exercet; ideoque nec viro dissentiente mulier publica potest mercatrix esse, nec ex suo, sed viri sui capite æstimatur, adeo ut & minorennis existens, & læsa, dum mercaturam exercebat, restitui non possit. Nec quemquam movere debet, quod maritus consensu suo uxorem reddens habilem ad contrahendum etiam videri posset ad litigandum effecisse idoneam: non

enim a contractu ad judicia procedere argumentum vel inde constat, quod jure Romano minores curatore carentes recte quidem contrahebant; at non nisi accepto curatore legitimam habebant personam standi in judicio, *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restit. minor.* junct. §. *item inviti* 2. *inst. de curatoribus*; quodque mulier de iis, quæ ad rem familiarem spectant, recte contrahit; nec tamen ob id ipsa, sed vir, judicio convenitur. Hæc ita præsente viro, at eo absente mercatricem publicam sine viro alibi extra domicilii locum subsistentem recte sisti, & detineri litis instituendæ gratia, suadere videtur commerciorum usus, ex quo hoc Jus sistendi invaluisse superius dictum: nisi enim mulieri tali credentes scirent, se eam posse eo in loco, in quo inveniretur viri præsentia destituta, detinere debiti persequendi gratia, difficilius essent cum ea contracturi, viro forte nunquam e domicilii loco aliorsum tendente. Vide Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 18. 19. 20. Brodeau *sur les arrests de Louet lit. F. cap.* 11.

37. Non minus de tutoribus & curatoribus, procuratoribus, testamentorum executoribus, aliisque rerum alienarum administratoribus disquiritur; sed cum hi revera debitores non sint, neque ipsis officium, quod in alienis rebus gerendis præstant, quodque sæpe inviti suscipere adiguntur, damnosum esse debeat; (damnosum vero foret, si alio in loco detenti, nec semper in peregrino loco sufficientem valentes invenire cautionem, ad finem litis constricti tenerentur) neque insuper ipsi in corpore rebusve suis executionem patiantur, si maxime fuerint tutorio aut alio simili nomine damnati, *l. si se* 4. *ff. de re judic. l. si tutor condemnavit* 2. *ff. de admin. & periculo tut. l. post mortem* 5. *ff. quando ex fact. tut.* consequens est, ut hos sisti non posse pro debitis eorum, quorum res curant, existimemus. Neque sane tantus videri debet commerciorum favor, nec usque adeo meræ agentium utilitati prospiciendum, ut non debitores dura & inhumana ob debiti alieni exactionem peterentur; etiamsi forte ipsi tutorio, curatorio, procuratorio nomine contraxissent; si modo non semet ipsos creditoribus, alioquin credere recusantibus, obstrinxerint, Bort *van. Arrest. cap.* 4. *nu.* 46. Jac. Coren *observat.* 3. *nu.* 16. & *seqq.* Peckius *de jure sist. cap.* 4. *numer.* 13. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 32. *defin.* 14. Simon van Leeuvven *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *numer.* 14. Ant. Faber *Cod. libr.* 5. *tit.* 23. *defin.* 5. Mævius *de arrest. cap.* 8. *n.* 24. & *seqq.* & *n.* 75. & *seqq.*

38. Ex eodem fundamento, quia debitoris mei debitor mecum non contraxit, nec mihi obligatus est, sisti ipse per me non potest; licet id quod debet, arrestari sub eo per me possit, Sande *decis. Fris. libr.* 1. *tit.* 17. *defin.* 1. Peckius *de jure sistendi cap.* 4. *nu.* 11. nisi debitor meus cessisset mihi sui debitoris nomen, quippe quo casu mihi obligatus foret, Berlichius *par.* 1. *conclus.* 75. *num.* 13.

39. Ex privilegio sisti nequeunt milites aut præfecti militares, dum vel ad castra vel ad assignata sibi præsidiaria loca tendunt, nec qui annonam aliaque similia ad castra devehunt, atque ita deserviunt publicæ castrorum utilitati. Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *nu.* 6. 7. Petrus Bort *de arrestis cap.* 4. *num.* 27. 28. si tamen milites non ad castra tendere, sed regiones, in quibus stipendia merent, in universum derelinquere velle probentur; & verbi gratia, hinc in Angliam Galliamve transire, recte eos sisti judicatum fuit: neque enim tunc disciplinæ militaris favor, aut reipublicæ defensio a bellorum calamitatibus, amplius in hisce militat, atque adeo eos ad instar non militantium sisti, ne abeant, & incolas debito fraudent, æquum est. Bort *d. loco*. Sic nec litis causa arrestari possunt, qui ex concesso sibi privilegio fori tantum ad curiam provincialem possunt in jus vocari; quales sunt & consiliarii curiæ, & advocati ac procuratores in ea praxin exercentes, causarum civilium intuitu; Rector itidem & professores Academiæ Batavicæ; plures denique causæ privilegiatæ: sic ut vel mandatis pœnalibus, vel missis ad urbanos magistratus literis ipsa curia per detentum rogata, intercedere soleat, quoties vel tales privilegiati vel eorum bona in aliquo istius provinciæ loco jurisdictionis stabiliendæ gratia detineri contingit. Plane si non Hagæ domicilium foveant, sed aliis Hollandiæ in locis, uti in loco domicilii recte conveniuntur, tanquam nullo suffulti privilegio, ita etiam coram alio Hollandiæ judice inferiore cogi, mediante personæ aut rerum arresto, litigare, nihil vetat. Simon van Leeuwen *Cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *nu.* 6. 7. & *cap.* 15. *n.* 15. consu. JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 143. *pag.* 279. & 280. Sande *decis. Fris. lib.* 1. *tit.* 1. *def.* 1. Bort *van arresten cap.* 4. *nu.* 5. 35. 36. 37. ubi & recensentur, qui veniant appellatione suppositorum curiæ. Groenewegen *ad rubric. Cod. ubi senatores, vel clariss.* Quemadmodum & ipsi superius enumerati, Hagæ degentes, si in alterius provinciæ judicio ipsi vel eorum bona pro debito detineantur, litigare ibidem compelluntur, nullo gavisuri privilegio; quippe quod ultra concedentis territorium operare nequit, arg. *l. ult. ff. de jurisd.* Groenevvegen *ad l.* 1. *C. ubi senatores vel Clariss.* Superiori quoque seculo cautum fuit, ne in Hollandia arresto detinerentur, qui aliunde per hostes pulsi, in Hollandiam concesserant, nisi constitisset, eos in Hollandia possidere bona, quæ sisti potuissent, licet hi fugæ causa Hollandiam non fuissent ingressi, *placit. Ordin. Holl.* 5. *Maji* 1584. *vol.* 2. *placitor. pag.* 2161. Amplius, uti magistratibus Romanis majoribus hic olim honor fuit habitus, quod durante magistratu non potuerunt in jus vocari, *l. in jus vocari* 2. *ff. h. t.* ita quoque nunc id datum majestati Ordinum Hollandiæ, quod qui ad Ordinum Comitia delegati sunt, sive urbium, sive equestris ordinis nomine, neque in itinere, neque in reditu, neque illo toto tempore, quo vacant comitiis, ulla de causa sisti possint; tum ne utilitati publicæ promovendæ mora fiat; tum ne ipsis officium damnosum sit, quippe qui, si non ad comitia fuissent delegati, etiam a locis illis potuissent abstinere, *placito Ordin. Holland.* 4. *Octob.* 1588. & 23. *Julii* 1653 quod utrumque exhibet Bort *van arresten cap.* 4. *num.* 5.

40. Ad hæc arresto nemo detinendus in eo loco, in quem auctoritate publica testimonii dicendi vel tutelæ reddendæ causa a judice est evocatus, dum omnes tutores ad eundem tenentur venire judicem, ne continentia causæ dividatur, arg. *l.* 2. §. *legatis* 3. *ff. d. judiciis*, neque enim justitiæ ratio patitur,

quemquam principali vel judiciali auctoritate circumscribi, uti in simili ait Imp. in *l.* 1. *C. de his, qui veniam ætat*. Qui tamen si sponte, ac non citatus, veritatis in judicio perhibendæ aut tutelæ reddendæ gratia accessisset, cum nulla se publica posset auctoritate tueri, frustra arresti vinculum declinaret. Vide Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 30. *defin.* 10. Peckium *de jure sist. cap.* 5. *nu.* 11. 12. Bort *van arresten d. cap.* 4. *num.* 29. Berlichium *part.* 1. *conclus.* 75. *num.* 28. 29. Debitor quoque a suo evocatus creditore eum in finem, ut de negotio inter ipsos controverso tentetur transactio, uti & tutor privatim evocatus rationis reddendæ causa, licet a quovis alio sisti possit, cum privata unius evocatio ceteris nequeat præjudicare creditoribus, tanquam res inter alios acta, per jura vulgata; tamen non recte in eo loco, vel itinere aut reditu, ob idem debitum, vel ob aliud, sisteretur ab illo ipso, qui evocavit; ne fiducia bonæ fidei & consensus creditoris sui accedens, dolosæ exponeretur circumventioni, nulla judiciali auctoritate comprobandæ, etiamsi transactio pervicacia debitoris ad finem non perducatur; inest enim tacite tali evocationi pactum salvi conductus inter vocantem vocatumque, quod servandum, arg. *l. juris gentium* 7. *§. ait prætor* 7. junct. *§. dolo malo* 9. *ff. de pactis, l.* 1. *ff. de constit. pecun.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 3. *ad rubricam, nu.* 4. *in addition.* & *ad artic.* 2. *n.* 4. Peckius *de jure sist. cap.* 7. Mævius *de arrestis cap.* 12. *n.* 23. dubitat Bort *de arrestis cap.* 4. *n.* 49. Aliter quam & hic statuendum foret, si debitor non rogatus, sed sponte ad creditorem accessisse probaretur transactionis tentandæ causa, eo quod tunc neque publica neque privata fide interposita tutus est. Quo fundamento etiam recte contenditur, eum, qui vel uxoris ducendæ causa, vel funeris prosequendi gratia, vel religionis causa ad locum aliquem accedit, recte in adeundo vel recedendo, quin & in ipso loco, ad quem accessit, sisti, si modo non in ipso illo actu, dum uxorem funusve ducit, ne solemnis actus turbaretur. Peckius *de jure sist. c.* 5. *n.* 12. Plane si quis prehensionem metuens, & tamen cum creditoribus desiderans transigere, impetraverit a Principe, vel alio, cui dandi jus est, rescriptum securitatis, (vulgo *secureté de corps*) durante tempore, quod rescripto expressum est, sisti nequit, sive creditoribus id insinuatum sit, sive non, licet aliqui insinuationem desiderent, Bort *van arresten c.* 4. *numero* 51. Idemque est, si impetrasset rescriptum moratorium, quo casu de debitis rescripto anterioribus ut conveniri nequit, ita nec sisti, Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *num.* 17. & *cap.* 10. *num.* 9.

41. Quod si quis vel appellationis causa, vel alterius litis prosequendæ gratia in loco peregrino extra domicilium moretur sive actor, sive reus, jure quidem Romano, talis alia de lite non potuit eo in loco interpellari eo tempore; dato ipsi jure forum illud declinandi, domumque revocandi, *d. l.* 2. *§. legatis* 3. *ff. de judiciis*. Sed vix est, ut id hodie admiseris, sive per procuratorem potuerit litem administrare, sive ipse se præsentem sistere obstrictus sit; quippe quo casu a contumacia haud foret excusandus, si ea tantum lege, ne arresto detineretur, sui copiam facere paratus esset; uti a Curia Hollandiæ judicatum testatur Bort *tract. van arresten cap.* 4. *num.* 50. optima sane ratione; præterquam enim, quod multum interest, utrum quis muneris necessarii, sibi etiam invito impositi intuitu evocetur, velut testimonii perhibendi aut tutelæ reddendæ gratia, an vero semet sponte contrahendo vel delinquendo obstrinxerit, ut sui copiam facere teneatur ad vitandam contumaciæ pœnam; considerandum præterea, nunc non adeo diversorum locorum judices uni supremo subesse Principi, qui posset uni judici imponere necessitatem remittendi tales ad forum domicilii: &, si maxime uni parerent, ita tamen jurisdictionis nostræ patrimonialis unumquemque intra suum territorium religiosum custodem esse, ut difficilius illæ remissiones locum inveniant. Quibus accedit, quod in dies observatur, reum unius litis suscipiendæ gratia ab uno creditore certo loco retentum, in eo, eadem lite pendente, posse ad alterius creditoris petitionem iterato sisti, qualis arresti repetitio etiam *commendatio* detenti vel *adhæsio*, solet in praxi appellari; sic ut laxandum eo casu non sit arresti vinculum, nisi omnibus, tum primitus sistentibus, tum postea commendantibus, vel satisdatum fuerit legitime, vel satisfactum: quin imo, etiamsi primus creditor non jure stitisset debitorem, tamen id apud nos non impediret, quo minus alter commendaret, seu de novo arrestaret non jure detentum, sive prior sistens peccasset in sistendi forma modoque, sive caruisset agendi atque ita etiam sistendi jure, Bort *van arresten cap.* 2. *num.* 10. & *multis seqq.* Licet enim nonnullis placeat, non jure detentum, vel jure detentum quidem, sed auctoritate publica post satisfactionem aut satisdationem, laxatum, neque ab eodem, neque ab alio commendari, aut sisti de novo posse, nisi domum fuerit reversus, aut saltem a dimissione sit elapsum tempus, quo commode posset inde decessisse: verius tamen ab eodem quidem creditore, qui perperam stiterat, non posse eundem ex alia causa rursus sisti, nisi interposito inter laxationem & novam arrestationem tanto temporis spatio, quo vel domum redire posset, vel saltem territorium judicis, cujus auctoritate erat detentus, excedere; idque ne perperam sistenti sua prosit calumniosa in jus vocatio atque detentio. Sed ab alio commendari necdum dimissum, vel de novo sisti, qui jure vel injuria prius ab alio constrictus iterumque laxatus fuerat, nihil impedit. Si enim eum concipias jure detentum, unius creditoris vigilantia ceteris præcludere non debuit licentiam sibi quoque vigilandi, nec res inter alios acta, aliis nocere potuit, aut jus suum in jus vocandi atque sistendi auferre. Contra si calumniose priorem stitisse ponas, non debebat unius calumnia aliis extra calumniam positis inferre præjudicium. Quo modo etiam de jure Romano creditores prius missi in possessionem, aliis non oberant, quo minus & illis missionem impetrarent, nulla distinctione adhibita, an jure, an per calumniam priores impetrassent missionis decretum, *l. ult. C. de bonis auctor. jud. possid. l. cum unus* 12. *ff. de reb. aut. jud. possid.* Peckius *de jure sistendi cap.* 49. Bort *van arresten cap.* 4. *nu.* 48. adde consuetud. Antwerpiæ *tit.* 27. *art.* 27. 28. & *seqq.* Christinæum *ad Leg. Mechliniens. tit.* 2. *art.* 40. Anton. Fabrum *Cod. lib.* 7. *tit.* 20. *defin.* 50. Henr. Kinschot *de rescriptis gratiæ tract.* 5. *in fine.*

42. Studiosos quod attinet, hos sisti non posse vulgo quidem traditum; ut videre est apud Berlichium *part.* 1. *conclus.* 75. *num.* 20. 21. 22. Pekium *de jure sist. cap.* 5. *num.* 1. & *seqq.* Mævium *de arrestis cap.* 8. *num.* 95. & *seqq.* sed si usus hodiernos ac præcipue nostros spectemus, rei quidem servandæ causa facile concedi inclusionem supellectilis librariæ, ac impedimentorum ad eos pertinentium, tum pro mercede debita, tum pro alterius debiti solutione, quinimo urgente necessitate, etiam ipsorum studiosorum detentionem, frequens in hac universitate praxis monstrat, quoties fugæ vel transactionis periculum subest: ut tamen difficilius personarum, quam rerum sistendarum potestas concedi soleat. Litis quoque, & ita jurisdictionis firmandæ gratia studiosos hujus universitatis in alia deprehensos provincia, recte ibidem sisti, sive de debito, sive de delicto cum iis agendum sit, haud dubium; cum privilegia ab hujus provinciæ Ordinibus concessa civibus nostræ Academiæ vires exserere nequeant, aut operari quicquam, ultra aut extra territorium statuentium. Ast intra Hollandiam eos vel eorum bona judicis non Academici auctoritate sisti, jurisdictionis stabiliendæ gratia, ita ut vel apud curiam provincialem, vel apud judices urbanos civitatum Hollandiæ, tenerentur litigare, non patiuntur verba manifesta statutorum Academiæ *art.* 39. & ampliationis *anno* 1632. 24. *Martii*, dictantia, studiosos & reliqua universitatis membra in causis civilibus aut criminalibus, sive actores, sive rei sint, non nisi coram judicio Academico litigare cogendos, sive inter solos studiosos, sive inter studiosos ac cives contentio sit, paucis casibus ibidem exceptis. Qualia privilegia non possent ipsis salva esse, si rerum aut personarum sequestratione alibi facta litem suscipere adigerentur. Cum vero hoc fori jus ipsis studiosis adeo peculiare sit, ut nec liberis eorum nec viduabus post eorum abitum, competat, *dict. ampliat.* frustra quis fuerit, si ex studiosorum capite jus aliquod parentibus eorum, ipsos invisentibus, vellet asserere, quasi illi non possent sisti in eo loco, in quo incumbentes studiis filios invisunt, nisi illic contraxissent, aut solvere promisissent; uti vult Peckius *de jure sist. cap.* 5. *n.* 3. Berlinchius *part.* 1. *conclus.* 75. *n.* 10. 11. quorum opinio in omnem eventum nititur fundamento penes nos haud recepto, studiosos in loco, ubi studiorum causa morantur, pro debitis suis non posse sisti.

43. Omnium vero maxime tuti a prehensione sunt legati exterarum gentium ad alias missi gentes; quippe quos usque adeo jure gentium inviolabiles esse multi contendunt, ut neque in civilibus, neque in criminalibus vel sibi, vel suis judicium accipiant inviti, cum & ipsi municipiorum legati de jure Romano habuerint jus revocandi domum, *l.* 2. *§.* *legatis* 3. *ff. de judiciis.* Cui consequens fuit, ut, qui litigare non tenerentur, etiam neque in se, neque rebus suis sequestrationem litis causa, vel rei servandæ causa deberent pati, ne, dum de privatis negotiis altercarentur, publica ad quæ agenda missi, segnius tractarent aut negligentius; neve ulla præberetur ansa querimoniarum, quasi violata essent aliqua ex parte legationum jura & immunitates; quales sæpe querelæ pro vario legatorum genio atque ingenio de injuriis vel maxima ex parte confictis, vel sequiori interpretatione præter rationem ad animum revocatis, ad dominos animosius delatæ, simultatum inter amicos confœderatosque populos, & dissidiorum bellorumque præbuerunt ansam; violatione scilicet legatorum omni tempore omnique jure numerata inter justas bellandi causas, ut plenius dixi *tract. de jure militari cap.* 1. *num.* 25. Quicquid autem ex ratione et jure gentium disputari posset de eo, an ex privatis contractibus, tempore legationis celebratis, conveniri possint, nec ne, qua de re prolixam contentionem vide apud Bort *in tract. de arrestis cap.* 4. *num.* 6. & *multis seqq. ubi* & *ipsius legati querelas,* & *curiæ provincialis plenum responsum exhibet.* adde Hugonem Grotium *de juri belli ac pacis lib.* 2. *c.* 18. *num.* 4. & *seqq.* Peckium *de jure sistend. cap.* 5. *n.* 9. Berlichium *part.* 1. *conclus.* 75. *num.* 26. 27. Wolfangum Textorem *synopsi juris gentium cap.* 14. *num.* 43. & *seqq.* Mævium *de arrestis cap.* 8. *num.* 114. & *seqq.* prudentissimo certe consilio, tollendæ omnis dubitationis causa, & ad præscindendas omnes querelarum ansas, constitutum ab Ordinibus Fœderati Belgii, ne legati, sive in Belgio legationis munus obeuntes, sive per Belgium transeuntes, eorumque comites, ac ministri, aut bona, ob debita durante legatione contracta, ullo constringantur arresti vinculo; sed tuto adeant, commorentur, recedantque ad suos, semoto omni prehensionis metu. Neque hæc res Belgii incolis gravis videri potest, cum quisque sic publice monitus secum statuere debeat, an legatis præsente pecunia non mercantibus credendum putet, *Placito Ordin. General.* 9. *Sept.* 1679. *vol.* 3. *placit. pag.* 310.

44. Quæ de legatis gentium exterarum dicta, an & ad eos extendi debeant, qui singularum provinciarum nomine ad fœderata Belgii Fœderati collegia, velut Ordinum Generalium, Consilii Status, Rationum, aut Rerum Maritimarum sunt delegati, nondum, quod scio, plene decisum; delegatis ipsis quidem idem jus sibi vindicantibus, sed Ordinibus Hollandiæ ac ipsa curia rebus ipsis & factis huic immunitati intercedentibus, ut videri potest apud eundem, Bort *de arrestis cap.* 4. *num.* 20. & *seqq.* Certe licet negandum non sit, eos mitti a provinciis majestate præditis, ut simul cum aliis aliarum provinciarum delegatis ea tractent, quæ ad utilitatem gentium confœderatarum videntur spectare; adeoque non minus privilegiatos videri, quam qui a municipiis Romam missi; quo jure revocandi domum munitos esse dixi ex *d. l.* 2. *§.* 3. *ff. de judiciis*, tamen eos nonnihil ab aliis gentium exterarum legatis distare, patet ex iis, quæ supra *tit. de legibus* fuere proposita, *n.* 12. Quibus accedit, quod ipsum illud decretum, quod de non sistendis legatis, eorumque comitibus, ministris, ac bonis, promulgatum dixi *anno* 1679. tantum in extraneorum legatorum personas invenitur conceptum; neutiquam in personas aut res eorum, de quibus nunc sermo est. Denique quod Ordinum Generalium decretum, conditum *anno* 1653. 27. *Julii*, relatum a Petro Bort *d. cap.* 4. *num.* 22. tantum vindicavit hisce delegatis immunitatem ab arresto pro debitis legatione antiquioribus: cum ex adverso populorum exterorum legatis immunitatis fuerit concessa a prehensione pro debitis tempore legationis contractis. Sed non meum

est tantas aut componere aut temere definire lites; quapropter abstineo.

45. Multis præterea in locis id obtinet, ne duo ejusdem provinciæ seu territorii incolæ se invicem aut bona sistant in alio territorio. Sic duo Brabantini se invicem non extra Brabantiam, Peckius *de jure sist. capit.* 8. duo Hollandi non extra Hollandiam; Ultrajectini duo non extra diœcesin Ultrajectinam; quin imo, ne urbis unius incolæ id agant, variis urbium statutis cautum, quæ omnia recensere plenius haud necesse; vide interim Simonem van Leeuwen *cens. forens. par.* 2. *cap.* 25. *num.* 16. *& seqq.* Mævium *de arrestis cap.* 8. *n.* 77. *& seqq.* Petrum Bort *van arresten cap.* 4. *num.* 34. 39. 40. 41. 42. 43. 44. ubi notat privilegium Brabantinorum, ne uspiam arresto detineantur, in Hollandia, Medioburgi, Gœsæ, aut Mecliniæ nihil operari, eosque per Hollandos, Medioburgenses &c. recte sisti, ex sententia Caroli V. quod & Christinæus tradit *ad Leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 7. *num.* 9. *& seqq.* Quod si quis, neglecta statuti dispositione, concivem aut bona ejus alibi stiterit litis movendæ gratia, non peccabunt quidem istius loci judices, si arrestum confirment; cum non ligentur alieni territorii legibus, talem arrestationem concivium vetantibus; sed qui ita detentus litigare coactus est, recte petet a suo judice, condemnari concivem, ut arresti vinculum, contra statuti domicilii prohibitionem alibi impositum, remittat, litique alibi cœptæ cum impensis renunciet, ac solvat mulctam statuto dictatam, velut, decem florenorum Ultrajecti; quinquaginta florenorum Leydæ, Statuta Leydensia *art.* 182. Ultrajectina *rubr.* 19. *art.* 1. Paulus Voet *de statutis sect.* 8. *cap.* 2. *num.* 7. receptum tamen quibusdam in urbibus, remitti duos peregrinos non diversi, sed ejusdem domicilii, quorum alter alterum stiterat, ad suum judicem ordinarium, quoties id detentus postulaverit; quod tamen vel ex comitate magis, quam necessitate fit, vel magis ad declinandum nimiam litium frequentiam judicibus molestam, civibus inde suarum litium protelationem patientibus, damnosam, Roseboom *costuymen van Amsterdam cap.* 19. *art.* 29. Sed quam remissionem sine necessitate quidam faciunt, ad hanc alios ex mutuis conventionibus obstrictos constet. Sic enim inter Hollandiæ Ultrajectinæque provinciæ Ordines placuit, ut si Hollandus Hollandum vel bona ejus in Ultrajectino sistat solo, vel vice versa Ultrajectinus Ultrajectinum, aut res ejus in ditione Hollandica, remittatur uterque ad proprium judicem, irrito declarato arresti vinculo; & si dubitetur, an uterque provinciæ ejusdem membrum sit, ejus judicium ac æstimatio sit penes eum in cujus territorio arrestum contigit: famuli denique & ancillæ dominorum dominarumve jure ac domicilio censeantur, *verdrach tusschen de Staten van Holland en Uytrecht den.* 23. *Aug.* 1657. *& placit. Ordin. Holl.* 10. *Julii* 1658. *vol.* 2. *placit. pag.* 1159. Similiter inter Hollandiæ Zelandiæque Ordines convenit, ne Zelandus Zelandum in Hollandia, ne Hollandus Hollandum in Zelandia sistat, aut bona eorum; simili laxatione arresti, tanquam irriti, facienda, *nader provisioneel accoord tusschen Holland. en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 8. *vol.* 3. *placit. pag.* 692. Quibus (ut hoc addam) insuper utile visum decernere, ne Zelandus Hollandum, ejusve bona aut naves in Zelandia, aut vice versa Hollandus Zelandum in Hollandia arresto detineat; nisi quis bona a se divendita persequeretur ob pretium necdum exsolutum, vel adversarium in ipso contractus celebrati loco deprehendat; quo casu eum cogere poterit illic litem suscipere, cessante tamen tunc omni sistendi jure, *d. nader provisioneel accoord. art.* 5. 6. Pari fere modo convenit, ne urbis Slusanæ in Flandria incolæ sisterent eos, qui in adjacente territorio (dicto *'t Vrye*) fovent domicilium, & vice versa, ne in eo territorio sisterentur Slusani. Quæ conventio Ordinum generalium decreto firmata est 30. *Apr.* 1660. *vol.* 2. *placit. pag.* 2619.

46. Non tamen hæ conventiones impedimento erunt, quo minus Hollandus Hollandum aut bona ejus Ultrajecti detineat, quoties aut in fuga est, aut graviter de fuga suspectus; idemque de ceteris judicium esto; sed non alium in finem, quam ut sic detentus secure ad judicem suum competentem litis excipiendæ causa remittatur, ita nominatim cautum *d. verdrach tusschen de Staten van Holland en Uytrecht art.* 3. *&* 4. Peckius *de jure sistendi cap.* 8. *num.* 7. Adde quæ dixi *h. t. in præced.* Sed nec ex hisce provinciarum conventionibus impeditur Hollandus actione sibi adversus Hollandum competentem cedere Ultrajectino, sic ut is ad exercendam Ultrajecti actionem sibi cessam ibidem jure sistere posset Hollandum debitorem aut bona ejus: cum enim id non inveniatur nominatim inhibitum, juris communis ac usu recepti dispositioni, id permittenti, standum est. Confer Mævium *de arrestis cap.* 7. *num.* 7. 8. 10.

47. An vero parentes a liberis sisti possint, ex iis, quæ de verbali in jus vocatione parentum dicta, manifestum puto; nempe sine venia quidem eos litis movendæ causa sisti non posse; at eadem impetrata, nec facile deneganda, omnino. Quod enim venia antiquitus impetranda fuit, ejus rationem partim in more violentæ in jus tractionis, partim in reverentia, famosam actionem non admittente, positam fuisse, ibidem monstratum; ut ergo olim, concessa licentia parentes conveniendi, liberum erat liberis parentes etiam invitos in jus rapere; ita nihil obstat, cur non eosdem liceret hodie ex speciali judicis consensu sistere litis causa; proxime scilicet ad veterem illam in jus vocationem realem accedente nostra prehensione; nisi quod hæc judicis auctoritatem habeat conjunctam, cum vetus illa privata fieret auctoritate, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 22. D. Scmeren *de jure novercar. cap.* 15. *n.* 2. dissentit Petrus Bort *van arresten cap.* 4. *num.* 52. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 74. *n.* 10. *& seqq.* Frustra excipitur contra reverentiam peccari, & injuriam parenti inferri hoc vocationis genere; etenim reverentiæ videtur sat datum, cum non sine prætoris venia vocatio fit, nec dici potest injuriam facere, qui utitur jure suo, debitumque modis lege vel more probatis persequitur, ut inquit Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 29. *defin.* 28. Nec movere debet, quod filius juste exhæredatur, si parentem ab alio inclusum in sua noluerit fidejussione recipere: *nov.* 115. *c. aliud quoque* 3. *§. si quemlibet* 8. unde multo magis videretur ingratitudinis vitium incidere, si ipse sisteret, atque

includeret: cum aliud sit parentem carceri includere, aliud sistere litis commodius instituendæ causa; adeoque non aliud inde sequeretur, quam quod, cum alii jam prehensi, si non caveant idonee de sistendo, includi possent ad finem usque litis, talis inclusio in parentes non esset adhibenda, sed hi jurisdictione semel firmata dimittendi forent, licet forte non adeo plenam aut sufficientem de sistendo cautionem interposuissent. Quod & olim in reali in jus vocatione sic obtinuit; nam cum in jus vocati aut ire, aut idoneam de sistendo satisdationem præstare deberent, hic parentibus aliisque personis conjunctis honor fuit habitus, ut quali quali fidejussore, etiam non locuplete, dato defungi possent, *l.* 1. 2. *& tot. tit. ff. in jus voc. ut eant aut satis vel cautum dent*, quamvis id hodie in parentibus haud tuto admiseris, postquam invaluit, detentos simul de judicato solvendo multis in locis debere cavere; in qua cautione id privilegium nuspiam parentibus inveniri tributum, notavi *tit. qui satisd. cog.* Ne dicam, civiliter accipi debere verba *in d. nov.* 115. *c.* 3. *§.* 8. de liberis illis, quorum manifesta apparet malitia in patre per fidejussionem suam non liberando, cum facile id possent: cum alioquin alimenta quidem liberi debeant parentibus, neutiquam pro ipsis æs alienum teneantur exsolvere, *l. si quis a liberis* 5. *§. parens quamvis* 16. *ff. de agnos. & alend. liberis tit. Cod. ne filius pro patre*, unde & ad filias ista non pertinet exhæredationis causa, *d. novell.* 115. *cap.* 3. *§.* 8. Multo minus stringit a competentiæ beneficio parentibus indulto desumpta ratio, ex *§. antepen. Instit. de actionibus.* Est enim erronea illa plurium opinio, sisti non posse, quotquot competentiæ beneficio muniti sunt: quamvis enim hi pro debito incarcerari nequeant, perinde ac si cessionis beneficium adhibuissent, arg. *l.* 1. *C. qui bon. ced. poss.* junct. *§. ult. Instit. de action.*; tamen ab incarceratione cessante ad arresti simplicis cessationem haud recte concluditur; cum arrestum tantum fiat, ut de debito litigetur, illud agnoscatur, discutiaturque, quid tandem creditori cedere, quid penes debitorem, ne egeat, oporteat remanere, adeoque ut præstet omne, quod ex competentiæ beneficio non potest jure sibi retinere, Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *num.* 18. Mævius *de arrestis cap.* 8. *n.* 173. *& seqq.*

48. De noverca, de fratre, similibusque frustra disputaveris, cum ne his quidem competentiæ beneficium indultum sit, ut plene probat D. Someren *de jure novercar. cap.* 15. *num.* 2. 3. quemadmodum & sine fundamento ad nobiles, illustres, comites, doctores porrigitur de non sistendo privilegium; quippe qui, quo majores natalibus, quo illustriores, quo magis edocti, quid bona fides exigat, eo quoque magis contractus fidem implere debent, non mollioribus aut remissioribus remediis ad id adstringendi, quam plebeji, si natalium splendorem veramque nobilitatem, meritis quæsitam, negato aut dilato datæ fidei implemento contaminent. Mævius *de arrest. cap.* 8. *num.* 13. *& seqq.* frustra in contrarium nitente Berlichio *part.* 1. *conclus.* 75. *num.* 15. *& seqq. ad num.* 20.

49. Illud consideratione dignum, non posse jurisdictionis stabiliendæ causa sisti debitorem in eo loco, in quo contra eum mediante rerum arresto jam lis inchoata est; cum enim actor ex rerum prehensione jam reum reddiderit huic foro obnoxium, sic ut lis cœpta ibidem necessario sit ad finem perducenda, nec ulla ratione reus illud valeat forum ultra declinare, inutilis ac superflua foret debitoris sequestratio pro scopo jam alia via obtento. Præterquam quod non oportet extra fugæ suspicionem (de qua nos antea) pendente lite quicquam novare, aut tentare executionem pleniorem sine necessitate ante sententiam, arg. *l. unic. per tot. ff. nihil innov. appell. interposita.* Argenteus *ad consuet. Britann. art.* 122. Arresto tamen decreto, & lite cum principali debitore sic cœpta, non impeditur creditor fidejussorem arresto detinere, ac cum eo litem inchoare, derelicta priore; & vice versa. Mævius *de arrestis cap.* 8. *num.* 40.

50. Absoluta de personis sistendis quæstione, facilior erit & expedita magis de rebus tractatio. Quos enim debitores sisti posse jam exposuimus, horum bona multo magis arresti vinculo adstringi posse, haud ambigendum; eo quod facilius rerum, quam personarum indulta prehensio est; nisi res ipsæ in se favorem contineant, ob quem easdem sistere prohibitum. Et licet multi ex hisce, quos sisti non posse supra monui, ejus conditionis sint, ut nec bona eorum recte sistantur, adeoque nec res legatorum, nec tutorum, curatorum, procuratorum, administratorum bona pro debitis eorum, quorum res curant; nec res Hollandi per Hollandum in Zelandica aut Ultrajectina provincia, ac vice versa; nec bona eorum, quos appellant *curiæ suppositos*; in quibusdam tamen id secus obtinet. Atque ita, debitorem quidem debitoris non recte sisti, debitum tamen ipsum omnino posse, ante notatum est. Mævius *de arrestis cap.* 9. *nu.* 34. *& seqq.* Bort *van arresten cap.* 5. *num.* 9. *& seqq.* Peckius *de jure sist. cap.* 4. *num.* 11. Sande *decis. Fris. libr.* 1. *tit.* 17. *defin.* 1. Lamb. Goris *Adversar. tract.* 4. *§.* 20. *& in annot.* Rebuffus *ad constit. regias tom.* 1. *de literar. oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 63. 64. nec pure tantum, sed & in diem debitum, in quantum, die veniente, non recte contra interdictum solvitur, Radelant. *Cur. Ultraject. decis.* 18. *num.* 1. licet alioquin id, quod alteri debetur, non nisi eo volente per alium exigi posse jura dictent, *l. si pupilli* 6. *§. ult. l. solvendo* 39. *ff. de negot. gestis.* Nec minus bona pupillorum, minorum, furiosorum, similiumque recte sistuntur, ut ita tutores & curatores, quibus incumbit rerum pupillarium defensionem suscipere, adigerentur ad litigandum in loco illo, in quo bona talia sunt arresto detenta, Bort *van arresten cap.* 4. *num.* 47. Mævius *de arrestis cap.* 8. *num.* 6. *& seqq.* Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 15. *n.* 14. *in fin.*

51. Ceterum licet annui reditus & usuræ & pensitationes sisti possint, Carpzovius *defin. for. part.* 1. *const.* 29. *def.* 29. & apud nos ipsa quoque bona feudalia, sive de feudalibus controversiis, sive de aliis lis movenda sit; ita ut posteriore casu etiam ordinarius judex, cui alioquin de feudalibus jurisdictio denegata est, decretum de bonis feudalibus arresto gravandis jure interponat, *instructio Curiæ Feudalis Holland.* 7. *Aprilis* 1661.; *art.* 8. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2648. tamen jure singulari, ad evi-

tandam rationum publicarum turbationem, vetitum, ne in Hollandia sub ærarii quæstoribus arresto graventur usuræ ac reditus annui, ad debitorem nostrum pertinentes, quorum dies jam cesserat; multoque minus sortes ipsæ: adeo ut quæstores vetentur arresto obtemperare, *placit. Ordin. Holl.* 18. *Martii* 1661. *vol.* 2. *pag.* 2639. Pari fere ratione mensæ argentariæ Amstelodamensi (*de wissel. banck*) datum privilegium, ne arresto graventur, quæ apud eam custodiæ causa deposita sunt, sive directo, sive per ambages: adeoque nec sub institoribus, in quorum rationes alienæ pecuniæ transcriptæ fuerant custodiæ gratia. *Placitum Ordin. Holl.* in gratiam Amstelodamensium 16. *Dec.* 1670. quod occurrit descriptum apud Petrum Bort *van arresten cap. num.* 30. Alimentorum quoque favor videtur id effecisse, ne ea alicui in futurum debita arresto graventur; non enim temere quisquam alimentis videtur fraudandus quotidianis, atque ita necandus juxta *l. necare* 4. *ff. de agnosc. & alen. liberis*, ubi necdum constat, illum debitorem esse ejus, qui sequestrationem facere desiderat, arg. *l. qui bonis* 6. *ff. de cess. bonor.* nam &, rebus pupillorum indefensorum auctoritate judicis possessis, separanda pupillis sunt alimenta usque ad tempus pubertatis; eo quod incertum est de indefensis & semetipsos per ætatem defendere non valentibus, an vere debitores sint, an magis per calumniam fingantur tales esse, *l. si pupillus* 33. *l. ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid. seu vend.* tales vero missiones arrestis nostratibus non longe sunt dissimiles. Et licet appellatio suspendat sententiæ executionem, tamen a decreto de alimentis præstandis non licet appellare, saltem non ad eum effectum, ut differretur executio, arg. *l. ult. ff. de appell. recip. vel non.* Quibus accedit, quod ita subverterentur suprema morientium elogia, qui alimenta legantes certæ personæ, nollent ea aliorsum detorqueri; quæ & ratio fuit, cur de his transigi sine decreto leges vetuerint, nec decretum permiserint interponi, nisi illæsa maneret defuncti voluntas, *l. cum hi* 8. *pr. & §§. seqq. ff. de transaction.* Berlichius *part.* 1. *conclus.* 74. *num.* 43. Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 29. *defin.* 33. Plane si in præteritum alimenta sint debita, cum perdant alimentorum nomen, naturam, ac favorem, nec quisquam in præteritum alendus sit, ad instar simplicis annuæ præstationis vel pensionis ea sisti nihil impedit: nam & de his transigi sine decreto posse, dictum *tit. de transact.*

52. Similiter sequestrari non possunt in Belgio fœderato stipendia seu mercedes nautarum ac sociorum nauticorum, nisi ob debitum vestimentorum, aut esculentorum, aut pensionis ædium, durante navigatione contractum, adeoque revera pro depensis tantum alimentis, utpote juxta *l. legatis* 6. *ff. de aliment. vel cibar. legat.* cibaria, vestitum ac habitationem continentibus, *Placito Ordin. General. & Ordinum Hollandiæ* 8. *Decembris* 1663. *vol.* 1. *placit. pag.* 966. Reliqua vero stipendia, atque salaria professoribus, verbi divini ministris, advocatis, medicis, militibus, aliisque debita, arresto gravari posse, verius est, non modo litis instituendæ, sed & rei servandæ causa. Sed an in totum, an vero pro parte tantum, & pro qua portione, de eo variantes regionis cujusque mores inquirendi, & pro more loci cujusque, subinde & providi ac circumspecti judicis arbitrio id definiendum. Vide *l. stipendia* 4. *Cod. de executione rei judicatæ.* Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *num.* 13. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 15. *n.* 29. Sic in regionibus quæ immediate subsunt Ordinibus Generalibus, arrestari nequeunt stipendia concionatorum, nisi usque ad partem dimidiatam, *Reglement op de politijke reformatie in de Meyerye van 's Hertogenbosch en andere quartieren* 1. *April.* 1660. *art.* 30. *vol.* 2. *placit. pag.* 2614.

53. Res hæreditarias quod attinet, licet jure Romano cautum fuerit, ne ante nonum a morte diem cuiquam liceat hæredes, aut parentes, aut liberos, aut conjugem, aut agnatos vel cognatos defuncti, similesque convenire aut quocumque modo inquietare, *novell.* 115. *cap. hæc autem* 5. §. 1., tamen, si metus subsit, fore, ut hæreditas expiletur, etiam ante nonum diem ipsasque exsequias, protinus a morte debitoris, bona ejus per creditores arresto includi possunt, Groenewegen *ad auth. item C. de sepulchro violato*, Christinæus *vol.* 1. *decis.* 81. Zypæus *notit. Jur. Belgici libr.* 1. *tit. de in jus voc. circa fin.* Ipsum vero debitoris defuncti cadaver in universum pro debito arrestari, & impediri sepulturam, sub pœnæ gravioris comminatione vetitum; deductis in irritum quibuscunque ea ratione extortis pignorum fidejussorumve obligationibus, aut pecuniarum solutionibus, *l. ult. C. de sepulchro violato*, *d. novell.* 115. *cap.* 5. §. 1. ut enim reliquias defunctorum sepulturæ tradi conditionis humanæ memoria postulat, teste Modestino in *l. pen. ff. de condit. Instit.* ita contra, si criminum gravissimorum reos excipias, extremum defunctis honorem quietemque denegare, crudele nimis injuriumque visum, *d. ll.* in quam rem plura congessit Peckius *de jure sistend. cap.* 5. *num.* 23. *& seqq.* Groenewegen *ad d. auth. idem C. de sepulchro violato*, & ita a Carolo V. constitutum fuisse, ne ob debitum civile sepultura impediretur, testatur Perezius *tit. Cod. de sepulchr. violato, num.* 7. 8. 9. monens tamen simul, in variis locis contra hoc jus, adeo humanitatis, & religionis favore ac ratione summa subnixum, vexari detinerique insepulta debitorum cadavera, donec satisfactum fuerit. Adde Mævium *de arrestis cap.* 8. *num.* 225. *& seqq.* Quid vero obtineat in cadaveribus eorum, qui non ex sceleris conscientia violentas sibi manus intulerunt, dicam *tit. ad leg. Cornel. de sicariis.*

54. De rebus alienis a debitore possessis, num & illæ sisti possint per creditorem, litis adversus debitorem possidentem movendæ causa, non sine distinctione quæstio videtur terminari posse. Si enim ita prorsus aliena est, ut nullum possessori jus in ea competat, nec ejus invito domino retinendæ habeat potestatem, veluti si furtiva sit, aut vi possessa; vanam ac inanem fore arbitror detentionem, sive rei servandæ, sive litis causa tentaretur; eo quod domino vindicante, impediri non posset possessionis ademptio, ne alter alterius odio prægravetur, contra regulam *non debet* 22. *de reg. juris in* 6. atque adeo in irritum deduci omni momento posset, quicquid alienæ rei detentioni, ceu fundamento suisset superstructum, arg. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. depositi*, & ut alienarum rerum pignus non subsistit sine domini veri voluntate, *l. aliena res* 20. *ff. de*

pignorat. act. & missione in possessionem bonorum defuncti decreta, neque depositarum neque defuncto commodatarum rerum possessio censetur concessa, quia istæ non erant defuncti, *l. is, cui* 5. §. *si deposita* 10. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa*, ac denique perperam dirigitur per apparitorem executio in res alienas, vel eas, de quibus dubitatur, an tales sint, *l. a Divo Pio* 15. §. *si rerum* 4. *ff. de re judic.* ita & non jure illæ pro alieno sistuntur debito; cum hac ratione executionis initium fieri antedictis manifestum sit. Ut tamen in dubio ex possessione præsumendum sit, illum qui possidet, dominum esse, donec contrarium probatum fuerit, Peckius *de jure sistendi cap.* 16. *num. illud vero indubitatum* 5. 6. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 74. *num.* 46. Præs. Everhardus *consil.* 209. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *de literar. oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 52. & 54. Petrus Bort *de arrestis cap.* 5. *num.* 51. Mævius *de arrestis cap.* 9. *num.* 2. & *seqq.* & *num.* 16. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 15. *n.* 32. Sed si debitori jus in re aliena quæsitum sit, veluti pignoris aut simile, recte creditor rem talem suo debitori ab alio oppignoratam sistit: eo quod non tam rem alienam, quam potius jus debitori in re aliena competens, atque adeo id, quod debitoris proprium est, videtur arresto gravasse; eo modo, quo pignus pignori dari posse notum est ex *tit. C. si pign. pignori dat. sit*, & legatarii ac creditores in possessionem bonorum defuncti vel debitoris missi, pignorum quoque his datorum possessionem consequebantur, *l. is, cui* 5. §. *sed & si* 7. *ff. ut in poss. legat.* Rebuffus *d. art.* 6. *gloss.* 3. *nu.* 53.

55. Hinc nec dubium esse potest, quin recte creditor acturus sistat rem debitori cum alio communem, quippe cujus dominium pro parte saltem indivisa debitoris est; usque adeo, ut ne ex eo quidem impediatur arrestum, quod forte res communis natura sua sit individua; cum eo casu, res tota videri possit arresto gravata, arg. *l. is, cui* 5. §. *si ex duobus* 11. *ff. ut in possess. legator. vel fideic. serv. causa*, alterque rei communis dominus actione pro socio, vel communi dividundo, consequi possit a socio, cujus mora arresto causam præbuit, quanti sua interest, se partis suæ usu caruisse, Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *de literar. oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *n.* 53. Peckius *de jure sistendi cap.* 4. *num.* 18. Mævius *de arrestis cap.* 9. *num.* 4. Si tamen portio navis, cujus plures exercitores sunt, arresto gravetur, non impeditur ob id navigatio, aut saltem exercitores ceteri impetrare possunt laxationem arresti ad id, ut navigatum navis tota mittatur, & ea lege, ut in ea parte ubicumque existente, lucris inde proventuris, duret arresti vinculum, & magister caveat, se nomine & periculo arrestantium partem eam ubique velut arresto gravatam, defensurum. Vide Petrum Bort *van Arresten cap.* 5. *num.* 5.

56. Pari ratione, licet debitor rem suam alteri dans pignori diminuisse censeatur dominii jus; quia tamen non in universum dominus esse desiit, liberum est creditori rem talem sui debitoris, per creditorem jure pignoris possessam, sistere sub eo, sive ad id, ut ad litem in eo loco, in quo res est, suscipiendam suum constringat debitorem, sive debiti servandi causa; salvo tamen creditori hypothecario suo jure prælationis in pretio ex tali re arrestata redigendo: eo scilicet modo, quo creditores chirographarii missionem jure Romano impetrabant in bona debitoris obærati ac latitantis, licet aliis ante creditoribus pignoris conventionalis jure devincta; aut creditores in lite victores executionem habebant in victi rebus, alteri hypothecæ obligatis, non diminuta tamen utroque in casu creditoribus tempore anterioribus sua in pignore prærogativa, *l. a Divo Pio* 15. §. *quod si res* 5. *ff. de re judicata*, Peckius *de jure sistendi cap.* 16. *num. ult.*

57. Ex adverso nullus recte rem suam propriam arresto detinet, nisi ad id, ut eam ab injusto vindicet possessore; quo respectu jus sistendi etiam in actionibus in rem locum sibi vindicare, supra monitum. Si tamen in rem meam, sive a me, sive ab alio possessam, tertius jus habeat, velut hypothecæ vel pignoris, aliudve simile, idemque mihi alia ex causa debitor sit, nihil vetat, quo minus rem meam penes me ipsum judicis auctoritate sistam, non quidem quatenus illa mea est, sed in quantum tertio in eam jus constitutum est; ad id, ut ille judicis mei ordinarii jurisdictioni subjiciatur vi arresti. Idemque est, si meus creditor, cui verbi gratia centum debeo, mihi res alias debeat compensationem haud admittentes; nam & tunc, quod debeo, recte apud me sic sisto, ut ad meum forum traham eumdem ex alia causa mihi debitorem, Petrus Bort *van arresten cap.* 2. *num. ult.* Simon van Leeuvven *cens. forens. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 15. *num.* 33.

58. Non prætereundum tamen, etsi res tales sint, quæ non prohibentur, omnem nihilominus sistendi licentiam denegari creditoribus, ex quo curator bonis debitoris latitantis aut defuncti datus est; sic ut ne cœpta quidem ante curatoris constitutionem executio ad finem perducenda sit; sed omnes ad eundem judicem venire teneantur, de suo prælationis jure cum ceteris ejusdem debitoris creditoribus disceptaturi, idque convenienter juri Romano, quo missis in possessionem quibusdam creditoribus, reliqui quoque, qui non petierunt missionem, videntur missi, quasi missionis decreto in rem concepto; aut saltem petunt, se cum prius missis admitti, *l. cum unus* 12. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. ult. C. eod. tit. de bon. aut. jud. possid.* & ante missionem sibi quidem quisque vigilare potest, post eam non utique. *Sciendum*, inquit cum Juliano Ulpianus, *eo jure nos uti, ut qui pecuniam debitam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exæquandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit præripere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset*, *l. quod autem* 6. §. *sciendum* 7. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* adde Petrum Bort *de arrestis cap.* 4. *num.* 64. Anton. Fabrum *C. lib.* 7. *tit.* 7. *tit.* 32. *defin.* 18. 19. & 20. Mævium *de arr. cap.* 8. *num.* 148. & *seqq.*

59. Quisquis autem vel sibi vel rebus suis asserere cupit immunitatem ab arresti gravamine, id ipsum protinus ante litem contestatam tenetur allegare & probare: si enim in declinatoriis fori exceptionibus id obtineat, *l. pen.* & *ult. C. de exceptionibus*, etiam hic idem servari necesse est; cum hac

allegatione forum & jurisdictionem judicis, apud quem arrestum contigit, declinari constet. Peckius *de jure sistendi cap.* 14. *n.* 1. neque tantum hæc immunitas ab arresto ratione personæ vel bonorum, apud eum alleganda, cujus auctoritate arrestum est interpositum; sed &, si opus fuerit, dum is immunitatis allegationem non admittit, querelæ violatæ immunitatis deferri possunt ad judicem illum, cujus jurisdictioni per arrestum subduceretur causæ cognitio, ejusque officium & auxilium implorari; ne subjectorum suorum privilegia subverti per alios ac conculcari patiatur. Vide Mævium *de arrestis capit.* 19. *n.* 4. *& seqq. & cap.* 17. *n.* 9. Petrum Bort *van arresten c.* 4. *n.* 35. 36. 37.

60. Arresti recte interpositi effectus est, quod durante ejus vigore nihil possit innovari. Ac proinde personæ quidem ita detentæ non impune ab eo loco, in quo detentæ, sese possunt dimovere: quod si id, insalutato judice ac creditore, fecerint, ob debitum civile detenti non quidem incurrunt carceris effracti pœnas, sed vel ad mulctas per statuta constitutas, intra annum a violati arresti tempore conveniri possunt, vel arbitrio judicis pro variis arresti violati circumstantiis coercentur: atque insuper adversus eos tanquam contumaces procedi potest: de quibus vide prolixius Petrum Bort *van arresten cap.* 7. *num.* 30. *& seqq. usque ad num.* 42. Mævium *de arrestis c.* 24. Simonem van Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 15. *num. ult.* Petrum Peckium *de jure sistendi cap.* 28. Et si alius in civilibus, alius in criminalibus prætor sit, ac detentus ob debitum civile arrestum violaverit, mulctam non criminalium, sed civilium causarum prætori cedere debere, tanquam ei, cujus auctoritate detentio facta, responsum est in Consult. JCtorum Holland. *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 319. *revera* 219. *in fine*. Quisquis vero convinci potest dolo malo, ope, consilio juvisse arrestati fugam ac evasionem, aut eundem exemisse, eo ipso obstrictum sese reddidit ad exsolvendum totum illud debitum, pro quo consequendo debitor detentus fuerat: sic enim ex lege Constantini obtinuit, ut is, qui debitorem credidisset avellendum subtrahendumque, totius summæ solutionem in se teneretur suscipere, *l. quotiens* 3. *C. de exactorib. tribut.* & jam olim ex edicto prætoris, si quis alium in jus vocatum vi exemisset, in id condemnari solebat, quanti erat ea res in judicium deducta, *l. pen.* §. 1. junct. *l. sed eximendi* 4. *ff. ne quis eum, qui in jus vocat. vi eximat*, usque adeo, ut reducens postea exemtum, eundemque sistens in judicio, evitet quidem ordinariam eximentium pœnam, nec ad debiti integri exsolutionem teneatur, *d. l. pen.* §. *docere* 2. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat*, (licet hic quidam contra sentiant) sed nihilominus in id quod actoris interest, causam ejus & persecutionem quoquo modo deteriorem ac difficiliorem esse redditam, obstrictus maneat: cum modis omnibus id judicem agere oporteat, ne cujus deterior causa fiat ex facto alieno, *l.* 1. *ff. de alien. jud. mutand. causa* Peckius *de jure sistendi cap.* 33. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 3. *art.* 3. *n.* 4. *& seqq. & art* 5. *num.* 4. multoque magis hæc in apparitore vel commentariense, dolo vel culpa evasioni causam præbente, statuenda sunt, ut latius dicetur *tit. de custod. & exhib. reorum*.

61. Quod si res arresto gravatæ sint, immobiles quidem non possunt arresto durante per dominum alienari in arrestantis præjudicium, cum judex traditioni earum non nisi coram lege loci situs faciendæ, auctoritatem non sit accommodaturus. Mobilium vero possessio jure in alium transferri, aut quaque ratione interverti non potest per eum, penes quem illæ sequestratæ sunt, adeo ut, si de facto transtulerit, corruperit, aut possidere desierit, non modo ad mulctam teneatur, quam apparitor arrestum denuncians in causam interversionis comminatus est ex more judicii intra annum exigendam, Neostadius *curia suprem. dec.* 79. ubi & tradit, cui mulcta cedat, Bort *van arresten c.* 7. *n.* 32. 33. vide Peckium *de jure sistendi cap.* 29. *&* 30. sed & ad redintegrandam possessionem interversam, & in pristinum statum restituendam, aut, si id nequeat, ad id quod interest illius, qui arrestum fieri curavit, ut & ipsius debitoris, si is quoque tali interversione se læsum probet; si modo dolus aut manifesta possessoris negligentia appareat, *groot privilegie van Vrouwe Maria van Burgundien aan die van Holland en Zeeland* 14. *Martii* 1476. *post med. vol.* 2. *placit. pag.* 669. *in med.* Peckius *de jure sistend. cap.* 44. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 3. *art.* 5. Petrus Bort *d. c.* 7. *n.* 35. 36. Quin tamen res mobiles ita interversæ, & ex domini voluntate in alium translatæ, jure dominii transeant, haud dubium, cum mobilia sequelam hodie non habeant. Quin imo, si res tales arresto detentæ sint, quæ servando servari nequeunt, judicis auctoritate distrahi poterunt, pretiumque, quod earum in locum successit, servari sufficiet, Petrus Bort *van arresten cap.* 5. *n. ult. & cap.* 7. *num.* 6.

62. Debitis vero sub debitore debitoris arrestatis, vis arresti est, quod debitor id, quod arrestatum est, solvere non possit; & si maxime sine arrestantis voluntate solvat, nihil ea solutione arrestanti præjudicet; sed postmodum vincenti sic solvere teneatur, ac si nihil debitori suo vel alteri ex debitoris voluntate solvisset. Nec excusabitur si metu litis se suo creditori solvisse causetur: neque enim in creditoris potestate fuit, suum convenire debitorem ad solvendum, quamdiu durat arresti vinculum; cum creditor, non efficiens, cavendo vel satisfaciendo, ut illud laxetur, ipse in causa sit, quo minus debitor judiciali impeditus prohibitione & pœnæ comminatione solutionem faciat, arg. *l. ult. ff. de lege commis.* recteque facit, nec moræ reus est, qui auctore prætore solutionem detrectat in odium ac pœnam creditoris, arg. *l. ult. ff. quod quisque juris in alter. statuerit*, usque adeo, ut nec oblata per creditorem cautione de indemnitate, nec deserto per arrestantem arresto, cogi possit, quamdiu sententia judicialis non dictavit, arrestum desertum esse. Vid. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *de litterar. oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 64. 65. 66. 67. Peckius *de jure sist. cap.* 9. *num. ult. in fin.* Bort *van arresten cap.* 5. *num.* 14. *& seqq. ad num.* 24. ubi tamen monet, curiam supremam Hollandiæ Zelandiæque, non obstante arresti interpositione, debitorem ad solvendum solere adigere; & simul addit remedia, quibus eo casu creditores arrestantes sibi possint consulere, *num.* 25. 26.

63. Quod reliquum est, arrestum effectus habet

plures cum verbali in jus vocatione communes: cum species credatur esse in jus vocationis. Atque ita omnem interrumpit praescriptionem vocantis seu arrestantis intuitu, & perpetuam facit actionem temporalem; cum siluisse, qui in jus vocavit, aut inquietatus non fuisse, qui vocatus est, dici nequeat, *l. constitutionibus* 33. *ff. de oblig. & act. l. sicut in rem* 3. *l.* 4. *in med. l. cum notissimi* 7. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 1. 2. *C. de longi temp. praescript. l. nemo ambigit* 10. *C. de acquir. & retinenda poss. l. ut perfectius* 2. *l.* 3. *C. de annal. except.* Peckius *de jure sist. cap.* 35. *num.* 6. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 74. *num.* 20. *& seqq.* Confer *tit. de judiciis in fine.* Similiter arrestum adjunctam habens exhibitionem petitionis, aeque ac in jus vocatio verbalis, inducit litis pendentiam & praeventionem, sic ut neque reus invitum actorem arrestantem vocare possit de ea causa ad aliud judicium, neque actor invito reo litem sic coeptam ad aliud possit forum transferre, licet quibusdam in locis praxis invaluerit, actorem renunciare posse liti coeptae, & novam alibi litem reo etiam invito movere. Quae plenius excussi *tit. de jurisdictione.* Adde interim Peckium *de jure sist. cap.* 35. *num.* 1. 2. 4. Petrum Bort *de arrest. cap.* 7. *num.* 2. Brunnemannum *ad l.* 7. *ff. de judiciis num.* 3. Maevium *de arrestis cap.* 13. *num.* 28. *& seqq.* & DD. citatos apud Gratianum *discept. forens. cap.* 906. *num.* 21. 22. Zangerum *de exceptionibus par.* 2. *cap.* 3. Consult. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 325. *vel* 326. incipit *gesten.* & *consil.* 328. *& part.* 5. *consil.* 35. *num.* 3. 4. Mynsingerum *cent.* 4. *observ.* 26. *num.* 6. Merulam *lib.* 4. *tit.* 40. *c.* 3. *n.* 21. *in fin.* Sed haec ita, si actor vocationem prosequatur: nam si, cum reo dixisset diem, ipse veniente die abfuerit, & reus quoque sui copiam non fecerit, vel praesens petierit circumduci edictum citationis, nec interruptio usucapionis nec praeventio potest videri facta per vocationem quam ipse vocans sua absentia elusoriam reddidit & inefficacem, Brunnemannus *ad l.* 7. *ff. de judiciis n.* 3.

64. Non tamen apud nos, & in locis illis, ubi mercatura viget, arrestum arrestanti tribuit jus hypothecae in rebus arresto detentis, nec praelationem ante alios creditores; nisi forte quantum ad sumptus detentionis, si ea rei servandae causa ob metum interversionis facta sit; & secundus arrestans, seu commendationem arrestatae rei faciens (ut loquuntur) eodem jure gaudet, quo primus; nec impedietur legalis hypotheca etiam ratione creditorum posteriorum, dum forte arresto durante coepit debitor tutelam gerere, res fisci administrare, sic ut & fiscus & pupilli in rebus arresto gravatis potiores sint futuri ipsis arrestantibus. Quae non tantum ita recepta ob libertatem mercaturae, ne creditores praelationis spe allecti nimis facile sisterent mercimonia, suis plerumque temporibus ac locis tradenda, in ingens commerciorum damnum; sed & magna ex parte propter ipsa juris Romani principia. Est enim arrestum species quaedam missionis praetoriae in possessionem, per quam licet jure Romano creditores adipiscerentur jus pignoris, in tantum, ut debitor post missionem res suas alienare non posset, nisi cum tali onere pignoris praetorii creditoribus ex missione quaesiti, *l. si postquam* 3. *l. qui legati* 5. *C. ut in possess. legat.* junct. *§. item si quis* 6. *Instit. de action.* quo respectu missio nostratibus arrestis potentior fuit: non tamen qui prior missus erat, ex praerogativa temporis ullum jus potentius sibi arrogare poterat, quam qui postea missionem impetrasset; fallente illic regula, alias vulgo in pignoribus recepta, quod, qui prior esset tempore, potior quoque esset jure, *l. is, cui* 5. *§. qui prior* 3. *ff. ut in poss. legat. l. cum unus* 12. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. seu vend.* Petrus Peckius *de jure sistendi cap.* 40. *num.* 7. *& per tot.* Maevius *de arrestis cap.* 19. *num.* 17. *& seqq.* Petrus Bort *van arresten cap.* 7. *num.* 15. *& seqq.* Quamvis in Saxonia locisque vicinis jus pignoris & praelationis nasci testetur Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *def.* 143. *& plures ab eo citati.*

65. Quibus porro modis, qua cautione praestita, laxetur arresti vinculum, dicendum erit *tit. qui satisd. cog.* Quod si arrestans arrestum non prosequatur, nec intentionis libellum die praefinito edat, detentus jure petit ab instantia absolvi, remitti arresti vinculum, & actorem in expensas, damna, & id, quod interest, damnari. Instruct. Curiae Ultraject. *tit. van defaut van de eyschers art.* 3. Wassenaer *pract. jud. cap.* 3. *nu.* 14. 15. De laxatione arresti plura vide apud Maevium *de arrestis cap.* 25.

66. Est autem in jus vocatio sive verbalis, sive realis, principium omnium actionum instituendarum, *§. ult. Inst. de poena temere litigant.* qua omissa nihil eorum, quae subsecuta sunt, valere potest, *l. prolatam* 4. *C. de sentent. & interlocution. l. ea, quae* 7. *C. quomod. & quand. judex sent. proferre deb.* Sic ut ne in favorem quidem non vocati, & ob id sese non sistentis, sententia lata vires acquirat; cum ea, quae contra leges gesta sunt, nulla sint, nec ob privatam personae singularis utilitatem soleant convalescere. Nihil in contrarium faciente argumento a minore desumto, qui licet careat persona standi in judicio sine curatore; tamen si sine eo steterit, ac pro se obtinuerit sententiam, commodum ex ea sentire potest, *l. non eo* 14. *C. de procurat.* junct. *l. cum & 4. C. si advers. rem. judic.* Non enim illo in casu deerat necessarium judicii requisitum, ac basis; cum & minores, conditionem suam facientes meliorem, legitimam habeant personam standi in judicio sine curatore, ut innuit *d. l.* 14.

67. Ex hac vero vocationis necessitate & illud consequitur, eum, qui ad unam causam vocatus est, ad alteram respondere haud compellendum, *l. consensisse* 2. *§. legatis* 3. *ff. de judiciis*, eo quod non praesens tantum, sed & ad respondendum paratus esse debet; actore quidem instructo veniente, reo autem sese demum instructuro, postquam cognoverit, ex qua causa conventus sit, *l.* 1. *ff. de edendo*, Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 6. *num.* 9. Si tamen adversarius non vocatus, sed praesens, & ita ab actore conventus, ultro respondeat, litemque contestetur, judicium subsistet. Cum enim in jus vocatio potissimum ob id intervenire debeat, ne reus indefensus condemnetur, nihil impedit, quo minus huic suo favori renunciet, atque ita sui defensionem apud judicem suscipiat, ac si legitime vocatus esset, arg. *l. pen. C. de pactis*, Donellus *ad tit. C. de in jus vocando num.* 3. Ant. Matthaeus *de judiciis disp.* 6. *thes.* 34. Adde quae superius de neglecta legitima vocandi forma dicta sunt.

TITULUS V.

Si quis in jus vocatus non iverit: sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit.

SUMMARIA.

1. *Qui vocatus non venit, mulctandus est: mulcta actori cedit.*
2. *Quando cesset mulcta?*
3. *De contumacia rei, remissive.*

1. QUI in jus vocatus non ivit, mulcta pro arbitrio & jurisdictione judicis coercetur, sive competens judex fuerit, ad quem vocatus est, sive non; si modo id dubium sit, quippe quo casu venire debet, privilegium fori allegaturus, ut latius dictum tit. de jurisdictione, *l.* 2. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t. si quis ex* 5. *ff. de judiciis*. Mulctandum ait Paulus *in d. l.* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* pro *jurisdictione judicis*, id est, si modo judex talem habuerit jurisdictionem, cui etiam mulctæ imponendæ potestas cohæsit; neque enim omnibus magistratibus mulctæ dicendæ jus datum fuit, *l. aliud fraus est* 131. *ff. de verbor. signif. l. consensisse* 2. *§. ult. ff. de judiciis*, neque ad eandem usque quantitatem mulctandi potestas, *l. ult. C. de modo multarum*. Applicanda autem mulcta actori vocanti, cui ad eam exigendam accommodanda videtur in factum actio, arg. *l. si per* 5. *§. in eum* 1. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.* si enim pœna actori læso cedat cum reus vi exemtus est, quidni & tunc, cum reus non venit? cum utique magis videatur prætoris contemnere majestatem, qui vi exemit, quam qui simpliciter neglexit venire. Eoque facit, quod pœna cessat, si non interfuerit actoris, eo tempore in jus adversarium non venisse, *l.* 2. *in fine ff. h. t.* quod non ita esset, si mulcta non fuisset actori applicanda. Quibus non repugnat quod in *l. pen. C. de modo mulctarum* rescriptum est, severa mulctarum compendia ærario publico protinus esse quærenda, cum id de mulctis ac pœnis ob crimina publica vel popularia irrogandis accipiendum sit; nequaquam de iis, ad quas privatis in negotiis ex justa causa fit condemnatio, ut ex hoc toto libro 2. manifestum est.

2. Cessat vero mulctæ exactio, si actoris non intersit, si quis non venerit per rusticitatem; aut cum vocatus esset ad judicem pedaneum; vel talis sit, ut edicto non potuisset vocari, *l.* 2. *in fine ff. h. t.* arg. *l. quod si* 3. *§. si quis* 1. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi exim.*

3. Potest & actor, reo sui copiam haud faciente, missionem in possessionem bonorum ejus impetrare, *l. satisque* 19. *ff. de in jus voc.* Sed de contumacia ac ejus coercitione, tum ex Romano, tum ex hodierno jure dicam latius *tit.* 11. *si quis caution. in jud. sist. caus. fact.*

TITULUS VI.

In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

SUMMARIA.

1. *Cavens de sistendo evitat mulctam: cavens conjuncta persona dato fidejussore etiam minus idoneo facultatibus.*
2. *Quæ hujus rei ratio sit?*

1. MUlctam, de qua præcedente titulo, evitat quoque in jus vocatus, si se certo die staturum caveat; datis fidejussoribus idoneis tam conveniendi facilitate, quam facultatibus, *l.* 1. *ff. h. t. l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non inverit*, de quibus latius *tit.* 8. *qui satisd. cog.* Quod si quis idoneum fidejussorem oblatum rejecerit, ipsi & reo principali tenetur actione injuriarum, *l. si vero* 4. *§.* 1. *ff. qui satisd. cog.* Uti e contrario personæ conjunctæ inter se litigantes, si qualemcunque fidejussorem oblatum admittere recusent, quinquaginta aureis mulctantur, *l.* 1. 2. *ff. h. t. l. fidejussor* 2. *§. prætor ait* 2. *qui satisd. cog.* quod tamen de illis tantum accipiendum fidejussoribus, qui facultatibus inidonei censentur: nam si conveniendi facilitate essent inidonei, ne inter necessarias quidem personas haberentur idonei, arg. *l. pen. ff. h. t. d. l.* 2. *§.* 1. & *§. quod ait* 4. *ff. qui satisd. cog.*

2. Ratio hujus exceptionis videtur esse, quod, uti cum conjunctis personis non acerbe, sed mitius agendum erat in jus vocatione, ne scilicet vocarentur sine venia; ita & in exigenda ab illis cautione: licet hic personarum conjunctarum appellatione nonnullæ veniant, ad quas edictum de non vocando sine venia non pertinet; quales liberi a parente, uxor a marito, nurus a socero in jus vocati, *l. item pro patrona* 2. *ff. h. t. d. l.* 2. *§.* 2. *ff. qui satisd. cog.*

TITULUS VII.

Ne quis eum, qui in jus vocabitur vi eximat.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit pœna eximentis vocatum; & cur puniatur etiam qui exemit vocatum per calumniam?*
2. *Quid si plures, aut per alium quis exemerit? an per pœnæ præstationem reus vocatus liberetur?*
3. *Quibus casibus pœna cesset?*
4. *Non cessat ob id, quod eximens caret dolo.*

1. SI quis in jus vocatum vi exemerit, tenetur actione prætoria pœnali in factum ei, qui vocavit; non ejus hæredibus, nisi quatenus eorum interest, *l.* 1. *l. si per* 5. *§. ult. ff. h. t.* ad id, ut præstetur, quanti ea res est in judicium deducta, licet per calumniam petita, æstimanda per actorem; idque secundum verum pretium, non ex effectione, quippe quæ in re per calumniam petita non satis probabili niteretur ratione, *l. sed eximendi* 4. *§. item* 1. *l. si per* 5. *§. in eum* 1. *ff. h. t.* Nec est, quod forte quis existimet, recte & sine pœnæ metu eximi reum per calumniam vocatum, quia nec in pœnam incidit, qui exemit vocatum, qui non debuerat ex edicto vocari, velut parentem, patronum, *l.* 1. *§.* 2. *ff. h. t.* diversitatis namque ratio in eo est, quod cum edictum certas expressisset personas, aut nullo modo, aut non nisi venia impetrata, vocandas, quilibet ex ipso edicto scire poterat, jurene an contra edictum, vocatio facta esset; nullus vero certus esse potuerit an calumniosam actor litem mo-

veret: non enim privati cujusquam, sed judicis solius erat id æstimare, & per definitivam sententiam declarare.

2. Si plures exemerint, unius præstatione cæteri non liberantur: uti nec liberatur ab actione principali ipse exemtus, si per eximentem pœna jam sit præstita, *l. si per* 5. §. *pen. l. ult. ff. h. t.* Nec interest, utrum per se exemerit, an per alium; *d. l. si per* 5. *pr. ff. h. t.* latiusque hic eximendi verbum accipitur, sic ut & eum complectatur, qui moram fecit, quominus reus vocatus in jus veniret, ut actionis dies exiret, vel res tempore amitteretur, *l. sed eximendi* 4. *ff. h. t.*

3. Cessat eximentis pœna, si exemerit vocatum ad judicem pedaneum, aut certo certius non competentem; vel eum, qui vocari ex edicto non debebat; vel servus; vel exemptus nihilominus accesserit; vel annus ab exemptione elapsus sit, aut mortuus sit eximens, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. 3. *l.* 5. §. 2. & *ult. ff. h. t.*

4. Non tamen pœnam quisquam evitabit ex eo, quod dolo careat, nisi simul culpa caruerit, atque ita vim jure fecerit, justam habens exemptionis causam, *l. sed eximendi* 4. §. *ult. ff. h. t.* alioquin hac edicti parte vis coercetur, licet dolus desit, *l. quod si* 3. §. *ult. ff. h. t.* Quid enim si quis eum exemerit, quem credebat vocantis patrem patronumve esse, atque adeo contra edictum vocatum esse opinabatur? pœnæ procul dubio erit obnoxius, si patronum patremve vocantis non esse probetur; adeoque vis sufficiet, quamvis dolus malus cesset; quippe quem error facti excludit, *d. l.* 5. §. *ult.*

TITULUS VIII.

Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur.

SUMMARIA.

1. *Cavere tenetur actor & reus. Quid actor caveat, tum jure civili, tum moribus? & quid si actor peregrinus in loco judicii fidejussorem invenire nequeat?*
2. *Reus cavet de sistendo, si per se litiget, idoneis fidejussoribus. Qui sint inidonei conveniendi difficultate; quid si sint alterius territorii, aut privilegio fori gaudentes?*
3. *Inidonei facultatibus fidejussores reprobari possunt; sed si admissi, de novo cavendum non est; contra, si pendente demum lite labantur facultatibus.*
4. *Qui ex privilegio defungi possint jurato cavendo de sistendo propter dignitates, munera, quia fidejussores invenire nequeunt, aut immobilia possident; & quid hodie?*
5. *Qui tantum repromittant?*
6. *Hodie minus in usu est cautio de sistendo, nisi in criminalibus, aut arresto detentus sub cautione de sistendo laxationem petat; quales tunc dandi sint fidejussores?*
7. *Si fidejussorem invenire nequeat arresto tentus, quales cautiones admittendæ sint, ad impetrandum arresti laxamentum? Non tamen sub cautione de sistendo laxandi, qui testimonii dicendi causa detenti sunt, aut ob debitum sententia vel confessione liquidum.*
8. *An qui propter injuriarum actionem ad palinodiam retentus est, sub cautione de sistendo sit dimittendus?*
9. *Cautione idonea per judicem rejecta, vel admissa minus idonea, appellari ab eo decreto potest; sed appellatione omissa judex læso non tenetur.*
10. *In multis locis reus non laxandus, nisi cum cautione de sistendo jungat cautionem de judicato solvendo, in quo spectanda consuetudo loci judicii.*
11. *Differentia & convenientia inter cautionem de sistendo & judicato solvendo. Et cur hic tractetur etiam cautio de judicato solvendo?*
12. *Plures cohæredes aut alii litis consortes pro se invicem idonei de judicato solvendo fidejussores sunt.*
13. *Parentes quoque vocati a liberis hanc præstant cautionem, & idoneos fidejussores dare tenentur. Non item tutores litigantes pro minoribus; qui tantum obligant pro judicato bona minorum.*
14. *Quot clausulas contineat cautio judicatum solvi; & an contineat certam quantitatem?*
15. *Quando committantur clausulæ cautionis judicatum solvi, & an etiam comprehendantur impensæ litis, si in eas reus damnetur.*
16. *Fidejubentes judicatum solvi easdem cum reis dilationes habent. An ordinis aut divisionis beneficio gaudeant?*
17. *Fidejussores hi sine nova lite ex rei principalis condemnatione executionem patiantur, & vicissim contra reum regressum habent.*
18. *Evanescit cautio judicatum solvi, si libellus vel actoris aut rei persona post cautionem mutetur.*
19. *Uti & mutato judice. An is, qui apud inferiorem judicem fidejussit, judicatum solvi, etiam teneatur ex sententia per judicem superiorem appellatum lata?*

1. Quisquis in jus vocatus est, aut satisfacere debet, id est, adversarii implere desiderium sive solvendo, sive transigendo, aliisque modis, quibus adversarius sese dimitti patitur, *l.* 1. *ff. h. t. l. promissor* 21. §. *ult. ff. de constit. pecunia*, aut cavere, ita ut adversarium litis nomine securum faciat, quandoque satisdatione, fidejussoribus datis, quandoque cautione pignoratitia, quandoque juratoria, nonnunquam repromissione pro qualitate personæ suæ, §. *sed hodie* 1. *Inst. de satisdation. d. l.* 1. *ff. h. t.* uti vicissim vocans quoque cautionem in vocati securitatem interponere cogitur. Idque ne alioquin judicia actoris aut rei tergiversatione redderentur elusoria, arg. *l.* 1. & 3. *ff. de stipulat. prætoris.* Et actor quidem cavet, se intra duos menses a tempore libelli editi litem contestaturum, quandoque sub pœna arbitraria, quandoque sub pœna dupli damni dati, modo ea cautio non excedat 36. solidos: insuper se ad sententiam usque in judicio permansurum, *nov.* 53. *cap.* 2. *nov.* 96. *c.* 1. (Vide latius Cujacium *ad d. nov.* 96.) ac denique, se, si succubuerit, decimam quantitatis libello comprehensæ partem expensarum nomine soluturum; sic ut hæc de decima impensarum nomine cautio, quæ olim obtinuerat, ac mediis temporibus in desuetudinem abierat, §. 1. *in fine Inst. de pœna temere litig.* jure novissimo reducta fuerit, *novell.* 112. *cap. ad excudendas* 2. *auth. generaliter C. de episc. & clericis.* Sed in

judiciis hodie cautiones has ex parte actoris interponi desierunt; ac si quidem peregrinus sit, alibi suum fovens domicilium, vel alias suspectus, ad summum de impensis litis, casu quo in illas damnaretur, deque reconventione suscipienda, cavere compellitur; quam de impensis cautionem nonnulli *judicatum solvi* cautionem dixerunt, in quantum sententia judicis comprehenditur, actorem impensas litis temere motæ debere subire. Aut si arresto mediante reum in jus vocet actor, de impensis arresti & alimentis detento præstandis, quoties ab eo apparitor prudentior, aut commentariensis, vel hospes, in cujus ædibus, apposita custodia publica, asservatur, vel ipse detentus, id ipsum postulaverint. Peckius *de jure sistendi cap.* 42. *nu.* 5. Neostadius *Curiæ sup. decis.* 1. *in med.* Paulus Voet *ad* §. 5. *Instit. de satisdat. nu.* 2. Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *nu.* 64. 65. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 7. *art.* 19. Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *num.* 10. Petrus Bort *van arresten cap.* 6. *n.* 3. & 15. Qua cautione de impensis arresti solvendis præstita, an fidejussor ultra impensas etiam de deterioratione rei arresto detentæ teneatur, dicetur *tit. de fidejussoribus.* Quod si actor peregrinus fidejussorem in loco judicii invenire nequeat, & tamen ex more fori cavere teneatur, maxime in reconventione, ac de cetero honestus sit, juratoriæ cautioni videtur permittendus, arg. *novell.* 112. *cap.* 2. *instructio Curiæ Brabantinæ art.* 507. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 7. *art.* 19. *n.* 6. Pyrrihus Maurus *de fidejussorib. in præludiis sect.* 3. *cap.* 25. *num.* 21. aut saltem cautioni pignoratitiæ, vel fidejussoribus alterius territorii de cetero idoneis admissis, arg. *l. si fidejussor* 7. §. 1. *ff. h. t.*

2. Reus ex adverso cavet diversimode, prout vel per se, vel per procuratorem voluerit litigare: per se enim, si actionem suscipere paratus sit, actore desiderante cautionem de sistendo interponit, qua se in jure stiturum, & ad terminum litis in judicio permansurum promittit, §. *sed hodie* 2. *Inst. de satisdation.* Datis plerumque in id fidejussoribus, qui & facultatibus idonei sint, & conveniendi facilitate, pro qualitate rei, *l. fidejussor* 2. *in pr. ff. h. t.* Qua ratione idonei esse non censentur, qui non subsunt jurisdictioni ejus, apud quem reus sistendus est, sive in alterius judicis commorentur territorio, sive in ejusdem judicis territorio degentes fori peculiaris præscriptione muniti sint; nisi privilegio fori renunciaverint, seque jurisdictioni illius, ad quem facta in jus vocatio, submiserint, *l.* 1. *ff. si quis in jus vocat. non iverit, l. si fidejussor* 7. *ff. h. t.* Quia tamen necessaria est hæc de sistendo satisdatio, prætore quippe jubente interponenda; si quidem non facile possit reus ibi eam præstare ubi convenitur, audiri potest, si in alia ejusdem provinciæ civitate satisdationem præstare paratus sit, & de calumnia jusjurandum interponat, *l. si fidejussor* 7. §. 1. *l. de die* 8. §. *jubetur* 5. *ff. h. t.* aliter quam in voluntariis servatur cautionibus, in quibus sibi quisque imputet, quod nulla necessitate pressus ultro sibi ipse imposuit satisdationis necessitatem, *l. si fidejussor* 7. §. 1. *ff. h. t.* Sed nec idonei ob conveniendi difficultatem, servi, filiifamilias ex quibus causis actio de peculio non datur, mulieres Vellejani exceptione tutæ, milites, minores, nisi in rem suam fidejubeant, veluti pro suo procuratore. Et si tales dati fuerint, cautum non videbitur, eo quod nec in voluntaria satisdatione est impleta promissio, nec in necessaria jussus prætoris; sic ut ex integro cavendum sit, *l. de die* 8. §. 1. 2. *ff. h. t. l. qui satisd.* 3. *ff. de fidejussor. & mandator.*

3. Quod si facultatibus tantum inidonei fidejussores sint, ab actore quidem reprobari jure potuerunt reoque ex adverso idoneos asserente, arbiter ad fidejussores probandos constituendus fuit, *l. si vero* 5. §. 1. *l. arbitro* 9. *l. si ab arbitro* 10. *ff. h. t.* sed si sponte admissi fuerint, is, qui eos sua admisit voluntate, iisdem contentus esse debet, nec reum ad alios de novo dandos potest adigere: neque enim singulis momentis onere satisdandi reus gravandus erat, & est, quod suæ facilitati expensum ferat actor, scienter aut ignoranter talium fidejussionem recipiens, quippe qui non debebat ignarus esse conditionis eorum, quibuscum contrahebat, *d. l. si ab arbitro* 10. §. 1. *ff. h. t. d. l.* 3. *ff. de fidejussor. l. si is* 3. *in fine ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse liceat*, junct. *l. qui cum alio* 19. *ff. de regul. jur.* Differentiæ ratio est, quod paupertino admisso, non possit videri satisdatio in leges incurrere, atque adeo nec vitiosa aut nulla esse; cum nuspiam pauper inveniatur prohibitus contrahere cum aliis aut fidejubere: paupertate vel opulentia habilitatem contrahendi neque augente, neque minuente, neque mutante: contra vero servos, mulieres & similes intercedere pro aliis jure prohibitum, ut proinde horum fidejussio legibus reprobata, atque ita vitiosa perinde habeatur, ac si cautum non fuisset, *l. quotiens* 6. *l. de die* 8. §. 1. *ff. h. t.* Plane si eo tempore, quo admittebantur, opulenti fuerint, medio vero tempore calamitas insignis, ac rei familiaris ingens jactura inopinato fortunæ impetu iis acciderit, causa cognita, ex integro satisdandum erit; eo quod prætoriæ stipulationes sæpius interponendæ, ubi sine stipulantis culpa desiit cautum esse, *l. si ab arbitro* 10. *in fine ff. h. t. l. plane* 4. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. l. prætoria* 4. *ff. de prætoriis stipulat.*

4. Sunt tamen, quibus de sistendo satisdandi necessitas remissa est, sic ut cautione juratoria defungi possint: ut puta, viri illustres, *l. pen. C. de dignitatibus*, bonorum immobilium possessores, enumerati in *l. sciendum* 15. *passim ff. h. t.* His enim sola invenitur remissa satisdatio, *d. l.* 15. *in pr.* cui consequens est, ut ad juratoriam cautionem, tanquam proximam a satisdatione, compelli potuerint. Omnemque de eo dubitandi rationem tollit Justinianus in *l. de his, quæ* 26. §. *neque vero* 6. *C. de episc. audient.* & Zeno in *l. ult. C. de principibus agentium in rebus*: disponens, scholæ agentium principes in jus vocatos, si quidem in sacratissima urbe vel in provinciis immobiles possiderent facultates, *pro tenore generalium edictorum adjuratoriæ cautioni & substantiæ suæ credendos esse*. Licet ab eodem Zenone dein omnibus scholaribus eorumque uxoribus & liberis hoc datum fuerit, ut conventi judicio tantum juratoriam præstarent cautionem, *l. quoties* 3. §. *quotiens sane* 3. *in fine, C. de privileg. scholarum*, quod & memorialibus, & ministerianis Cæsaris indultum legimus, *l. in sacris* 12. *C. de proximis sacror. scrinior. l. ult.* §. *ult. C. de castren-*

rianis & ministerianis. Quorum omnium quæ fuerint dignitates, quæ officia, videri possint Cujacius, Perezius & interpretes alii recentiores ad *d. titulos*, & Pancirollus *notit. utriusque Imperii* in locis quamplurimis; hæc enim explicare nostri non est instituti. Illud tamen observandum, in cautione quidem de sistendo illustres & reliquos recensitos a satisdatione immunes esse, & in hunc casum verba legum plerarumque adductarum etiam esse concepta; sed id ad reliqua cautionum genera haud pertinere; hinc, si legatorum aut fideicommissorum nomine cavendum fuerit, responsum ab Ulpiano, semper satisdare cogendum, cujuscunque dignitatis vel facultatum quarumcunque hæres fuerit, *l.* 1. §. 1. *ff. ut legat. vel fideic. servand. caus. cav.* Nec hodie penes nos ex eo solo, quod immobilium possessor est, qui convenitur, aut dignitate conspicuus, a satisdationis necessitate immunitatem sibi vindicare potest, si non sit destitutus satisdandi potestate, Groenewegen ad *l.* 15. *ff. h. t.* Berlichius *part.* 1. *conclus.* 74. *num.* 171. Andr. Gayl. *de arrestis cap.* 4. *numer.* 15. Jurato denique de sistendo cavent, qui idoneos fidejussores invenire nequeunt, ac de hoc ipso calumniæ jusjurandum interponunt, se scilicet fidejussores idoneos haud potuisse invenire, arg. *novell.* 112. *cap.* 2. *novell.* 134. *cap. necessarium* 9. *l. de die* 8. §. *pen. ff. h. t. auth. generaliter C. de episc. & clericis*.

5. Repromittunt tantum de sistendo fiscus & respublica, *l.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *l. si quando* 6. §. 1. *ff. ut legat. vel fideic. serv. causa cav.* quandoque & clerici. Vide *l. cum clericis* 25. §. 1. *l. omnes* 33. §. *in hac autem* 3. *C. de episc. & clericis*, *novell.* 123. *cap. si quis contra* 21. §. *si quis autem* 2.

6. Ceterum hæc quoque de sistendo cautio rarius hodie in judiciis frequentatur, ac in locum ejus successit, quod peregrinus litigator in jus vocatus domicilium eligere cogitur in territorio judicis, ut illic requiratur ac citetur, quoties opus fuerit, ut multis auctoritatibus probat Groenevvegen *ad* §. 2. *Instit. de satisdationibus*. Usum tamen etiamnum invenit, si de crimine agatur, vel realis contigerit in jus vocatio per personæ aut bonorum detentionem; non enim ante regulariter laxatur arresti vinculum, quam si idonei fuerint dati fidejussores de sistendo, immediate subjecti jurisdictioni judicis, licet inferioris, velut oppidi vel vici, coram quo litigatur, juxta ante dicta: nisi peregrinis fidejussoribus de cetero idoneis actor velit contentus esse. Consult. JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 188. Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 3. *art.* 7. *n.* 7. Pechius *de jure sistendi cap.* 45. *n.* 14. Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 39. *def.* 11. Radelant. *Cur. Ultraject. decis.* 66. *num. ult.* Groenewegen *ad l.* 7. *ff. h. t.* Si tamen in ipso judicii loco domicilium fovens ob peculiare fori privilegium judici, apud quem lis intentatur, subjectus non sit, idoneus tamen censendus erit de sistendo fidejussor, si vel specialiter, vel generaliter renunciaverit fori præscriptioni, arg. *l. pen. C. de pactis, l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non iverit*. Jacobus Coren *observ.* 39. *num.* 14. 15. Et hæc, si is, qui arrestum procuravit, illud prosequatur: si enim intra tempora, ex more cujusque regionis definita, litem ulterius non intentet, vel die constituto petitionem non urgeat, non quidem ipso jure evanescit arresti vis, sed absque ulla cautionis interpositione impetraturus erit reus arresti laxationem, & ab instantia liberationem, actore in expensas & id, quod interest damnato. Wassenaar *pract. judiciel cap.* 3. *num.* 14. 15. Petrus Bort *van arresten cap.* 6. *num.* 21. 26. 33. *in fine*. Peckius *de jure sistend. c.* 38. Rebuffus *ad constit. regias tom.* 1. *de liter. oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 67.

7. Quod si fidejussorem invenire nequeat, ad cautionem pignoratitiam arbitrio judicis sufficientem videtur admittendus esse, arg. *l.* 1. §. *jubet autem* 9. *ff. de collation.* facta videlicet auri vel argenti vel pecuniæ aliarumve rerum depositione in vicem satisdationis. Quin imo juratoriæ cautioni cum hypotheca bonorum immobilium in loco judicii sitorum, committi peregrinum arresto tentum, si se fidejussores invenire non posse juret, judex non inique arbitrabitur. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 3. *art.* 7. *num.* 8. Peckius *de jure sistendi cap.* 45. *n.* 8. & 11. Groenewegen *ad l.* 15. *ff. h. t.* Berlichius *part.* 1. *conclus.* 74. *nu.* 169. 171. licet alioquin prætoriæ stipulationes (qualis & hæc) desiderent personas pro se intervenientium, & neque pignoribus neque auri vel argenti aut pecuniæ depositione in vicem satisdationis contentæ sint, *l. prætoria* 7. *ff. de prætoriis stipulat.* Plane cautio juratoria cum hypotheca immobilium alio in territorio sitorum non videtur sufficiens ad impetrandum arresti laxamentum; eo quod arresta, quæ jurisdictionis firmandæ gratia nunc frequentantur, eo potissimum fine introducta diximus, ut actor domi suæ litigare & a peregrino debitum persequi posset: quo fine excideret, si nova lite sita alibi pignora extra domicilii sui locum persequi teneretur & excutere. Et quæ ratio est, cur non admittantur jurisdictioni non subjecti fidejussores de reo sistendo, ut ante dictum, eadem quoque pro non admittendis pignoribus alibi sisti militat manifeste: præcipue si illis in locis res sitæ sint, in quibus non solet deferri quicquam literis requisitorialibus (ut appellant), neque sententiæ alibi latæ executio ex comitate fit, sed lis in universum de novo & ab ovo, quod ajunt, est instauranda, velut in Geldria. Vide Radelantium *Cur. Ultraject. decis.* 66. Bort *van arresten cap.* 8. *num.* 12. Plane, si non adeo magna sit debiti petendi quantitas, & manifesta detenti sit opulentia in loco domicilii, in quo benigne pro rebus alibi judicatis sentitur, & executioni dantur sententiæ alibi latæ, ac jurejurando calumniæ asserere paratus sit, se fidejussores invenire non posse, tentari non sine ratione posset, an non post litem contestatam judex ex causa ipsum juratoriæ cautioni permittere satis juste possit; eo quod his positis terminis actor domi litem totam ad finem perducit, atque adeo arresti finem seu scopum obtinet; & judicis semper est curare, ne cautiones in duriorem causam, quam actus necessitas postulat, exigantur; neve annuat desideriis eorum, qui non tam sibi prospicere, quam frivolis arresti laxationem protelare student, ac carcere non ad detentionis securitatem, sed ad pœnam & vexationem abuti. Andr. Gayl. *de arrestis c.* 3. *num.* 11. Bort *van arresten cap.* 6. *num.* 22. & *cap.* 8. *num.* 14. 15. Quicquid ejus rei sit, illud utique expeditum est, regulariter oblata cautione tali, quæ judici debebat videri sufficiens, quamque carpere aut

reprobare actor de jure non poterat, peregrinum detentum dimittendum esse, nec posse ante condemnationem ob civile debitum carcere concludi. Ita cautum *in' t groot Privilegio van Vrouvve Maria van Burgundien aen Hollanden Zeeland* 14. *Martii* 1476. *vol.* 2. *placitor. pag.* 669. *fere in med.* & in praxi passim receptum, lippisque notum; si paucos casus excipiamus. Neque enim cautione interveniente laxandus est, qui testimonii in causa aliena perhibendi gratia arresto constrictus est; cum plerumque non nisi calumniose dilationem petat, & veritatis assertionem in tempus aliud rejicere conetur, qui secundum animi sui religionem ac dictamen de veritate respondendo, vel ignorantiam profitendo, in continenti defungi poterat, & se gravamini arresti subducere. Menockius *de arbitrar. jud. libr.* 2. *casu* 303. *nu.* 26. 27. Peckius *de jure sistendi cap.* 45. *num.* 6. Bort *van arresten cap.* 8. *num.* 20. Non etiam, quoties arresto quis est detentus ad impetrandam solutionem debiti, omni ex parte liquidi, dum ad id judicis sententia jam condemnatus erat, vel se debere confessus; si enim pro solutione invito adversario obtruderetur satisdatio de solvendo, eveniret, ut obligationes ex obligationibus fierent, ac vix ullus esset litium finis, contra *l. si se non obtu.it* 4. *§. ait prætor* 3. *ff. de re judic.* neque justum, ut lites semel sententia judicis, aut confessione, quæ pro judicato est, (*l.* 1. *ff. de confessis*) diremtæ, cautionis velamento iterum refricentur ac instaurentur. Et, si ne res quidem suas liberare possit a vinculo pignoris, qui, cum solvere deberet, alia ratione satisfacere paratus est, juxta *l. quod si non solvere* 10. *ff. de pign. act. l. item liberatur* 6. *§. qui paratus* 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* multo minus videtur audiendus, si ne satisfactionem quidem, sed tantum satisdationem offerat ad impetrandum sui ipsius laxamentum, cum minus sit de sistendo satisdare, quam satisfacere, *l.* 1. *ff. h. t.* Andr. Gayl. *de arrestis cap.* 11. *num.* 8. 9. Sande *decis. Fris. lib.* 1. *tit.* 17. *defin.* 2. Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *num.* 20. Jacob. Schultes *ad Modestin. Pistoris part.* 3. *quæst.* 110. *n.* 35. *& seqq.* Schurpfius *cent.* 3. *consil.* 15. *n.* 15. *in fine*, Berlichius *part.* 1. *conclus.* 74. *n.* 175. ibique plures citati.

8. Licet autem nonnulli hanc arresti laxationem denegent etiam ei, qui mediante arresto conventus fuit actione injuriarum ab eo, quem injuria affecit; tamen id haud videtur probandum: cum enim injuriam passus nullam criminalem ex moribus instituat accusationem, sed tantum civiliter ad palinodiam, & injuriæ æstimationem pecuniariam agere possit; nihil vetat, & hic cautionem admitti ad impetrandum arresti remissionem. Sive enim pecuniam sive factum recantationis spectes, constat & pecuniæ & facti debitores cautione præstita suo relinqui arbitrio, a detentione immunes; nec dubium, quin factum recantationis certo tandem pretio æstimari possit, ac in id fidejussor damnari, Boerius *decis.* 315. *in pr.* Respons. JCtorum Holl. *par.* 1. *consil.* 180. vers. *dankt voorts*, & ita judicatum Ultrajecti 4. Junii 1674. & confirmatum in appellatione, item 5. Julii 1679. eoque pertinet, quod & criminaliter accusatos, si non agatur ad pœnam corporis afflictivam, sed pecuniariam, sub cautione a publica liberari custodia, receptum est, teste Menochio *de arbitrar. jud. libr.* 2. *casu* 303. Jacobo Coren *consil.* 1.

9. Quod si detento, & cautionem offerenti judices arresti laxationem sua interlocutoria sententia judicaverint denegandam, sive quod cautionem crederent minus sufficientem, sive quod isto in negotio cessare cautionis offerendæ potestatem arbitrarentur; liberum reo erit ab ea, tanquam irreparabilem læsionem continente, appellationem interponere, ut, causa cognita, auditisque partibus, de denegata arresti remissione judicetur. Ut enim non levis læsio aut injuria est, duci in jus eum, qui satis idoneam cautionem obtulit; ita non minor, retineri eum jam constrictum, securitate oblata, *l. si vero* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* juncta *l. ante sententiam* 2. *ff. de appell. recip. vel non l. arbitrio* 9. *ff. h. t.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *cons.* 180. *& part.* 5. *cons.* 122. Si tamen curia Hollandiæ decretum arresti interposuerit, sed illud necdum executioni datum sit, arrestandus ab illo decreto appellare potest, nec tenetur causas apud curiam decernentem exponere, sed post appellationem apud judicem superiorem; quod secus est in inferioribus judiciis. Vide Bort *van arresten cap.* 8. *num.* 54. *& seqq. usque in finem*. Quod si, cautione idonea per judicem admissa, & interposito de laxatione arresti decreto, actor non appellaverit, atque ita postmodum in damno hæreat, non potest de indemnitate contra judicem experiri, quoties is fraude caret; tum quia idoneum pronuncians, qui non est talis, in facto magis, quam jure errat, in quo & prudentissimis condonandum est, arg. *l.* 2. *ff. de jur. & fact. ignor.* tum quia usu receptum est, judices male judicantes litem suam non facere, nisi manifestus eorum probetur dolus. Neostadius *Curia supr. dec.* 61. Plura de appellatione in causa arresti vide apud Mævium *de arrestis cap.* 21.

10. Ceterum, licet jure novo Romano reus ipse præsens tantum de sistendo cautionem interponere debuerit, non item de judicato solvendo, sive in personam, sive in rem actione conveniretur, *§. sed hodie* 2. *Inst. de satisdation.* ita tamen multis in locis, illis præcipue, in quibus frequentius est mercaturæ exercitium, nunc usu invaluit, ut, quoties mediante arresto peregrinus quispiam jurisdictionis firmandæ gratia in jus vocatus est, non aliter laxetur arresti vinculum, quam si & de sistendo, & de judicato solvendo cautionem præstiterit; non sufficiente sola de sistendo satisdatione, ne alioquin de industria lis per arrestatum, & de sistendo tantum caventem, protraheretur, interimque morte sistendi interveniente, cautionis de sistendo vis omnis evanesceret, Andr. Gayl. *de arrestis cap.* 2. *n.* 12. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 3. *art.* 6. *num.* 2. 3. Petrus Peckius *de jure sistendi cap.* 45. *num.* 3. *&* 7. *in fine*, Petrus Bort *de arrestis cap.* 8. *num.* 4. *& seqq. ad n.* 12. Berlichius *part.* 1. *concl.* 74. *num.* 163. Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 17. *def.* 2. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 30. *defin.* 19. *in fine*, *& d. part.* 1. *constit.* 29. *defin.* 40. *in pr.* Quanquam & ipsa de judicato solvendo hodie minus frequentata est, nisi litigantium alteruter peregrinus sit, aut paupertinus, aut de fuga suspectus; Groenevvegen ad *§.* 4. *Instit. de satisdation.*

& ibi plures DD. citati, Paulus Voet *ad* §. 5. *Instit. de satisd. nu.* 2. An vero cautio utraque de sistendo & judicato solvendo jungenda sit, an sola de sistendo sufficiat, uti & in universum quo modo cavendum sit, ex usu cujusque loci, in quo impetrandum est arresti laxamentum, & cautio præstanda est, definiendum, arg. §. *pen.* & *ult. Instit. de satisd.*

11. Distat autem cautio judicatum solvi a cautione de sistendo, non in hoc tantum, quod de sistendo cautio morte rei evanescat, *l. si decesserit* 4. *ff. h. t.* non item de judicato solvendo; cum solutio post mortem rei impleri possit, sisti mortuus non possit, arg. *l.* 1. *C. de fidejuss.* & *mandatorib.*, sed & in eo, quod de sistendo fidejubens non teneatur amplius post sententiam ex vi cautionis; at omnino obstrictus maneat ad solvendum, qui de judicato solvendo spopondit; quo respicit Ulpianus in *l. Græco* 8. §. & *post* 3. *in fine ff. de fidejussoribus*; cum distinguit inter *fidejussorem actionis judicati*, quem & *totius causæ* fidejussorem appellat; & fidejussorem *tantum litis exercitationis*. Et licet de judicato solvendo non ipsi tantum rei, sed & præcipue defensores reorum cavere teneantur, dum nullus alienæ rei defensor idoneus sine hac satisdatione intelligitur, §. *si vero aliquis* 4. 5. *Instit. de satisdat.* etiamsi esset conjuncta persona, *l. filius familias* 14. *ff. h. t. qui satisd. cog. l. exigendi* 12. *C. de procuratoribus*, imo ad hanc cautionem interponendam quodammodo ipsi quoque actores secundum ante dicta obstricti sint; & de hac cautionis specie occurrat titulus in libro 46. Pandectarum, quia tamen nunc frequenter eam jungi cautioni de sistendo diximus, non abs re erit, ejus tractationem hoc loco suscipere, praesertim, cum ex ante expositis hæc cautio pro parte explicationem recipere possit. Quibus enim modis cautio de sistendo interponi debet, & vel tanquam idonea admittenda est, vel, tanquam minus sufficiens, reprobanda; iisdem quoque modis eam, quæ est de judicato solvendo, interponi oportet, & sufficientem vel vitiosam æstimari.

12. Illud silentio haud prætereundum, plures cohæredes vel socios ejusdem litis consortes pro se invicem de judicato solvendo fidejubere posse, mutua fidejussione, nec ab adversario reprobationem debere metuere, si de cetero idonei sint facultatibus ac conveniendi facilitate: neque enim eo casu quisquam sui ipsius, sed alter alterius fidejussor est, arg. *l. pen. ff. de tut.* & *curat. dat. ab his*, Johan Papon. *lib.* 10. *tit.* 4. *arrest.* 6. Gratianus *discept. for. cap.* 230. *n.* 16.

13. Neque ab hac cautionis præstatione immunes sunt parentes a suis liberis in jus vocati; quippe quorum reverentiæ hoc quidem datum, ne sine venia in jus vocari possint; at nuspiam remissa de judicato solvendo cavendi necessitas; imo ut ad interponendam de sistendo cautionem recte adiguntur, *l. fidejussor* 2. §. *prætor ait.* 2. *ff. h. t. l.* 1. *ff. in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent*, ita quoque ex majori ratione ad eam, quæ est de judicato solvendo; ne alias in ipsorum potestate esset, elusoria reddere judicia adversus se intentata, quod ne fieret, hæc cautio adinventa est, *l.* 1. §. 1. *ff. de prætoriis stipulat.* neque tantum debuit reverentiæ tribui, ut præjudicium fieret judiciorum firmitati. Et licet quali quali fidejussore dato de sistendo liberi jubeantur contenti esse in *dd. ll.* id tamen ad cautionem de judicato solvendo non videtur sine lege porrigendum, Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 5. *defin.* 22. Si tamen tutores aut curatores pupillorum adultorumve in judicio conventorum defensionem suscipiant, nulla cautione pro litis eventu, seu de judicato solvendo, onerandi sunt; cum nec ipsi unquam in bonis suis executionem rei judicatæ patiantur: sed data ipsis licentia est obligandi pro judicato bona minorum, quæ administrant, ne impetrato quidem ad id decreto, *l. ult.* §. *defensionem* 3. *C. de administrat. tut. l.* 1. §. 2. arg. *l. vulgo* 23. *ff. de admin.* & *peric. tutor.* Brunnemannus *ad d. l.* 1. *n.* 6. Gratianus *discept. forens. c.* 225. *n.* 32.

14. Hujus autem cautionis judicatum solvi plures esse clausulas seu partes innuit *Imp. in* §. *si vero aliquis* 4. *Inst. de satisdation.* Et Ulpianus eam tres clausulas in unum collatas habere auctor est; quarum prima est de re judicata, id est, de solvendo eo, quod judicis sententia comprehensum fuerit: altera de re defendenda boni viri arbitratu: tertia, de dolo malo, id est, dolum malum abesse & abfuturum esse, *l. judicatum* 6. *l. cum quærebatur* 13. *l. novissima* 19. *ff. judicatum solvi*. Continetque hæc cautio, inspecto quidem initio, ac tempore interpositionis, incertam quantitatem, quatenus tunc incertum fuit, an, & ad quid judex esset post causæ ventilationem condemnaturus, *l. prætoria* 2. §. *incertam* 2. *ff. de prætoriis stipulat.* sed spectato litis exitu, & tempore latæ sententiæ, expeditam dicitur habere quantitatem; dum in tantum committitur, in quantum judex pronunciaverit, *l. judicatum* 9. *ff. judicatum solvi*.

15. Vis hujus cautionis recte interposita est, quod quantum ad eam partem, quæ de re defendenda, & dolo malo concepta est, etiam ante sententiam committatur, & ex ea agi possit, quoties vel dolus intercessit, vel res non est loco debito in solidum defensa, *l. ex clausula* 17. junct. *l. jam tamen* 5. §. *ult. l. novissima* 19. *ff. judicatum solvi*; sed quatenus de judicato solvendo agit, non nisi post sententiam committi possit; cum naturali ratione incertum ante sit, quid quantumque petendum foret. Reo ergo condemnato, fidejussor ex sua promissione conveniri potest in id, quod judicatum est, adeoque non tantum ad rem ipsam litigiosam, in quam facta condemnatio, sed & ad impensas litis, ac id quod interest, si hæc quoque sententia contra reum lata comprehensa, & ita adversario adjudicata sint; in tantum enim committi stipulationem de judicato solvendo, in quantum judex pronunciaverit, ab Ulpiano traditum *l. judicatum* 9. *ff. judicatum solvi*, & in quantum judicaverit, *l. pen. ff. judicatum solvi*, Hippolytus de Marsiliis *de fidejussoribus n.* 187.

16. Quamvis autem dilationes solvendi condemnato per leges concessæ, veluti mensium quatuor, ipsis quoque de judicato solvendo fidejubentibus competant, *l.* 1. *ff. judicatum solvi*, *l. ult.* §. *ult. C. de usuris rei judicatæ*: tamen singularia quædam in hisce recepta: non enim ordinis gaudebunt beneficio, etiamsi nominatim suis juribus tempore fidejussionis haud renunciaverint. Nam, cum hæc cautio interponatur judicii causa, ut illud ratum fiat, *l.* 1. §. 1.

ff. de prætoriis stipulationibus, maxime vero ratum futurum sit, cum paratissimam & promptissimam executionem habet; videri potest ex mente prætoris, cautionem præstari jubentis, tacite inesse renunciatio illorum jurium, quibus judicari firmitas retardaretur. Prætoris enim est hujus stipulationis interpretationem facere, neque tam contrahentium, quam prætoris ipsius jubentis mens in hujus generis cautionibus spectanda est, *l. in prætoriis* 9. *ff. de prætoriis stipulation.* sic ut contrahentes in iis neque immutare quicquam, neque addere, neque detrahere possint; sed tantum de mente prætoris sensum legemque accipiat, quæ gesta sunt, *l. in conventionibus* 52. *ff. de verbor. obligat.* Et quamvis jure Romano, si plures de judicato fidejussissent, divisionis beneficio non fuerint destituti, *l. si ex duobus* 14. *l. ex judicatum* 16. *ff. judicatum solvi*; tamen & hoc ipsis passim fere, ad exemplum beneficii ordinis, denegari invaluit, Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 28. *defin.* 9. Johan. Papon *lib.* 10. *tit.* 4. *arrest.* 1. & *in appendice d. tit.* 4. *arrest.* 7. Louet *en ses arrests, lit. F. arrest.* 23. respons. JCtorum Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 18. *n.* 1. Groenewegen *ad l. ult. §.* 1. *C. de usuris rei judic.* Paulus Voet *ad §.* 4. *Inst. de fidejuss. num.* 5. Berlichius *part.* 3. *conclus.* 24. *num.* 125.

17. Ex eodem fundamento, quod quantocius sententia & firmitatem habere ex cautione, & effectum sortiri debeat, videtur profluxisse, quod in plerisque tribunalibus receptum videas, sententiam contra reum latam sine nova lite protinus in fidejussorem, de judicato solvendo datum, executioni mandari posse: quod quanquam in aliis fidejussoribus non ita obtinet; tamen non sine ratione in cautione de judicato solvendo probatum puto: cum non nisi calumniosa possit videri atque moratoria talis fidejussoris contradictio, postquam ex sententia judicis, contra reum lata, manifestum fuit redditum, quid ille, quid fidejussor debeat; nec sine necessitate aut utilitate lites multiplicandæ sint, nullum ex parte fidejussoris, certo certius debentis, habituræ triumphum. Unde & Anton. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 28. *defin.* 8. contrariam amplexus sententiam, fatetur ipse, non esse de jure victoris jam cognito iterato cognoscendum, quod id esset actum agere; sed litem fidejussori de novo movendam esse, ne ab executione incipiatur. Quæ ratio quam debilis hoc in casu sit, vel inde patet, quod *d. defin.* 8. fidejussorem de sistendo sine nova lite executionem jure pati, ipse statuit. Vide Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *t.* 10. *def.* 3. Christinæum *vol.* 2. *decis.* 145. *n.* 5. Mævium *de arrestis cap.* 22. *num.* 29. *& seqq.* Groenewegen *ad l. ult. §.* 1. *C. de usuris rei judicatæ*, Mynsingerum, Rebuffum, Guidonem Pap., Radelantium, & alios ibidem in unum collatos. Sed ut ipse sine nova lite executionem patitur vi sententiæ contra reum latæ; ita & ipse rursum ex ejusdem rei judicatæ auctoritate contra reum principalem regressum habet, executione in eum absque ulla prævia mandati actione dirigenda, perinde ac si in ipsum fidejussorem translatum esset omne exsequendi jus victori jam dimisso quæsitum, Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *de literar. oblig. art.* 6. *gloss.* 3. *num.* 33. *& seqq.* Mævius *d. cap.* 22. *numer.* 33. 34.

18. Cessat tamen obligatio fidejussoris de judicato solvendo intervenientis, quoties actor, dum perperam libellum petitionis conceperat, eundem post interpositam hanc cautionem mutat, renuncians instantiæ ex usu fori: sive actionem aliam pro alia substituat, sive rem aliam in judicium deducat: in quantum enim mutatio facta est, verum est, de alia re judicari, quam de qua cautum est, *l. cum quærebatur* 13. *§. ult. ff. judic. solvi, l. non ab judice* 84. *§.* 1. *ff. de judiciis*, Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 10. *defin.* 3. Idemque statuendum, si actoris aut rei persona mutata sit, *l. si ante* 7. *ff. judicatum solvi l.* 1. *§. ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* cum fieri possit, ut quis certus, Titium non debere, vel si deberet, solvendo esse, facile pro eo judicatum solvi promissurus sit; qui, alio convento, cujus negotia & facultates non adeo exploratas habet, spondendi onus foret probabiliter declinaturus. Cui accedit, quod in principia juris incurreret, pro eo obligari, pro quo non fidejusseris, vel ei obstringi ex fidejussione, cui stipulanti non promisisti te soluturum, arg. *§. si quis alii* 4. *& §. alteri* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* quamvis enim subinde quem alteri per suam stipulationem acquirere obligationem jura sinant, *d. §.* 19. *&* 20. idque hodie frequens sit; tamen non aliter id procedere constat, quam si eo fuerit animo stipulans, ut non sibi, sed alteri obligationem acquirat: qualis in casu nostro concipi nequit mens stipulantis.

19. Cessat denique obligatio fidejussoria pro judicato, si judicis persona mutata sit, dum quis apud judicem Titium acturus cautionem accepit, & apud alterum dein agit; quia non hujus judicis sententiæ fidejussores se subdiderunt, *l. si quis apud* 5. *in princ. ff. judicatum solvi*, cui consequens est, ut, si quis arresto detentus, ad laxationem impetrandam cautionem de sistendo, simulque de judicato solvendo ex multarum regionum usu juxta ante dicta præstiterit; dein autem exceptioni fori declinatoria opposita (quod fieri posse dictum *tit. de jurisdictione*) ad judicem alium, puta, domicilii, aut privilegiatum, militarem, academicum &c. remissus fuerit, cautione nullo modo fidejubentem pro alterius judicis judicato sine fidejussionis repetitione adstringi dicamus. Sed an is, qui in prima instantia fidejussit judicatum solvi, appellatione interposita etiamnum pro judicato judicis superioris obstrictus maneat, dubitatum est. Distinctione rem totam expediri posse censeo. Si enim in prima lite reus succubuerit, & appellatione interposita judicis inferioris sententiam superior confirmaverit, sive in totum, sive pro parte: fidejussor procul dubio obstrictus erit, quo usque confirmatio secuta est; eo quod non tam ex secunda, quam potius ex prima sententia tota judicati actio & obligatio descendit, adeoque ex facto seu pronunciatione illius judicis, apud quem cautio fuerat interposita. Unde & confirmatam sententiam a judicibus inferioribus executioni mandari posse, dicetur *tit. de re judicata.* Si vero in prima lite reus absolutus sit, & actore appellante, contra reum a superiore judice pronunciatum; non teneri fidejussorem in prima lite datum de tali judicato, respondit Scævola in *l. pen. ff. judicatum solvi*; verum enim est, fidejussores sese non subjecisse sententiæ hujus judicis appellati; quod requirebatur, ut fidejussor esset devinctus, *d. l. si quis apud* 5. *ff. judicatum solvi.* Et hoc ita, sive fidejubens nominatim judicis

expressionem fecerit, sive simpliciter de judicato solvendo promiserit. Cum enim actus agentium operari non debeant ultra eorum intentionem, & prætoriæ stipulationes potissimum ex mente prætoris eas injungentis interpretationem recipiant, *l. in prætoriis* 9. *ff. de prætor. stipul. l. in conventionalibus* 52. *ff. de verbor. oblig.* nec ullo modo probabile sit, judicem, hujus cautionis præstationem jubentem, alieno judicio, sed suo velle firmitatem procurare, multoque minus isti judicio, per quod proprium judicatum subverteretur, omnique privaretur firmitate; sponte sequitur, cautionis vim omnem primi judicii terminis concludendam esse, nec ex appellatione per petitorem facta ad superius judicium porrigendam, ut hic aliter nonnulli sentiant; vid. Respons. JCtor. Holl. *part.* 4. *cons.* 122. *& part.* 3. *volum.* 2. *cons.* 18. *num.* 5. & *part.* 5. *cons.* 259. Thesaurus *dec.* 202. Jacobus Coren *obser.* 34. *nu.* 10. 25. *& seqq.* Boerius *dec.* 315. Christinæus *vol.* 2. *dec.* 145. *num.* 14. 15. Cancerius *var. resol. part.* 2. *cap.* 5. *nu.* 91. *& seqq.* Fachineus *controv. lib.* 8. *capit.* 57. Henr. Kinscho *resp.* 89. confer dissentientem ex parte Cabalum *resolut. crimin. casu* 109. Sed tollendæ dubitationis causa consultum est, cautionem hanc in universum concipi, de solvendo eo, quod extrema sententia judicatum fuerit, juxta *d. l. pen. ff. judic. solvi*, Petrus Bort. *de arrestis cap.* 2. *num.* 9. 10.

TITULUS IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

SUMMARIA.

1. *Quomodo caveant domini, fructuarii, & similes, si ex noxali causa agatur?*
2. *An teneantur, si servum manumissum sistant? & quid juris, si de pœna corporali ipsi servo infligenda agatur?*

1. SI ex noxali causa agatur, prætor caveri jubet, servum in eadem causa exhibitum iri, in qua nunc est, ne actoris jus reddatur deterius. Per solam enim in jus vocationem servus non fit litigiosus, & ideo adhuc vendi posset potentiori aut alterius fori adversario, vel alteri noxæ dari, in actoris detrimentum *l.* 1. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* Si plures sint domini, & unus noxali conveniatur judicio, non pro parte sua, sed in solidum cavere debet, uti in solidum tenetur defendere: quod & in fructuario eodem modo receptum est, *l. si cum usufruct.* 3. 4. *ff. h. t.* licet enim nullus horum cogatur servum defendere, dum usumfructum aut proprietatem derelinquere paratus est, arg. *l. si servus* 8. *ff. de noxalib. action.* tamen, si id nolit, in solidum defendendi necessitas imposita est, *d. ll.*

2. Qui autem post hanc cautionem interpositam servum manumittit, & liberum sistit, cum esset noxali judicio conventus, in cautionem non committit; cum deteriorem non videatur reddidisse, sed potius meliorem adversarii conditionem, *l. pen. in fin ff. h. t.* quippe cui deinceps directa adversus manumissum actio in solidam pœnam datur, sine noxæ deditione; licet enim servi post manumissionem ex suis contractibus durante servitute initis conveniri nequeant; ex delictis tamen in servitute perpetratis obligati remanent, *l. servi* 14. *ff. de oblig. & action.* Aliter quam obtineret, si de corporali pœna ipsi servo infligenda quæstio esset: cum enim aliter liberi, aliter servi puniantur, non recte sisteretur liber factus, *d. l. pen. ff. h. t.* Et licet pœna servilis propter crimina in servitute commissa etiam post datam libertatem irroganda sit, *l.* 1. *ff. de pœnis*; tamen in eo saltem ex manumissione deterior reddi videtur actoris conditio, quod probare teneatur, tempore delicti perpetrati in servili conditione fuisse eum, qui illud commisit, ut pœna servilis inferri possit. Si tamen in causa criminali statuliberum qui sistere promiserit, & liberum sistat, in eadem videbitur stitisse causa; eo quod implicitus ei fuerit libertatis casus, *l. ult. ff. h. t.*

TITULUS X.

De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio se sistat.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit pœna unius aut plurium dolo agentium, quo minus actor vel reus se sistat?*
2. *An restituenda actori sit actio, quæ periit, si tertius, qui dolo fecit, solvendo non sit?*
3. *Quid juris, si & actoris & rei dolus intervenerit, vel solius actoris?*
4. *In quibus differat actio hoc titulo proposita, ab ea, quæ est in hujus libri tit.* 7.

1. SI per alterius dolum (non culpam) factum fuerit, quo minus quis in judicio se sistat, qui ad sui copiam faciendam obstrictus erat, sive actor, sive reus; actio in factum intra annum datur non actori tantum vocanti, sed & reo vocato, *l.* 1. *§.* 1. 2. 3. *ult. l. ult. §.* 2. *ff. h. t.* nam & vocati interest, tum, ne sæpius ab aliis negotiis & re familiari avocetur, a quibus plerumque sine læsione abesse nequit; tum etiam, quia vocanti tenetur ad pœnam, vel id, quod interest, quod se non stiterit, cum propter detentionem a privato factam reus non excusetur, *l.* 2. *§. ult. ff. si quis caution. in jud. sist. caus. fact.* Competit vero adversus eum, qui per se vel alium hoc dolo fecit, sive retinendo, sive triste quid nunciando *d. l.* 1. *§.* 1. 2. *ff. h. t.* ejusque hæredes, quatenus ad eos pervenit, *d. l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* ad id, quod interest, *l. ult. pr. ff. h. t.* Unde si plures id dolo fecerint, unius præstatione ceteri liberantur: actor enim, dum id, quod interest, exigit, magis damni reparationem, quam pœnam persequitur, *l.* 1. *§. si plures* 4. *ff. h. t.* licet in eo, quod interest, subinde comprehendi possit ipsa rei petitæ quantitas, dum inter moras reus petitæ rei dominium tempore acquisivit, aut actione liberatus est, *l. ult. & pr. §. ult. ff. h. t.*

2. Si tamen tertius, cujus dolo reus se non stitit, solvendo non sit, & actio interim præscriptione extincta sit, actori contra reum restitutoria actio competit; id est, actio, quæ lapsu temporis evanuerat, ex æquitate restituitur, ne reus ex alieno dolo lucrum sentiat, actor damnum, *l. ult. §. plane* 1. *ff. h. t.*

3. Quod si actor dolo rei, & reus actoris dolo se

non stiterit, dolus cum dolo compensatur, *l. ult. §. pen. ff. h. t.* cum enim hic tantum de læsionis privatæ reparatione, & eo, quod interest, læsis applicando agatur, crimina posse mutua pensatione tolli receptum fuit, *l. viro* 39. *ff. soluto matrimon.* Si reus solus dolo actoris impeditus sit, nec tunc actor reo ex hoc edicto tenetur: cum reo sufficiat exceptio actori ad pœnam agenti opponenda *l.* 1. *§. si reus ff. h. t.*

4. Differt autem actio hoc titulo proposita ab ea, quæ est in titulo septimo. Hic enim dolus coercetur; ibi vis. Hic actor & reus agere possunt; ibi solus actor. Hic agitur, sive reus non venerit, sive actor; ibi tantum, si reus se non stiterit. Hic petitor id quod interest; ibi mera pœna. Hic non solvente liberantur reliqui; ibi non item. Denique hic ipse impeditus agere potest, si modo ab extraneo impeditus sit. Adde Cujacium *libr.* 10. *observ.* 10.

TITULUS XI.

Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit.

SUMMARIA.

1. *Quid sit vadimonium deserere? Quid si deserant illi, qui non jure vocati, puta, minores?*
2. *Deserto vadimonio, actor jure Romano non potuit definitivam petere sententiam, sed pœnam promissam, vel id, quod interest: contra, ex novella Leonis. Cujus temporis interesse spectetur, & quid juris, si, qui duos sistere promisit, unum tantum sistat?*
3. *Cessat actio ad pœnam, vel id, quod interest, si reus ante diem sistendi mortuus sit; etiam post diem sistendi in actione injuriarum.*
4. *Si pupillus, cujus tutor caverat, mortuus, vel hereditate, cujus nomine conveniebatur, abstenius sit. Et quid si reus postea se sistat, cum necdum actoris jus esset factum deterius?*
5. *Enumerantur plures justæ causæ, ex quibus reus, se die dicto non sistens, excusatur.*
6. *Quo usque ex hodierno jure de contumacia & mora actorum & reorum tractari possit? Tribus citationibus contemtis, reum contumacem fieri. Quid juris de quarta citatione, & an reus tunc adhuc audiri debeat?*
7. *Enarrantur causæ, quibus vel una, vel geminata citatio sufficit.*
8. *Actore non veniente, ad quid reus contendere possit tum in prima, tum in appellationis lite?*
9. *Non difficulter ante sententiam ex probabilibus causis admittitur purgatio moræ & contumaciæ, saltem mediante restitutione; at difficulter post sententiam definitivam.*
10. *Quid juris, si is, qui deficiebat, post decretum defectus mox se sistat, judice adhuc pro tribunali sedente?*
11. *Etiam pro deficiente habendus, qui se quidem sistit, sed non agit ea, quæ agenda sunt.*
12. *Non censetur deficere, qui se stato tempore ac loco sistit, si alio in loco is actus expediatur: nec is, qui se non stitit, cum nec adversarius se sisteret, utrimque mora compensata.*
13. *Nec qui vocatus est ad judicem jure communi incompetentem, secus si tantum ex privilegio incompetens sit. Hinc non priori, sed posteriori tantum casu perit reo exceptio fori declinatoria post primum defectum.*
14. *Nec, qui citatus in diem ulteriorem, citeriore die se sistit, impetrata per libellum diei anticipandi licentia. Quæ anticipatio quando utilis sit, declaratur.*
15. *Nec qui se sistit per procuratorem; nisi in criminalibus, quandoque & in civilibus, judex nominatim ipsius citati præsentiam requisiverit; quod tamen non facile decernendum.*

1. QUI cautione de sistendo interposita sese non sistit, vadimonium deserere dicitur; (de cujus denominatione latissime Budæus *ad Pand. ad l.* 2. *ff. de orig. juris sol.* 21. 22. Rævardius *ad leg.* 12. *tabul. cap.* 5. *pag.* 29. *& seqq.*) etiam si se actione illa temporali, qua conveniendus est, ob lapsum temporis, & præscriptionem liberatum putet, si modo id quodammodo sit dubium, & inquisitione ulteriore indigeat, *l. si eum* 10. *in princ. ff. h. t.* Si tamen per eos de sistendo cautum sit, qui nec agere poterant, adeoque legitimam non habebant personam standi in judicio (quales impuberes, minores & similes sine curatore) & hi deinceps si non sistant, vadimonium deseruisse dici nequeunt, cum tota cautio frustranea & nulla sit, *l. fidejussor* 2. *§. si quis* 1. *ff. qui satisd. cog.*

2. Deserto autem per reum vadimonio, actor non videtur contra reum absentem potuisse definitivam impetrare sententiam, cum nondum lis contestata esset. Licet enim, actore absente, ac tribus edictis citato, reus post annum petere potuerit, causam absente actore cognosci ac terminari, *nov.* 112. *c. omnem vero* 5. actori tamen, cujus in multis deterior quam rei causa est, id nuspiam a Justiniano datum; sed demum a Leone, *Novell. Leonis* 108. Magis ergo ex Jure Justinianeo, in tali casu actor tantum a prætore in possessionem bonorum rei mittitur, *novell.* 53. *cap. si vero semel* 4. *l. prætor ait* 2. *ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, atque insuper tam reus ipse, quam datus per eum de sistendo fidejussor, tenetur certi condictione, si pœna certa promissa sit; vel, si prætermissa sit pœnæ adjectio, ad id, quod interest, æstimatione facta ejus temporis, quo reus sistendus erat, etiamsi eo tempore, quo ad id, quod interest actio instituitur, desierit agentis interesse, *l. qui autem* 12. *§.* 1. *ff. h. t. l. ult. ff. si quis in jus vocat. non iverit*, *l. fidejussor* 2. *§. ult. ff. qui satisd. cog.* Licet enim circa æstimationem regula inveniatur tradita, juxta quam in bonæ fidei judiciis tempus rei judicatæ, in stricti juris litis contestatæ tempus spectandum dicitur, *l. sed mihi* 3. *§. in hac* 2. *ff. commodati*; quia tamen illa tantum locum habet, quoties nulla temporis adjectio facta est, ut nos *tit. de condict. triticaria* monstrabimus; ad quæstionem præsentem haud pertinet, in qua certum sistendi tempus expressum est. Quod si duos quis sisti promiserit, unum sistendo non liberatur, *l. ult. ff. in jus vocati ut eant*, *aut satis vel caut. dent*; & licet summo jure ad pœnam integram eo casu obstrictus sit, quia verum est, secutum non esse facti promissi implementum, *arg. §. ult. Inst. de verbor. obligat. l. stipulatio ista* 53. *§.*

alteri 17. *in fin. ff. de verb. oblig.* opposita tamen doli mali exceptione tantum pœnæ partem præstat, *l. si servus* 9. *§.* 1. *ff. h. t.* aliter obtineret, si nulla fuisset pœna apposita, atque ita tantum ad id, quod interest actio comparata esset; tunc enim quanto minoris interest, unum tantum stitisse, tanto quoque minoris esset facienda condemnatio; eo modo quo id & in cautione de rato receptum, cum pro parte tantum ratihabitio secuta est, *l. si procurator* 18. *ff. ratam rem haberi*. Ceterum jure novo non protinus post lapsum diei fidejussor ad pœnam, aut id, quod interest, solvendum compellitur; sed indulgendæ ei aliæ similes prioribus ad sistendum induciæ, non tamen longiores sex mensibus, intra quas si reum sistat, satisfecisse videbitur; eodem modo, quo & satisfecerit, si rei sistendi defensionem post primi temporis indulti lapsum, ante finitas inducias repetitas, suscipere voluerit, ac ad finem perduxerit, *l. sancimus* 26. *C. de fidejussoribus & mandatorib.* Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 48. *tit.* 14. *cap.* 2. *n.* 18.

3. Cessat tamen pœnæ aut ejus, quod interest, exactio, si lis interim transactione sopita sit, *l. non exigimus* 2. *in princ. ff. h. t.* aut reus ante diem sistendi damnatus fuerit morte aut exilio, *l. si decesserit* 4. *ff. qui satisd. cog. l. sed & si* 4. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* aut sit mortuus; nisi dolo promissoris perierit, *l. si decesserit* 4. *ff. quis satisd. cog. l. si eum* 10. *§. homo* 1. *ff. h. t.* Quod si post diem sistendi decesserit, fidejussor ex stipulatione semel commissa obligatus manet, & utiliter conveniri potest *d. l. si decesserit* 4. *ff. qui satisd. cog. l. sancimus* 26. *C. de fidejuss.* nisi principalis actio talis sit, ut contra rei hæredes non transeat, sed morte ejus extinguatur; licet enim regulariter ex stipulatu actiones semel natæ ad hæredes transeant, ac in heredes continuentur; tamen, si in actione injuriarum (quæ lite nondum contestata per actoris aut rei mortem evanescit) fidejussor ante litem contestatam de sistendo caverit, & die sistendi prætorio vel actor vel reus moriatur ante litem contestatam, non ultra fidejussor obstrictus erit, nisi tam diu post lapsum sistendi tempus supervixerit reus sistendus, ut, si die condicto venisset, potuisset etiam cum eo deinceps lis esse contestata, *l. si eum* 10. *§. qui injuriarum* 2. *ff. h. t.*

4. Cessat quoque, si, cum tutor, pupilli nomine conventus, de sistendo cavisset, pupillus ipse mortuus fuerit, vel adoleverit, vel hereditate, ob cujus aditionem tenebatur, abstentus sit, etiamsi post moram factam, *l. ult. ff. h. t.* junct. *l. tutor pro pupillo* 23. *ff. de administr. & pericul. tut.* Idemque est, si non constituto quidem tempore, sed postea reus venerit, cum necdum ex mora jus actoris esset redditum deterius, *l. & si post* 8. *ff. h. t.* quamvis enim in stipulationibus pœnalibus, ex libera contrahentium voluntate sine prætoris imperio interpositis, id vulgo obtineat, ut non quæratur, utrum intersit, nec ne; ac pœnæ persecutio etiam ei detur, cujus nihil interest, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *in med. ff. de verbor. obligat.* neque regulariter mora purgetur per subsecutam postea oblationem, postquam semel propter adjectum obligationi diem moramque in solvendo factam jus ad pœnam quæsitum fuit, *l. trajectitiæ* 23. *ff. de oblig. & act. l. Celsus ait* 23. *& l.* 24. *ff. de recept. qui arbitr. recep.* aliter tamen receptum in istis, quæ jussu magistratus interponuntur, quippe quas, uti prætor fieri jubet, ita factas ex sua jurisdictione interpretatur ac moderatur ex æquitate, arg. *l.* 1. *§. pen. & ult. ff. de prætoriis stipulat. l. in conventionalibus* 52. *ff. de verbor. oblig.* junct. *l. si fidejussor* 7. *§.* 1. *ff. qui satisd. cog.*

5. Præcipue vero cessat pœna, aut exactio ejus quod interest, quoties reus sine sua culpa venire constituto die non potuit, justam allegans impedimenti causam; si modo postmodum impedimenta cessant, se sistere paratum profiteatur, arg. *l. quid tamen* 21. *§. si quis ex* 9. *ff. de recept. qui arbitr. recep.* neque enim interveniente impedimento legitimo litigator in universum ab observatione judicii liber erat, sed magis ex præcepto legis duodecim tabularum *dies judicii diffindebatur*, id est, differebatur, *l.* 2. *§. si quis judicio* 3. *ff. h. t.* Ræyardus *ad leg.* 12. *tabul. cap.* 5. *pag. mihi* 24. *&* 25. Justæ autem causæ recensentur potissimum hæ, si quis municipalis muneris obeundi, aut testimonii in judicio perhibendi necessitate, vel valetudine, tempestate, vi fluminis, furore, detentione publica jussu magistratus facta, funere domestico, absentia reipublicæ causa, aliisque similibus impeditus fuerit, *l. non exigimus* 2. *§.* 1. *& seqq. usque ad finem*, *l. sed & si* 4. *§.* 1. *in fine §.* 2. 3. *l. si is, qui* 6. *ff. h. t.* Si modo non specialiter quibusdam causis renunciatum fuerit, *d. l. sed & si* 4. *§. quæsitum* 4. *ff. h. t.* & causæ hæ non fuerint dolo malo affectatæ, vel manifesta rei in hasce causas incidentis negligentia ac culpa non appareat; in quibus arbitrio judicis locus est, ut pluribus Ulpianus prosequitur *in d. l. non exigimus* 2. *§. si quis tamen* 8. *&* 9. *ff. h. t.* Illud observandum, sufficientem non esse excusationis causam, si quis a privato detentus fuerit; quippe quo casu si ob vadimonium desertum in damno hæserit, regressum adversus detentorem ad id, quod interest, est habiturus, *d. l.* 2. *§. ult. in fine l.* 3. *ff. h. t.*

6. Et hæc quidem hactenus secundum Romani juris dictata. Ceterum, quamvis hodie quot tribunalia, totidem prope diversi sint & variantes in variis judiciorum ordines, impositæque non una ratione actori ac reo sistendi temporumque observandorum necessitates, ac negligentiæ, moræ, aut contumaciæ pœnæ; quæ singula exequi, aut accurate observare neque animus est mihi, neque si esset, aut mihi aut cuiquam, nisi magnifice nimium de se sentienti, potestas esset: tamen, quia inficias haud eundum, quin universalia quædam circa actorum reorumque officia, moram, contumaciam, principia tradi possint, magno multorum populorum atque tribunalium consensu comprobata, operæ pretium fuerit, quam brevissime hæc enarrare, subjunctis illis, quæ horum occasione videri possent controversa esse. Reum ergo quod attinet, frequentius morator est quam actor, is regulariter post trinam demum citationem, interjecto inter unamquamque legitimo ex more judicii intervallo temporis, non parens judici & se non sistens, pro contumace habetur, omnibusque privatur exceptionibus declinatoriis post primam, dilatoriis post secundam, peremptoriis post tertiam citationem contemtam; ac quarta vice cita-

tur, ut videat edi contra se petitionis libellum, & instrumenta probationem continentia, ac testes produci, atque probationes actoris, si possit, enervet, etiam actore petente ad interrogata respondeat, interposito calumniæ jurejurando, ubi is mos etiamnum viget. Neque interest, in rem, an in personam, an mixta actione conveniatur. Ac in contumaciæ pœnam, sive succumbat, sive absolvatur, dum actor in intentionis probatione defecit, in expensas damnandus est. Vide instruct. Cur. Holland. *art.* 108. 109. 110. Curiæ Ultrajectinæ *tit. van defauten van den gedaag de art.* 1. 2. 3. 4. 6. Brabantinæ *cap.* 18. *art.* 561. 562. Flandricæ *art.* 268. 269. 270. 271. 272. *Ordonnantie op de justitie in de Steden en te platten lande van Holland.* 1. *April.* 1580. 3. 4. 5. Wassenaar *pract. jud. cap.* 4. *num.* 53. & *seqq.* Simon van Leeuwen *paratitl. jur. noviss. lib.* 2. *part.* 1. *cap.* 9. Licet autem quarta vice citatus secundum rigorem & verba variarum instructionum non admittatur ad sui defensionem; usu tamen jam inveterato obtinuit, eum die quartum dicto sese sistentem etiamnum ad sui defensionem admitti; quod & quorundam judiciorum legibus cautum, Instruct. Curiæ Ultraject. *tit. van defauten van den gedaagde art.* 4. Curiæ Flandricæ *art.* 271. Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *num.* 56. Sim. van Leeuwen *paratitl. jur. noviss. lib.* 2. *part.* 1. *cap.* 9. *num.* 1. *versu, den gedaagde*, Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 10. *defin.* 1.

8. Plura tamen negotia sunt, ad quæ trina citatione opus non est, sed vel una, vel geminata sufficit. Unam quidem sufficere receptum, ad id, ut quis sui copiam haud faciens privetur exceptione fori declinatoria, vel ea admittatur actore deficiente; aut ut confirmetur impetratum cessionis beneficium, vel nova decernatur executio sententiæ, intra præfinita ex usu judicii cujusque tempora executioni non mandatæ, & ita præscriptæ; vel denegetur facultas diminuendi impensarum petitarum quantitatem; vel procedat executio, a qua fuerat appellatum; vel pro confesso habeatur vocatus ad respondendum ad interrogata cum juramento calumniæ; vel testes jurati examinentur; exempla cum authenticis collata confirmentur; ocularis inspectio fiat; & alia plura. Ut tamen in multis repetenda sit citatio, si prima ad domum tantum facta sit, non ipsi adversario insinuata. Geminata requiritur, ut hæredes defuncto litigatore litem continuent; ut chirographum habeatur agnitum, ac plenius fiduciaria decernatur solutio; ad hæc in materia appellationis interpositæ, reformationis petitæ, ut sententia feratur in causa ejus, qui prima vice citatus se nolle ad judicium venire declarat, aut cum dilationem ad respondendum petiisset, deficit condicto die in causis fraudatarum impositionum publicarum, & aliis pluribus, quæ recensentur instruct. Cur. Holl. *art.* 113. 114. 115. 118. 119. 178. 223. Instruct. Curiæ supr. *art.* 187. 188. 206. 211. 214. 228. 229. 231. 237. 242. 244. 247. 248. Curiæ Ultraject. *tit. van defauten van de degaadge art.* 5. & *seqq. usque ad finem tituli*. Curiæ Brabantinæ *cap.* 18. *art.* 541. & *seq. ad art.* 561. & *art.* 563. Curiæ Flandricæ *art.* 273. & *seqq. ad art.* 262. *Ordonnantie op 't stuck van de justitia in de sten en ten platten lande van Hollannd ann.* 1580. *art.* 6. 7. 8. *reglement op 't procedere voor de gecommitteer de Raaden van Holland* 22. *Januar. anni* 1660. *art. et seqq. Instruct. van den Raad van Staten in seken van de gemeene middelen* 5. *Martii* 1656. *art.* 4. 5. 6. 13. 14.

8. Quod si actor statuto tempore sui copiam non faciat, reus petit, se ab instantia absolvi, seu circumduci edictum, & in expensas damnari actorem; non iterum ex eadem causa audiendum, nisi re ipsa refusis impensis, *l.* & *post* 73. §. 1. 2. *ff. de judiciis*, aut si appellatione causa ad superiorem sit delata judicem, petit reus appellationem pronunciari desertam: quo facto, non ultra potest ab actore ex ea causa conveniri, *l. ult.* §. *illud etiam* 4. *C. de temporib.* & *reparat. appellation.* Instruct. Cur. Holl. *art.* 111. 114. *Ordonnant. op de Justitie in de stenden en ten platten lande van Holland anno* 1580. *art.* 2. instructio supr. Curiæ *art.* 225. Curiæ Ultrajectin. *tit. van defauten van den eyscher. art.* 1. Flandricæ *art.* 266. Brabantinæ *cap.* 17. *art.* 517. 518. ubi & articulis sequentibus d. Instructionis Curiæ Ultraject. & Brabant. traditur, quid in aliis multis casibus peculiaribus actore deficiente obtinere debeat. Si tamen reus, actore deficiente, nolit ab instantia absolvi, potest, actore tribus edictis citato cum intervallo triginta dierum, ac integrum per annum suam intentionem proponere detrectante, petere tandem & impetrare, ut lis principalis ex suis allegatis probatisque terminetur, *nov.* 112. *omnem* 3. Estque probata per Ultrajectinos in plerisque hæc Romani juris definitio, data reo licentia vocandi actorem deficientem, ut actionem instituat, aut alias ei perpetuum imponatur silentium. Instruct. Cur. Ultraject. *tit. van defauten van den eyscher art.* 1. de quo & latius egi *tit. de jurisdictione*.

9. Circa quæ omnia sic in genere atque obiter proposita, pleniusque ex fontibus ipsis designatis petenda, considerandum primo, non adeo rigide pro contumace habendum, qui tempore præfinito nec ipse venerit, nec procuratorem constituerit, quin contumaciæ admittatur purgatio, dum justas allegat ac probat impedimenti ac absentiæ causas, juxta *l.* 2. §. 1. & *seqq. h. t. l. quæsitum* 60. *ff. de re judicata*, *l. pen. C. quomodo* & *quando judex senten. proferre debeat*; pœnam enim contumaciæ non patitur, quem adversa valetudo, vel majoris causæ occupatio defendit, *l. contumacia* 53. §. *pœnam* 2. *ff. de re judic.* Qui quidem purgationi, refusis impensis, facilius locus est, cum litigantium alteruter, postquam in lite subsistere cœpit, in hac aut illa judicii parte morator est, ac nondum definitiva est lata sententia; juxta *instruct. Cur. Holl. art.* 122. 125. ut tamen quandoque restitutione peculiari opus sit. Vide Wassenaar *pract. judic. cap.* 5. at post definitivam latam difficilius longe, ac non nisi mediante solemni restitutione, ex justissimis causis indulgenda; de quo *tit. ex quib. causis majores*.

10. Si tamen venire debens non sistat se, & ita, adversario petente, defecisse declaretur; mox autem accedat, judice adhuc pro tribunali sedente, ac respondere, vel alia agenda peragere, paratus sit, moræ purgatione alia opus non est. *Etsi enim* (ut ab Imperatore Antonino rescriptum) *nihil facile mutandum est ex solemnibus: tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est: ideoque si citatus non respondit, & ob id more pronunciatum est, confestim*

autem pro tribunali te sedente adiit, existimari potest, non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, l. pen. ff. de in integr. restitut. ibique Gothofredus *in notis*, & Groenewegen *ad d. l. pen.*

11. Non is autem tantum pro moratore ac deficiente habendus, qui omnino non venit præfinito die; sed & qui venit quidem, verum non expedit actum illum, ad quem expediendum dies dictus fuerat; ut, puta, si actor se sistens nihil petat, aut reus petitioni actoris, cum deberet, non contradicat; cum absentis loco is utique habeatur, qui præsens non defenditur, & nihil videatur egisse, sed nominatim contumax dicatur, qui rogatus non respondet, *l. non defendere* 52. *ff. de reg. juris*, arg. *l. ait prætor* 23. *pr.* & *§. ult. ff. ex quibus causis majores*, *l. de ætate* 11. *§. qui tacuit* 4. *§. nihil* 7. *ff. de interrogat. in jure faciend.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *const.* 10. *de fin.* 12. & 16.

12. Quemadmodum ex adverso pro contumace non habendus, contumaciæ aut moræ pœnas subit, qui citatus, ad actum aliquem certo die ac hora & loco celebrandum, tempore quidem præfinito sui copiam fecit, cum interim actus ille alio tempore aut loco expediretur, arg. *l. si ut proponis* 4. *l.* 5. *C. quomod. & quando judex sent. proferre deb. l. cum sententiam* 6. *C. de sentent. & interlocut. omn. jud.* Uti nec ille, qui non venit, quoties nec adversarius ipsius se se sistit; sed potius compensata utriusque absentia, neuter morator creditur; non enim ipso jure contumacia inducitur, sed demum adversario id propter absentiam partis adversæ postulante, judiceque decernente, quippe qui alioquin non rogatus suum non solet officium impertiri, *l. properandum* 13. *§. & si quidem* 2. verbo, *parte fugiente ex una parte actoris absentiam accusante*, *C. de judiciis*, arg. *l. peremptorium* 63. *l. & post. edictum* 73. *ff. de judiciis*, junct. *l. dies* 4. *§. hoc autem* 8. *ff. de damno infect.* Cristinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 21. *n.* 6. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *de literar. oblig. art.* 6. *gloss.* 5. *n.* 5. Simon van Leewen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 25. *n.* 13. eoque conferunt argumenta apud Tyraquellum *ad l. si unquam*, verbo, *revertatur*, *num.* 20. & *seqq. C. de revoc. don.*

13. Similiter contumax non creditur, qui non venit, cum citatus esset ad judicem incompetentem. Contumaces enim non videntur, nisi qui, cum obedire deberent, non obsequuntur; id est, qui ad jurisdictionem ejus, cui negant obsequi, pertinent, *l. contumacia* 53. *§. ult. ff. de re judic.* Quod tamen ad illos videtur restringendum judices, qui secundum jus commune incompetentes sunt, ratione territorii, vel quia specialiter certis tantum causarum generibus judicandis constituti sunt; de his namque verum est, extra territorium jus dicenti impune non pareri, *l. ult. ff. de jurisdictione*. Ceterum si quis ex privilegio tantum fori præscriptione gaudeat, in territorio existens, & judici parere obstrictus, nisi fori privilegiati jure gauderet, a contumacia non erit immunis, nisi veniat, privilegium suum allegaturus; ut ita judex æstimet, an sua sit jurisdictio, *l. si quis ex aliena* 5. *ff. de judiciis*. Et ad hujus generis casus restringendum, quod superius generaliter traditum, reum prima vice citatum, & die præfinito deficientem, actore petente, omnibus declinatoriis privari exceptionibus. Nam si ex jure communi esset judex incompetens, sic ut nec ex prorogatione expressa vel tacita partium competens fieri possit, nihil valeret eorum, quæ apud talem gesta, adeo ut nec sententia tunc in reum velut contumacem lata, rei judicatæ habeat auctoritatem, ut latius probavi *de jurisdictione*. Hinc & si post primam aut secundam citationem defuerit reus, & postmodum suam velit purgare moram, admitti quidem eum ad allegandam exceptionem fori declinatoriam ex jure communi competentem, sed non ad eam, quæ ex privilegio concessa est, tradunt pragmatici, Ant. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 3. 4. Rebuffus *ad constit. regias tom.* 3. *tract. de contumacia art.* 8. *glos.* 1. *n.* 8. Mynsingerus *cent.* 6. *obs.* Joh. Papon *lib.* 7. *tit.* 7. *arrest.* 3.

14. Denique nec pro contumace habendus, qui, dicto per actorem die ulteriore, ex justa causa petiit, & impetravit, citeriore die atque adeo maturius causam agi, & sic citeriore die sese sistit. Quale reorum desiderium justum creditum, quoties arresto ipsi detinentur vel bona eorum, vel mandatis pœnalibus iis ad tempus, donec de jure constiterit, denegatur circa res suas pro arbitrio faciendi facultas; ut ita tanto maturius laxetur arresti vinculum, vel mandatum pœnale aboleatur, *Nader ampliatie van de instructie van den Hooge Rade* 24. *Martii* 1644. *art.* 26. *vol.* 2. *placit. pag.* 784.

15. Sufficit autem ad evitandam contumaciæ aut moræ pœnam, quod quis procuratorem constituat, & ita per eundem sese sistentem judici obtemperet: neque necesse, ut in causis civilibus ipse sui copiam faciat; licet in criminalibus citatus, ut ipse veniat, procuratorem mittendo non possit defungi, sed magis in eum deficientem manus injectio atque carceris custodia decernatur. Et quamvis in civilibus id rarius obtineat, ad id obstringi judicis auctoritate reum, ut ipse præsentem sese sistat judici; tamen si id ex causa judex præceperit, parendum foret, ne alioquin ex mora, (quam in civilibus quidam geminatam requirunt) prehensio decernatur; non tam ob ipsius causæ civilis qualitatem aut gravitatem, quam potius, quod sperni ac contemni non debuerit jus dicentis auctoritas, sed ei quocunque modo obtemperari, arg. *l. unic. in pr. ff. si quis jus dicenti non obtemperaverit*, *l. ex quacunque* 2. *pr.* & *§.* 1. *ff. si quis in jus vocat. non iverit*, Ant. Faber *C. lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 10. 11. ut tamen providi quoque ac circumspecti judicis sit, non facile in civilibus, imo ne in criminalibus quidem causis, nisi urgente graviore suspicione, indulgere petentibus, sive privatis, sive auctoritate publica munitis accusatoribus, citationem in persona (ut vulgo loquuntur) quam non raro pecuniæ magis extorquendæ, quam vindictæ serio persequendæ gratia fieri, prudenter observatum in respons. JCtor. Holl. *part.* 5. *cons.* 34. *pag.* 122. *in med.*

TITULUS XII.

De feriis & dilationibus & diversis temporibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sint feriæ, dies nefasti, justitium &c.*

2. *Dividuntur in solemnes & repentinas, divinas & humanas. Sanctitas diei dominici, quid eo die liceat, necne; an contractus, an sententia die dominico lata, nulla sit?*
3. *Citatio die dominico facta, est ipso jure nulla.*
4. *Citatus die profesto, ut se sistat die dominico, sistere se debet proxime sequente die judiciali.*
5. *Quid feriæ humanæ?*
6. *Humanis feriis nullus invitus litigare cogitur; sponte potest; & si contra invitum sententia lata sit, eam ratihabitione potest efficacem reddere.*
7. *Feriis bis citatio recte fit in diem non feriatum; & alia peragi possunt favorabilia, publice utilia, moræ impatientia.*
8. *Ferias solus Princeps indicit, mutat, tollit quandoque & populus consuetudine.*
9. *Observandæ tantum feriæ receptæ in loco judicii, non aliæ, nisi privilegium in id concessum sit.*
10. *Quid sint dilationes, quo modo a feriis distent?*
11. *Dividuntur in legitimas, arbitrarias, & conventionales; quod exemplis docetur.*
12. *An judex legitimarum dilationum tempus ex justa causa prorogare possit?*
13. *An ex adverso coarctare?*
14. *Dilationum dies continui sunt. An certorum dierum dilatione data, dies quo data dilatio, computari debeat?*
15. *De tempore, intra quod lites civiles & criminales terminandæ, remissive.*

1. FEriæ Jurisconsultis sunt dies ab actibus judicialibus vacui; dicti ideo dies nefasti, quod iis prætor tria verba solemnia non solebat proferre, aut jus dicere, sic ut in foro diebus illis silentium esset & justitium, seu juris stitium. Eoque plura pertinent ex antiquitatibus congesta circa feriarum naturam, tempora, distinctiones, per Jul. Polletum *historia fori Romani lib.* 1. *cap.* 8. Ræxvardum 5. *varior. cap.* 19. Rosinum *antiq. Romanar. lib.* 4. *cap.* 3.

2. Jure nostro recte dividuntur in solemnes, quæ statis redeunt temporibus, & repentinas, quæ ex variis causis arbitrio Principis extra ordinem indicuntur, nec prævideri possunt, *l. sive pars* 3. *C. de dilation. l. sed etsi* 26. *§. si feria* 7. *ff. ex quib. caus. majores*, præcipue vero in divinas & humanas. Divinæ dicuntur, quæ ob cultum divinum sunt constitutæ, & altissimæ Majestati dicatæ; inter quas præcipuus dies dominicus; cujus exactam observantiam, & a labore quietem, otiumque non obscœnis voluptatibus, neque scenæ theatrali, aut Circensibus certaminibus, lachrymosisve ferarum spectaculis, sed pietati, pœnitudini ac resipiscentiæ impendendum, commendat *l. ult. C. h. t.* usque adeo, ut si in diem illum inciderit natalium Principis celebranda solemnitas, jubeatur differri. Quibus consentaneum erat, ut a cogitationibus ille dies haberetur alienus, sive per judices sive per arbitros compromissarios cognoscendum fuerit; silente tunc horrida voce præconis, & respirantibus a controversia litigantibus, *l. quadraginta* 6. *l. omnes* 7. *d. l. ult. C. h. t.* Ruri tamen positis hoc datum fuit, ut agrorum culturæ libere licenterque inservirent, ne pereat commoditas cœlesti provisione concessa, dum non aptius alio die frumenta sulcis, ac scrobibus vineæ, videbantur posse mandari, *l. omnes judices* 3. *C. h. t.* nec transactionibus concordiam reducentibus interdictum fuit, *d. l. ult. C. h. t.* nec emancipationibus aut manumissionibus, *l. actus* 8. *C. h. t.* nec contractus ex eo nullus erit, quod die dominico probatur celebratus: quamvis enim peccent contrahentes, tamen & verum est, multa esse, quæ fieri prohibentur, & tamen facta tenent. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 75. Augustin. Barbosa *axiomat. usufreq.* 93. verbo, *factum num.* 30. *& seqq.* nec expediri vetita, quæ omnis moræ impatientia sunt, veluti reorum criminalium persecutiones, *l. pen. C. h. t.* debitorum de fuga suspectorum, aut rerum ablationis periculo obnoxiarum publicæ detentiones seu arrestationes; ut dictum *tit. de in jus vocando*, appellationis quoque interpositiones, arg. *l.* 1. *C. h. t.* Brunnemannus *ad d. l.* 1. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 53. *num.* 11. & pignorum capiones, teste Ant. Matthæo *de actionibus libr.* 1. *cap.* 6. *num.* 22. ubi & publicationes solemnes bonorum sub hasta distrahendorum, ex vulgatissima praxi. Si tamen sententia die feriato dominico lata sit, sive a judice, sive ab arbitro, neque nulla ob id hodie erit, neque rescindenda, si credimus Groenewio *ad l. ult. C. h. t. & l.* 6. *ff. h. t.* ubi allegat pessimam locorum quorundam corruptelam, in quibus solis diebus dominicis judicia exerceri moris est. Sed cum irrationabilis ista consuetudo paucis placeat, plerisque damnata sit, neque aliis in locis, ubi profestis tantum diebus (necessitatis casu excepto) judicia exercentur, jus Romanum inveniatur abrogatum, nec minus nunc, quam jure Romano stabilita sit frequentibus Ordinum decretis ac municipiorum legibus diei hujus sanctitas; magis est, ut sententiæ, tanquam judicii strepitu non carentes, etiamnum dicantur nullæ.

3. Quod si citatio die dominico facta sit ad id, ut quis sese die profesto sistat, nullius etiam momenti videtur esse, tanquam horrida interposita præconis voce, arg. *l. ult. C. h. t.* licet enim ea facti sit, & non per judicem, sed nuncium fiat (quo fundamento eandem tueri nititur Andr. Gayl. *libr.* 1. *observat.* 53. *num.* 6. 7.) tamen, quia executionem continet decreti de citando nominatim interpositi, vel ex generali mandato apparitoribus dato profluentis; nihilque magis quieti repugnat, eamque interturbat, quam executio; nec inficias iri potest, quin apparitor judicis vice ac partibus fungatur, eundemque repræsentet, rectius sentire videntur, qui citationem talem nullam esse statuunt, quoties nullum probatur subesse in mora periculum, nec pro contumace habendum, qui die hac ratione & hoc tempore dicto, sese non sistit. Nisi enim ita statuatur, quid, quæso, aliud expectandum foret, quam ut plerique diebus aliis districti apparitores diei hujus venerandam quietem, divinis collocandam, in perpetuam citationum ac denunciationum judicialium consuetudinem essent conversuri? Baldus *in l. dies festos C. h. t.* & alii allegati apud Bessianum *ad consuetud. Averniæ cap.* 1. *art.* 2. *num.* 2. Ant. Matthæum *de judiciis disput.* 5. *thes.* 11.

4. Sed si profesto die quis ita citatus sit, ut die dominico jubeatur adesse; sistere quidem sese eo die haud obstringitur, cum nec judex ipse sui copiam facturus esset; sed cum per hujusmodi citatio-

nem, licito factam tempore, nulla contigerit diei ad otia sacra destinati profanatio, merito probatum plerisque fuit, proxime saltem insequente profesto die judiciis dicato, venire debere ita vocatum, nec moræ ac contumaciæ pœnam, si defuerit, evitaturum, arg. *l. tempora* 2. *fere in fine*, *vers. illud etiam C. de temporibus & reparat. appellation. cap. cum dilecti* 6. *circa fin. extra*, *de dolo & contumacia*, Bessianus *ad consuetudines Avernia*, *cap.* 1. *art.* 2. *nu.* 3. 4. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 158. *n.* 15. Rebuffus *ad constit. regias tom.* 3. *tract. de contumacia art.* 1. *gloss. unic. nu.* 25. Groenewegen *ad l. ult. C. h. t. de feriis*. Simon van Leeuwen *censur. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 26. *num.* 9. Anton. Matthæus *de judiciis disput.* 5. *thes.* 12. adde Zoesium *ad pand. h. t. n.* 5.

5. Humanæ feriæ dicuntur, quæ propter hominum utilitatem constitutæ. Quales præcipuæ sunt messium & vindemiarum; de quarum duratione quamvis certa tempora inveniantur jure posteriori præfinita in *l. ut in die* 2. *l. omnes dies* 7. *C. h. t.* rectius tamen antea id præsidibus provinciarum permissum fuit, ut ex loci cujusque consuetudine messis vindemiarumque causa tempus constituerent, *l. præsides* 4. *ff. h. t.* cum non ubique eodem tempore aut fruges maturescant, aut apricis in collibus uvæ ducant colorem, sed ut regio quæque vel soli vicini est vel ab eodem remotior, ita sibi mandatorum creditorumque vel citius vel tardius usuras cum sorte solet repræsentare.

6. Feriis autem humanis licet nemo invitus litigare cogatur; tamen, cum hæ in ejus favorem introductæ sint, & suo quisque juri licite renunciet, ex voluntate partium lites procedere, & rata esse tunc temporis gesta, obtinuit; sive expressa appareat voluntatis declaratio, sive tacita, dum vocati sponte veniunt, nulla sese feriarum exceptione tuentes. Ceterum apparente manifesto alterutrius dissensu aut ignorantia, irrita procul dubio forent, quæcunque feriato die judex decreverit, *l.* 1. *§.* 1. *l. si feriatis* 6. *ff. h. t. l. si ut proponis* 4. *C. quomod. & quand. judex sent. proferre deb.* neque hisce adversatur Ulpianus in *l. si feriatis* 36. *ff. d. receptis qui arbit. recep.* ubi, si arbiter a prætore coactus die feriato sententiam dixerit, ea firma dicitur; aut enim accipi potest id ipsum de casu, quo a prætore talem coactionem postulaverant compromittentes; vel Ulpianum ex ipso Ulpiano interpretari poterimus, & verba *d. l.* 36. restringere ad casum, quo dies compromissi exitura erat, nec poterat ultra proferri; juxta *l. Pomponius* 13. *§. arbiter.* 3. *ff. de recept. qui arbit. recept.* Bronchorst *enant. cent.* 1. *assert.* 27. Besoldus *delibatis juris ad Pand. libr.* 2. *quæst.* 10. *post. med.* Nulla vero sunt, quæ die feriato contra leges, invito adversario, gesta, decreta, judicata sunt, nisi ratihabitio postmodum fuisset subsecuta; quippe quæ, uti jussui ac mandato comparatur, ita quoque retro gestis assensum desiderantibus firmitatem addit, *l. ult. C. ad Senatusconsult. Macedon. l. semper qui* 60. *ff. de regul. juris*, *l.* 1. *§. si ratum* 6. *ff. quod. jussu*, frustra dissentiente Ferdinando Vasquio *illustr. controvers. libr.* 4. *cap.* 27. *num.* 3. nam quamvis ab initio non subsistant, imo ipso jure nulla sint feriato die in absentem & ignarum decreta; novum tamen minime est, in actibus inter vivos firmari ea, quæ initio inspecto contra leges gesta & invalida erant, quoties jus suum remittunt illi, in quorum utilitatem prius negotium censebatur vitiosum. Id quod nulla probatione eget, nisi quis omnem e medio tollendam existimet ratihabitionis efficaciam & usum.

7. Citationes tamen die feriato humano fieri in diem non feriatum, liberum est: eo quod messium & vindemiarum similesque feriæ in id tantum comparatæ fuerunt, ne quis eo tempore adversarium circa res rusticas occupatum compellat invitum in forum venire, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Recte quoque expediuntur ea, quæ vel ingentem merentur favorem, vel ad publicam insignem respiciunt utilitatem, vel ne modicæ quidem moræ patientia sunt; qualia recensentur, *l.* 1. *§.* 2. *l. eadem* 2. *l.* 3. *l. Divus Trajanus* 9. *ff. h. t. l. publicas* 5. *l. pen. C. h. t. l. miles* 11. *§. sexaginta* 6. *ff. ad leg. Jul. de adulter.*

8. Indicit vero ferias solus Princeps, non magistratus ceteri, sic ut & nomine & fructu carere debeant illæ, quas administrator aut judex edixerit, *l. a nullo* 4. *C. h. t.* licet magistratus potuerint feriarum a Principe indultarum tempora ex regionis cujusque consuetudine dirigere, *l. præsides* 4. *ff. h. t. l. si in aliam* 7. *ff. de officio procons. & legati*, atque etiam olim Rex sacrorum, seu Rex sacrificulus, & prætor, indicere ferias ac proclamare solemniter soliti; ille quidem sacrorum rite peragendorum causa, hic gratia vacationis a forensibus negotiis; uti id ex Macrobio, Gellio, Varrone, Arnobio, docet Rævardus 5. *varior. cap.* 19. Ex adverso nec alius præter Principem earum tollendarum potestatem habet; cum unumquodque naturaliter ita solvatur, ut introductum est, *l. nihil tam naturale*, 35. *ff. de reg. juris*, ut tamen eas longo populi usu tolli aut mutari posse non sit negandum, quoties conniventia Principis apparet, aut voluntas ejus non manifesto refragatur, convenienter illis, quæ de consuetudine legem abrogante dicta *tit. de legibus*.

9. Quoties autem pro calendarii Juliani aut Gregoriani diversitate, vel sacrorum cultu, & institutis alio atque alio in loco diversis, variantia deprehenduntur feriarum tempora; eæ solæ feriæ attendendæ ac observandæ, quæ in loco judicii, in quo litigatur, receptæ sunt, arg. *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. juris*, nisi in ipso judicii loco speciatim subjectis, propter religionem venire præpeditis, id privilegii datum appareat, ut non nisi temporibus neque actori neque reo feriatis litigent; quod Judæis indultum, juxta *l. in festivitatibus* 2. *C. de Judæis*. Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 12. *defin.* 5. *circa fin.* Besoldus *delibatis juris ad Pand. lib.* 2. *quæst.* 10. *in fine*. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 5. *thes.* 15. Paulus Voet *de statutis sect.* 10. *num.* 7. Sed extra tale privilegium, standum definitioni, solas loci judicii ferias respirationem a litibus præbere. Hinc in ditionibus, quæ subsunt Ordinibus generalibus, nullas ferias esse servandas Pontificiæ religioni probatas, sed eas solas, quas Reformatæ receperunt Ecclesiæ, cautum 2. *Junii ann.* 1633. *vol.* 1. *placitor. pag.* 261. adde Ampliationem *instruct. Curiæ Holland.* 21. *Decembr.* 1579. *art.* 29. *vol.* 2. *placit. pag.* 773. nominatim quoque vetitum, ne sub obtentu festi Pontificii in Brabantia aut alia regione iisdem Ordinibus generalibus parente mutentur,

vel differantur dies judiciales, *reglement op de politike reformatie in de Meyerye van den Bosch. &c.* 1. *Aprilis ann.* 1660. *art.* 18. *vol.* 2. *placit. pag.* 2610.

10. Dilatio, quæ alteram tituli partem constituit, est rei in judicio agendæ ad alium diem seu terminum rejectio; sic ut eo usque judicis officium conquiescat, donec petiti temporis defluxerint curricula, *l. sive pars* 3. *C. de dilationibus.* Quæ cum feriis haud confundenda: licet enim verum sit, ipsis quoque feriis frequenter dilationes inesse; tamen ferias vel divinas vel humanas esse jam traditum; cum ex adverso dilationes tantum humanæ sint. Illæ omnibus ex æquo conceduntur; hæ non item. Illæ omnem faciunt conquiescere forensem strepitum; hæ tantum certarum personarum causarumque intuitu. Illæ litigantibus solis utiles sunt, ac a litibus respirandi licentiam præbent; hæ etiam non litigantibus, sed simpliciter ad solvendum obstrictis concedi solent, licet hæ posteriores hoc in titulo non considerentur, *l. quod dicimus* 105. *ff. de solutionibus & liberationibus*, *l. promissor Stichi* 21. *§.* 1. *ff. de constit. pecun. l. arbitraria* 2. *§. qui ita* 6. *ff. de eo, quod certo loco.*

11. Triplicis autem generis dilationes sunt: aliæ enim *legitimæ* dicuntur, quæ litigantibus ex ipsa legis dispositione competunt, partim ante litem contestatam; veluti dierum viginti reo vocato ad deliberandum, duorum mensium actori ad litem contestandam; partim post litem contestatam, puta, ad probationes faciendas, *l.* 1. *C. h. t. de dilation.* partim post sententiam; qualis illa decem dierum ad appellandum, quatuor mensium ad subeundam judicati executionem. De quibus aliisque alibi ex professo tractatur. Aliæ *arbitrariæ* sunt, quas judex ex variis causis pro arbitrio concedit; veluti, condemnatis ad restituendam aut exhibendam rem alio in loco existentem, *§. & si in rem.* 2. & 3. *Instit. de offic. judicis*, fidejussori, ut reum principalem absentem prius excutiendum sistat, *novell.* 4. *cap.* 1. *auth. præsente C. de fidejussor. & mandat.* nudo rerum vindicandarum detentori convento, ut dominum certiorem reddat, *l.* 2. *C. ubi in rem actio*, atque ita usu frequentatum, peti a judicibus litis pendentis temporariam suspensionem, vulgo *staeringe*, quoties alteruter litigantium vel expeditione militari & armis occupatus, vel alio impedimento legitimo præpeditur privatis litibus, quas qua actor aut reus exercet, superesse. Vide Wassenaar *pract. judic. cap.* 5. *numer. ult.* Aliæ denique *conventionales*, quæ parti partis adversæ arbitrio ac liberalitate conceduntur.

12. Quamvis vero inter legitimas & arbitrarias dilationes id interesse tradant interpretes, quod dilationum quidem legalium terminus peremtorius censeatur, sic ut alia dilatio post temporis a lege indulti lapsum non sequatur; arbitrariarum vero terminus non ita peremtorius sit, quin adhuc judicis arbitrio audiri possit, qui dilationis per judicem concessæ tempora elabi passus est: Ant. Matthæus *de auctionibus libr.* 1. *cap.* 17. *num.* 12. & vulgo DD. *ad tit. ff. & Cod. de dilationib.* tamen & legitimas a judice prorogari, quoties vel necessitas vel summa æquitas ex variis causis id suaserit, rationis est: sic ut legitimæ dilationi tunc arbitraria videatur accedere, *l. si se non obtulit* 4. *§. si quis condemnatus* 5. *ff. de re judicat. l.* 1. *in fine C. h. t. de dilat. l. oratione* 7. *h. t.* atque adeo, licet regulariter verum sit, unam tantum in causis civilibus dilationem concedendam esse, *l. ult. ff. h. t.* & amputandam, quantum fieri potest, dilationum dandarum materiam, *l. tempora* 2. *in pr. C. de tempor. & reparat. appellation.* tamen, an non alteram iterato indulgendi, & arbitrariam legali superaddendi causa subsit, judex ex bono & æquo æstimare debet, *d. l.* 7. *ff. h. t.* instruct. *Curiæ Holland. art.* 124. 131. Quemadmodum ex adverso in criminalibus, majus plerumque præjudicium tum reo tum actori ob inscriptionem in crimen inferentibus licet actori duas, reo tres dilationes causa cognita concedi possint, monente Paulo in *l. ult. ff. h. t.* tamen & unam tantum tribuendam esse quoties litis trahendæ ac protelandæ causa alteram peti judex persuasus est, verius arbitror. Imo nullam esse dandam, nisi cum judex negotii qualitate motus fuerit, ab eodem Paulo traditum *l. in crimine* 41. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis.*

13. Magis dubium, an judex in civilibus concessæ per legem dilationis tempus coarctare possit. Regulariter quidem ea judici potestas deneganda; ne alioquin legitimarum dilationum naturam arbitrariis videamur adæquare; neve judex, in cujus potestate facti quidem quæstio est, non vero juris auctoritas, ipsa lege severiorem se præstet, *l. si se non obtulit* 4. *§. si quis condemnatus* 5. *ff. de re judic.* arg. *l. ordine* 15. *ff. ad municipalem*, junct. *novell.* 82. *cap. oportet* 10. Si tamen & hic gravis causa aliud suadeat, velut manifesta alterutrius calumnia, aut insignis causæ favor, coarctandæ dilationis legalis potestatem non jure quisquam judici denegaverit, *l. qui pro tribunali* 2. *ff. de re judicata*, arg. *l. debitoribus* 31. *ff. eod. tit.* Neostadius *Curiæ Hollandiæ decis.* 31. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 6. *thes.* 48. 49. & *disp.* 13. *thes.* 2. 3. quo modo & ipsa supplicationum adversus sententias faciendarum tempora non infrequenter angustiore, quam lex dederat, spatio circumscribi dicetur latius *tit. de appellation.*

14. Ceterum continua sunt dilationum tempora connumeratis etiam diebus feriatis, *l. sive pars* 3. *C. h. t. de dilation. l. tempora* 2. *circa fin.* vers. *illud etiam. C. de tempor. & reparat. appellat.* nec tamen ideo usque adeo in arctum eogenda videntur dilationum spatia, ut si certus dierum numerus dilatione exprimeretur, numerum quoque faceret is ipse dies, quo dilationis decretum interpositum. Proinde si intra triduum (verbi gratia) ex quo quid factum gestumve fuerit, jubeatur quis vel intercedere, vel sese sistere, aut aliud quid agere; verius est ipsum illum diem, quo quid gestum, aut quo decretum dilationis interpositum fuit (finge mensis Martii primum) non esse connumerandum, sed præter illum diem tres alios arbitrio ejus, qui dilationem impetravit, relictos esse; sic ut quarto ejusdem mensis die recte impleat ea, ob quæ dilatio data fuerat. Sic & cui ipsis Calendis Januariis dilatio data, non excluditur ex eo, quod ultimus Decembris dies elapsus est, nisi & ipsas anni sequentis calendas patiatur elabi; & cui duorum mensium spatium a lege datum est, sexagesimo & primo die veniens audiendus est; cum tamen mensis duplicati spatium die-

bus saxaginta constet; sic ut frustra dies sexagesimus primus includeretur, si assignato bimestri spatio ipse quoque dies assignationis facta imputaretur, *l. ubi lex* 101. *ff. de regul. juris*, arg. *l. eum, qui calendis* 41. *ff. de verbor. obligat. l.* 1. *ff. si quis caution. in judicio sist. caut. fact.* accurate Ant. Matthaus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 11. 12. 13. Berlichius *part.* 1. *concl. pract.* 74. *num.* 120. Tyraquellus *de tractu gentil. art.* 1. *gloss.* 11. *num.* 17. *& seqq.* Mollerus *semestrium lib.* 1. *cap.* 7. & plures longa serie ab iis enarrati. Et hæc vera, nisi vel usu inveterato jam invaluerit, vel lege sancitum nominatim fuerit, in certis casibus singularibus diem assignati termini esse diebus concessis annumerandum, aut tempus ipsum esse de momento in momentum computandum; uti de reauditione servari dicam *tit. de appellationibus*. Interim vide Jacobum Coren *observ.* 36. His consequens est, ut nec exclusus censeri debeat dies ille, intra quem aliquid vi legalis aut arbitrariæ dilationis est expediendum; sic ut intra octiduum vel solvere vel excipere vel aliud agere jussus, ipso octavo die recte censeatur implenda implere quacunque istius diei parte, sic ut totus is dies sit arbitrio ejus, cui dilatio data, *l.* 1. *§. quod dicimus* 9. *ff. de success. edicto*, *d. l.* 101. *ff. de reg. jur. d. l.* 41. *ff. de verbor. obligat. d. l.* 1. *ff. si quis caution. in jud. sist. caus.* Aulus Gellius *noct. Attic. lib.* 12. *cap.* 13. Tyraquellus *de retractu gentil. §.* 1. *gloss.* 11. *num.* 27. Ant. Matthaus *de auctionib. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 14. nisi & hic de momento in momentum computari tempora constitutum sit, aut usu invaluerit, Coren *d. obs.* 36.

15. De temporibus, intra quæ tum civile tum criminale judicium terminandum sit, in *titulo de judiciis*, ut magis propria sede, tractabitur.

TITULUS XIII.

De Edendo.

SUMMARIA.

1. *Quid sit editio actionis; cur fiat; quo modo fiat, voce vel libello?*
2. *Quid sit libellus, quæ contineat? in conclusione ejus formanda opus esse summa prudentia.*
3. *Libellus debet esse clarus; obscurus pro actore contra reum recipit interpretationem; judex actorem cogere potest, ut libellum obscurum explanet: si tam obscurus, ut nullo modo colligi possit intentio actoris, nullus est, & inutilis sententia ad eum secuta.*
4. *Exprimendum libello nomen actoris & rei, & qualitas, an suo an alieno, tutorio, uxorio nomine &c. agat, quæ qualitas in ingressu litis probanda, si in principio negatur. An & cessio probanda statim, si quis cessa actione agat?*
5. *Exprimenda & res, quæ petitur: multis tamen casibus incerti petitio probata est.*
6. *Nomen judicis aut judicii.*
7. *Causa agendi libello inserenda, specialis in actionibus in personam, generalis in actionibus in rem.*
8. *An & nomen actionis?*
9. *An, & quo modo libellus ante ac post litem contestatam mutari possit, judicio eodem manente?*
10. *Quid hodie obtineat? etiam sæpius mutationem admitti, causa cognita?*
11. *Qui non mutat, sed tantum obscuritatem libelli explicat, nulla ob id adversario impendia reddit. Quis censeatur tantum explicare, non mutare?*
12. *An mutationem libelli magis licitam faciat clausula addita*, salvo jure addendi, mutandi &c.
13. *Quæ sit vis clausulæ salutaris, & implorationis* nobilis officii judicum, *quæ libello petitionis addi solet? & quo usque judex supplere possit, quæ desunt advocatis partium?*
14. *An plures actiones uno libello cumulari possint? quales moribus actiones cumulari possint, quales non?*
15. *Quæ sint exprimenda in libello criminali?*
16. *Edenda etiam instrumenta, quæ actor reo ante litem contestatam edere debet, sive in conventione, sive in reconventione actor sit, vel actione cessa agat.*
17. *Non edit actor reo ab initio nomina testium, quorum depositione usurus est, nec instrumenta, quibus ipse usurus non est: nisi ea sint rei propria, vel actori & reo communia; quales etiam rationes accepti & expensi, debiti & crediti ex libro mercatorio.*
18. *An, & quando, & qualia instrumenta reus actori edere teneatur? an etiam ad formandam actoris replicationem? qui plenius scripserint de instrumentis per reos edendis.*
19. *Regulariter non totum instrumentum edendum, sed tantum ea pars, quæ ad litem istam spectat, una cum capite.*
20. *Rationes suas edere tenentur argentarii (quibus non absimiles in multis hodierni tabelliones) etiam cum argentariam exercere desierunt, & hæredes eorum; non successores singulares, nisi rationes possideant.*
21. *Edunt argentarii, tabelliones, & similes, instrumenta illis tantum, quorum interest, & in dubio consultum expectari decretum judicis ad exhibendum, nec judex promiscue editionem jubere potest.*
22. *Edunt argentarii etiam contra se.*
23. *Ipsis argentariis & eorum hæredibus, aut illis, quibus semel facta editio, non est edendum, nisi causa cognita rationibus deperditis &c. venditorem tori, emtor venditori edere debet instrumentum venditionis ab alterutro forte amissum.*
24. *Quo in loco argentarii debeant rationes edere? An cum, an sine die rationes & instrumenta edi debeant, jure civili & hodierno? Cujus loci consuetudo in editione spectanda sit?*
25. *Quæ actione cogantur ad editionem? ad quid, si non edant? quid si jurent, se nec possidere, nec dolo malo desiisse possidere?*
26. *An actio ista ad id, quod interest in hæredes detur, aut post annum?*

1. EDere, Ulpianus in *l.* 1. *§. ff. h. t.* est copiam describendi facere, vel in libello complecti, & dare vel dictare; eum quoque edere Labeo ait, qui producit adversarium suum ad album, & demonstrat, quod dictaturus est: vel id dicendo quo uti velit, etiam si tunc re ipsa ad album præ-

toris non deducat. Editur autem vel actio vel instrumentum. Editio actionis est futuræ litis demonstratio, ut adversarius deliberet, utrum cedere an contendere velit, &, si contendendum putet, veniat instructus, cognita actione, qua convenitur, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Actor scilicet instructus ad judicium debet accedere; cum in ejus potestate sit, an & quando agere velit, *tot. tit. C. ut nemo invitus agere vel accus. teneatur*, sed cum reus, ubi vocatur, etiam non paratus accedere debeat, non mirum fuit, ei temporis alicujus inducias ad consultandum indulgeri; adeo ut jure quidem Romano recentiore post in jus vocationem & ei conjunctam actionis editionem reus, præbitis apparitoris sportulis & cautione præstita, viginti dierum spatio deliberare possit, utrum cedere an contradicere, aut etiam judicem recusare velit, aut petere, alium ei tanquam suspecto sociari, *auth. offeratur C. de litis contestatione*. Nunc vero apud Hollandos & vicinas gentes viginti dierum loco obtinet dierum quatuordecim interstitium; imo & brevius tempus, præsertim in litibus, de plano aut coram judice inferiore ventilandis; qua in re Judicii cujusque observandus mos, Groenevvegen *ad auth. offeratur C. de litis contestatione*. Vide *Instruct. Curiæ Holl. art.* 59. *Ordonnantie op de Justitiæ binnen de Steden en ten platten Lande Holland.* 1. *Apr.* 1580. *art.* 1. 11. 12. Quod si reus non contendendum existimet, sed consentiat in condemnationem, ea in continenti interponitur; si solutionem offerat ejus, quod petitur, modicam ad solvendum dilationem haud difficulter impetrat, ea lege, ut intra definitum tempus non solvens, possit non præsens tantum, & absens condemnari, ad condemnationem tamen excipiendam de novo citandus. Fit autem hæc editio actionis in summariis judiciis, & causis levioribus ac vilioribus, in quibus omnes ambages, ac non necessariæ superfluæque dilationes amputantur, viva voce; in ordinariis ac majoris momenti litibus libello: quod non ex jure tantum canonico sic invaluit, *clementina sæpe* 2. *de verbor. signif.* junct. *cap.* 1. *extra, de libelli oblatione*, sed & jure civili posteriore receptum fuit, *auth. nisi breves C. de sententiis ex periculo recitand. novell.* 17. *cap. sit tibi* 3. Anton. Matthæus *de judiciis disp.* 6. *th.* estque & hic spectanda ac observanda recepta in unoquoque consuetudo. Vid. Simonem van Leeuvven *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 4. 5. Wassenaar *pract. jud. cap.* 1. *num.* 30. 40. & *seqq. Instruct. Curiæ Holland. art.* 58. 59. *nader. ampliatie van de instructie van den Hogen en Provincialen Rade* 24. *Martii* 1644. *art.* 27. 28.

2. Libellus est scriptura futuræ litis speciem demonstrans, ac constans narratione & conclusione: sic ut contineat enthymema, ut logici loquuntur; seu syllogismum altera propositione, & quidem majore truncatum. Supposita quippe juris depositione, quæ majorem in syllogismo propositionem facit, quæque judici jurisperito nota præsumitur, pro assumto seu minore propositione est narratio facti, comprehendens & ipsam agendi causam; ex quibus duabus, altera subaudita, expressa altera, tandem conclusio syllogismi formatur. Ac licet non errent, quibus placuit tres facere substantiales libelli partes, narrationem facti, causam sive medium concludendi, & conclusionem, uti cum aliis Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 6. *thes.* 18. & *seqq.* errat tamen, & a principiis logicis longissime deviat Sim. van Leeuvven, dum *in censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 24. *n.* 2. propositionibus tribus, majore, minore, ac conclusione libellum constare opinatur, narrationem facti pro majore accipiens, causam vero petendi pro minore: cum potius vere philosophanti tota narratio comprehendens & causæ expressionem, nihil aliud quam argumenti plenioris assumtio sit. Cum vero libellus præcipuum litis totius fundamentum existimetur, & præcipua libelli pars sit conclusio, in quantum regulariter nunc in minus quidem, sed non ad alia, quam quæ libelli conclusione comprehensa sunt, judex damnare reum potest; non mirum, si circumspectione exactissima providaque cura circa conclusionem libelli concipiendam juris prudentes moneantur occupati esse; ne alias temeritate sua clienti damnum concilient, sibi ipsi imprudentiæ ignominiam; quanquam de jure Romano in causis tantum civilibus, non vero in criminalibus, conclusionem in libello necessariam esse verius est, quoties de crimine agitur, cui certa per leges est pœna proposita, quippe quam neque accusator petitione, neque judex sententia sua mutare potest, arg. *l. libellorum* 3. *ff. de accusat.* junct. *l. si qua pœna est* 244. *ff. de verbor. signif.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 61. *num.* 18. & *seqq.* Jul. Clarus *lib.* 5. *sentent.* §. *fin. quæst.* 12. *num. ult.*

3. Allaborandum præcipue, ut certus, quantum per jura licet, ac clarus perspicuusque sit; ne alioquin inepti aut obscuri libelli exceptione repulsam actor patiatur: qua tamen per reum non opposita, judicium in civilibus manebit ratum, arg. *l. ult. C. de annali except. cap. de significantibus* 2. *extra, de libell. oblatione*, forte non æque in criminalibus, arg. *l. libellorum* 3. §. *quod si libelli* 1. *ff. de accusat. & inscript.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 66. *num.* 6. 7. & 8. & *observ.* 62. *n.* 12. 13. Imbertus *Instit. for. lib.* 1. *cap.* 17. *in fine*. Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 14. *num.* 1. & *seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 4. Recipietque libellus ille in iis, in quibus ambiguus aut obscurus est, interpretationem illam, quæ actori utilior, *l. si quis in intentione* 66. *ff. de judiciis*, & qua res ipsi salva est, *l. in contrahenda* 172. §. 1. *ff. de reg. jur.* quæque maxime quadrat reliquis claris & perspicuis eo comprehensis, præcipue conclusioni evidenti, Zangerus *de except. d. part.* 2. *cap.* 14. *nu.* 22. & *seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 1 *obser.* 61. *num.* 16. 17. & *observ.* 66. *num.* 6. *et seqq.* Simon van Leeuvven *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 6. Generaliter etenim, quoties in actionibus aut exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat, *l. quoties in actionibus* 12. *ff. de rebus dubiis*; imo, cum quæritur, quid videatur in judicium deductum, periculosum esse Celsus ajebat, ex persona rei hoc metiri; qui semper, condemnetur, dicet, hoc non venisse: meliusque id videri in judicium venire, non de quo actum est, ut veniret; sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret, *l. solemus* 61. *ff. de judiciis*. Et licet verba stipulationum obscura contra stipulantem interpretanda esse Ulpianus & Celsus responderint, eo quod in stipulantis arbitrio ac potestate fuit, verba latius & apertius concipere,

l. stipulatio ista 38. §. *in stipulationibus* 18. *l. quicquid adstringendæ* 99. *ff. de verb. oblig. l. cum quæritur* 26. *ff. de reb. dubiis*, non tamen facile ita, ut totum id, quod gestum est, ipso jure foret invalidum, & nihil videretur actum, teste Paulo *l. ubi est* 21. *ff. de rebus dubiis;* &, si forte id aliquando in stipulationibus contingeret, non tamen ad judicia trahendum esse, satis demonstrant Pauli verba in *l. inter stipulantem* 83. §. *si Stichum* 1. *ff. de verbor. oblig.* nam *si Stichum*, inquit, *stipulatum de alio sentiam, tu de alio; nihil actum erit: quod et in judiciis Aristo existimavit. Sed hic* (id est, in judiciis) *magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit. Nam stipulatio ex utriusque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur, et ideo actori potius credendum est; alioquin semper negabit reus, se consensisse.* Quibus accedit, quod actiones ex negotiis ante gestis factisque præteritis moveri solent: quo fit, quæ extraneis gestorum ignaris obscura sunt, iis tamen ipsis, quorum lis est, ac reo præsertim, ambigua non sint, sed velut sapienti & intelligenti sufficiant abunde: qui & eo ipso, quo respondit ad dubiam actoris intentionem, satis percepisse videtur, quodnam fuerit actoris desiderium: &, si maxime non perceperit, propriæ negligentiæ imputare debet, quod ab adversario non postulaverit, ut disertius suam declaret mentem, Zangerus *de exception. d. par.* 2. *cap.* 14. *num.* 3. Wassenaar *practyk judic. cap.* 1. *num.* 61. Unde &, si reus libello inepto conventus, in judicio se debere aut deliquisse confessus fuerit, non obstante libelli ambiguitate, condemnandus est, Mynsingerus *cent.* 5. *obs.* 77. Zangerus *d. cap.* 14. *num.* 50. Quia vero id, quod reo notum est ac perspicuum, judici judicaturo, & negotii ante gesti haud gnaro, obscurum esse potest, licitum ei est, etiam post litem contestatam, actorem adigere, ut dubiam explanet intentionem, quo intelligatur, qua de re lis ventilanda ac sententia ferenda sit, cum condemnationem non dubiam oporteat, sed certam esse, *l. in sententiis* 59. §. *qui sortis* 2. *ff. de re judic.* §. *curare* 32. *Instit. de actionibus*, Zangerus *d. cap.* 14. *n.* 4. Plane, si neque ex interpretatione colligi possit, quæ fuerit actoris intentio, neque ex narratis confusis ac variantibus, aut sibi contrariis apparere quod actori competat jus de re agendi eo, quo agit modo, magis est, ut sententia ad talem libellum pro actore ferenda non sit, &, si lata, ipso jure inutilis habeatur, arg. *l. idem Pomponius* 5. §. *ult. ff. de rei vindicatione, cap. examinata* 15. *extra, de judic.* Andr. Gayl. *d. lib.* 1. *observ.* 66. *num.* 1. *et seqq. et n.* 13. 14. Nisi reus libello tali obscuro & inepto conventus, debitum aut crimen sponte fateatur; eo quod confessio ineptiam & nullitatem libelli videatur purgare, Mynsingerus *d. cent.* 5. *observ.* 77.

4. Evitatur autem quam maxime obscuritas, quoties libello inseritur, quis petat, & a quo, quid petatur & coram quo, ac denique quonam petendi jure. Actoris quidem & rei non modo nomen exprimendum, sed & qualitas, si forte tutorio, curatorio, procuratorio nomine, aut mariti jure pro uxore agat aut conveniatur: & licet is, qui suo nomine experitur, ante litem contestatam docere non teneatur de jure seu titulo suo; tamen qui alieno nomine experitur, suam qualitatem, ut loquuntur, protinus in litis ingressu probare tenetur, quoties per adversarium negatur tutoria, curatoria, procuratoria, aut maritali præditus esse auctoritate: cum exceptiones procuratoriæ, ac similes dilatoriæ, protinus ab initio litis non allegandæ tantum, sed & discutiendæ sint, ut a limine judicii repellatur, qui non eo, quo oportet modo, ad actionem pro alio intentandam instructus est, arg. *l. licet* 24. *l. ita demum* 13. *C. de procurator.*, *l. Pomponius* 40. *ratihabitionis* 3. *ff. de procurator.* arg. *cap. alia* 1. *extra, de procuratoribus*, Rebuffus *ad constit. regias tom.* 2. *de literis dilatoriis &c. art.* 5. *gloss. unic. n.* 74 & 16. Guido Pap. *dec.* 322. Gratianus *discept. for.* 401. *n.* 30. & *seqq.* Brunnemannus *ad l. ult. in fine Cod. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 3. *num.* 5. 6. Ant. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 1. Unde &, si adversarius in ingressu litis agnoverit adversarii qualitatem, qua ille experitur, non potest postea lite pendente exigere ab eo qualitatis probationem, nisi causa dubitandi emergat, vel innotescat, ante probabili errore ignorata, arg. *l. licet* 24. *C. de procurator.* junct. *l. Pomponius* 40. §. *pen. ff. de procurat.* §. *ult. instit. de divis. stipulat.* Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 8. *def.* 9. Quod si actione cessa actor contendere velit, id ipsum quoque libello declarari necesse est; eo quod hoc prætermisso reus deliberare non potest, utrum cedendum an contendendum sit; certus quippe, adversarium ex proprio capite nullum habere agendi jus, Henr. Kinschot *responso* 78. *num.* 7. 8. Fidem tamen cessionis in ipso litis ingressu ita demum faciendam esse, si nomine cedentis experiatur, non item, si suo, & utili actione agat, post alios allegatos tradit Rebuffus *d. tom.* 2. *tract. de literis dilatoriis art.* 3. *gloss. unic. n.* 14.

5. Nec minus rei petendæ intuitu certus esse libellus debet, ut declaretur quid, quale, quantumque sit, quod in judicium deducitur. Ut tamen quandoque libellus generalioribus conceptus verbis non sit reprobandus, veluti in judiciis universalibus, petitione hæreditatis, inofficiosi querela, actione ad supplementum legitimæ, familiæ erciscundæ judicio, actione ex emto ad hæreditatis venditæ traditionem: uti & in actionibus in personam generalibus, tutelæ, negotiorum gestorum, mandati generalis pro socio, & similibus: in quibus omnibus, hæreditatem, aut rerum divisionem, aut rationum redditionem restitutionemque residuorum peti sufficit. Idemque est, si de præstatione ejus, quod interest, si de fructuum rei possessæ restitutione, & si de injuriæ illatæ satisfactione, quæstio sit. Nec dubitatum, quin, re in genere, vel rebus duabus alternative sic debitis, ut electio debitoris sit, libellus generis, aut rei utriusque alternative debitæ, non speciei, mentionem debeat complecti: quæ tanquam vulgo nota adstruere supervacuum. Denique & in implorando adversus enormem læsionem remedio alternatim libello concludendum esse, constat ex *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. vend.* æque ac alternative rem aut æstimationem, petere licet, quoties incertus est actor utrum res quæ præstanda vel restituenda est, in rerum natura sit, nec ne. Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 11. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 62. Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 14. *n.* 8. 9.

6. Judicis nomen, aut saltem judicii resignatio, in libello necessaria est, ut reus deliberare possit, utrum

declinatoriam fori, aut judicis suspecti exceptionem velit proponere, *auth. offeratur C. de litis contestatione.*

7. In primis vero exprimenda petendi causa; quæ vel *generalis* est, quam alii *proximam* appellant, vel *specialis*, quam & *remotam* dicunt. Generalis in actionibus in personam est obligatio: in actionibus in rem dominium aliudve simile jus in re. Specialis in actionibus in personam est contractus, aut simile quid, unde obligationes nasci solent; in actionibus in rem factum illud, ex quo dominium nobis adjectum, vel jus in re acquisitum est. In actionibus in personam causæ generalis expressio non sufficit, dum quis allegaret, se petere, quia adversarius ipsi obligatus est, sed & specialem addi oportet, veluti, ex mutuo, commodato, emto, ac similibus; imo specialem exprimi sufficit, dum subauditur generalis, *l. & an eadem* 14. §. *actiones* 2. *ff. de except. rei judicat. cap. ult. extra, de libelli oblatione.* An in iis, quæ in rem sunt, actor satisfacit, si generalem libello causam petendi proponat, puta, dominium, servitutis, pignorisve jus; nec opus ut acquisiti dominii jurisve causa, velut venditio, cum subsecuta traditione vel quasi, vel permutatio, vel legatum, vel donatio, cum similibus adjiciatur; licet actori noceat hæc addidisse; cum utique, lite procedente, dominium ex acquisitionis causa allegata & probata docendum sit, ut dicetur *tit. de rei vindicat.* Differentiæ ratio inter in rem & in personam actiones ea est, quod res unaquæque non amplius quam semel mea esse potest, deberi vero sæpius mihi potest ex diversis causis, *l. & an eadem* 14. §. *actiones* 2. *ff. de except. rei judicata, l. possideri* 3. §. *ex pluribus* 4. *ff. de acquir. vel amitt. posses. l. non ut ex pluribus* 159. *ff. de reg. Juris*, seu, quod semel meum est, amplius meum ex alia causa fieri non potest §. *sed si rem* 10. *Instit. de legatis*, at ex adverso, quod mihi ex una causa debitum est, adhuc ex alia causa potest deberi, §. *si res aliena* 6. *Instit. de legatis*, ac proinde, si quis in actione in rem dominium libello expresserit velut actionis fundamentum, omnes quoque dominii acquisiti causas censetur complexus esse; quæ semper una tantum est, ex qua dominium ei fuit acquisitum. Sed si obligationem in genere expresserit, obscurus libellus esset, quia & res eadem, & eadem quantitas, vel ex stipulatu, vel ex mutuo, vel ex legato, vel ex venditione deberi potest, atque inde incertus foret reus, qua pulsetur actione; nec deliberare potest, an contendendum sit, nec exceptiones agenti opponere, *d. l.* 4. §. 2. *de except. rei judic.* Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 5. vers. *tertium* seu *num.* 12. 13. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 61. *n.* 2. & *seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 6. Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 6. *thes.* 21.

8. Nomen actionis quod attinet, illud jure Romano, etiam novissimo, exprimendum fuisse, probabilius est. Quod enim sublatæ fuerint actionum formulæ, *tit. Cod. de formulis sublatis*, inde non recte infertur, ipsa quoque actionum nomina sublata esse. Cum ergo jure veteri illud necessarium fuisse in libello haud sit ambiguum, arg. *l.* 1. *in fin. l.* 2. 3. *ff. de præscript. verbis*, 1. *ff. de æstimatoria actione*, *l.* 1. *ff. h. t.* §. *si quis aliud* 35. *in fine Inst. de actionib.* cur, quæso, quod non invenitur correctum, prohibetur stare? Non tamen prætereundum, ex juris Canonici dispositione negligi impune in libello posse actionis nomen, si modo plena rei gestæ enarratio facta fuerit; eo modo, quo id jure civili in actione præscriptis verbis fuit usitatum, *cap. dilecti* 6. *extra, de judiciis.* Quod & hodiernis moribus observatur, Wesembecius *paratitl. ff. h. t. num.* 7. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 5. vers. *jure civili Romano*, seu *num.* 14. 15. Ant. Pichardus *ad* §. 14. *Instit. de action. num.* 44. Imbertus *Instit. forens. lib.* 1. *cap.* 17. verbo *quærendum in me* & *d. lib.* 1. *cap.* 15. *in fin.* Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 61. *num.* 1. Groenewegen *ad rubric. instit. de actionibus*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 14. *Inst. de actionib. num.* 2.

9. Quia vero in nullo penitus aberrare, divinitatis potius, quam mortalitatis est, *l.* 2. §. *si quid autem* 14. *C. de veteri jure enucleand.* & tamen actore errante vel in re, vel in actione, vel in petendi causa, reus absolvendus esset, veluti si fundum petiisset, & probaret deberi centum, vel ex emto actionem libello concepisset, & doceret sibi ex stipulatu aut legato deberi; eo quod verum est, intentionem non esse probatam; nec judex in aliud condemnare potest, quam quod petitum: quippe cujus potestas se ultra libellum petitionis non extendit, *l. Babius* 30. *ff. de pactis dotal. l. habebat* 13. *pr. ff. de instit. actione*, Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 1. *quæst.* 31. Henric. Kinschot *respons.* 78. *num.* 8. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 26. *defin.* 6. Brunnemannus *ad d. l.* 30. *ff. de pactis dot.* hinc humanum visum, laboranti hac in parte errantique actori succurri, data ei licentia libelli perperam ab initio concepti emendandi mutandique. Id vero fieri posse non tantum ante, sed & post litem contestatam, usque ad sententiam, probabilius est, manente eodem judicio, §. *si minus* 34. & 35. *Instit. de actien. l. in delictis* 4. §. *ult. ff. de noxal. act.* Ut tamen non aliter hæc fiat mutatio, quam, *prout edic. perpetui monet auctoritas, & jus reddentis decernit æquitas*; ex rescripto Imperatorum Severi & Antonini *l. edicta actio* 3. *C. h. t.* Æquitate scilicet jus reddentis decernente, ut actor reo litis perperam inchoatæ impensas refundat; cum in eas temerarius litigator condemnandus sit, nec quisquam magis temerarius dici possit, quam qui sua propria confessione, per mutationem libelli declarata, talis est, *l. eum, quem* 79. *ff. de judiciis l.*, *non ignoret* 4. *C. de fruct. & litium expens.* Edicti vero perpetui auctoritate monente, libellum mutatum edendum esse, ac tribuendum reo deliberandi spatium quantum ad mutata; cum potuerit se ex nova causa proposita, aut alia re petita, debitorem fateri, qui primitus optimo extiterat jure contradictor. Cui consequens est, ut & nova litis contestatione in mutatis opus sit, ubi reus & post mutationem contendere consultum duxit, *l.* 1. *ff. h. t.* Et quamvis probabile omnino videatur, *dictam l.* 3. *C. h. t.* de ea agere mutatione, quæ ante litem contestatam facta est, si eam cum *l.* 1. *C. de litis. contestatione*, velut partem ejus posteriorem conjungamus, uti id observatum a D. Noodt *de jurisdictione lib.* 1. *cap.* 13. *pag.* 52. nulla tamen ratio sufficiens est, cur non ad eam quoque mutationem, quæ post litem contestatam contigit, porrigenda foret; cum constet, tempore Severi & Antonini, auctorum *d. l. tertiæ* mutationem

etiam post litis contestationem admissam fuisse, ex responso Pauli ante allegato in *l.* 4. §. *ult. ff. de noxalibus*, quem sub eodem Antonino floruisse, fides historiæ manifestum facit. Neque ad id, ut post litem contestatam mutatio fiat, ulla existimem opus fuisse prætoria in integrum restitutione, quasi ex causa justi erroris, cum id neque leges de libelli mutatione loquentes, & superius adductæ, dictent, neque satis probetur ex §. *si quis agens* 33. *in pr. Inst. de actionibus*, quippe in quo neque de libelli mutatione, neque de restitutione ad impetrandam mutationis licentiam sermo est, (de mutatione enim in §. 34. & 35. demum tractatur) sed de restitutione adversus sententiam judicis, qui propter plus petitionem libello comprehensam, neque ab actore emendatam, reum ex veteris juris dispositione absolverat, & ita effecerat, ut actor causa caderet in plus petitionis pœnam. Distat autem longe restitutio adversus sententiam absolutoriam, cui ferendæ causam præbuerat justus actoris error, distat, inquam, longe ab ea, qua ad licentiam emendandi ante sententiam libellum erroneum gratis desideratur, non probatur. Nec his adversatur, quod olim & actio a prætore & judex dabatur cum formulæ præscriptione, cui judex adstrictus erat, sublato demum per Constantinum usu formularum, tanquam aucupatione syllabarum cunctorum actibus insidiantium, *l.* 1. & *tot. tit. C. de formulis & impetrat. act. sublatis*. Etenim, si id maxime in stricti juris actionibus obtinuisse concesserimus; tamen in bonæ fidei negotiis liberior a formula recedendi *ex bona fide* potestas erat. Quanquam nec in stricti juris actionibus adeo coarctatam ex formula existimem dari judicis potestatem, ut de iis, quæ libello mutata essent, judicandi potestas videretur denegata. Adstrictus enim formula potissimum dicebatur, in quantum non poterat ex bono & æquo excedere partium conventionem ac petitionem; non vero, quod non posset condemnare ad ea, quæ libello mutato fuerant nominatim comprehensa ac petita. Innuit id satis non modo contractuum & actionum bonæ fidei ac stricti juris descriptio a Justiniano proposita *tit. Inst. de obligat. ex consensu*, §. *in bonæ fidei* 30. *Instit. de actionibus*, sed & inter judices arbitrosque differentia per Senecam 3. *de beneficiis cap.* 7. exhibita. *Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus libera & nullis adstricta vinculis religio, & detrahere aliquid potest, & adjicere, & sententiam suam non prout lex, aut justitia suadet, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere*, scilicet formula ita ad certos terminos, quos non excedat, includitur judex, ut non possit judicare *prout humanitas & misericordia impulerit, sed prout lex & justitia suaserit:* judicabit autem prout lex suaserit ac justitia, etiam post factam libelli mutationem. Et sane si ista formularum diversitas, qua judices pedanei dabantur in bonæ fidei ac stricti juris judiciis, impedimento fuisset, quo minus post litem contestatam mutatio libelli fieret eodem judicio manente, non ita generaliter de mutatione rescripsisset Imperator Antoninus in *d. l.* 3. *C. de edendo*, aut respondisset circa idem fere tempus aut paulo serius Paulus in *d. l.* 4. §. *ult. ff. de noxal. act.* uterque certe antequam vel actionum formulæ, & impetrationes a Constantino fuerunt sublatæ in *tit. C. de formulis sublatis;* vel judicum pedaneorum dandorum mos ac facultas a Diocletiano & Maximiano mutata fuit per *l. placet* 1. *C. de pedaneis judicibus*, adeoque illis temporibus, quibus adhuc verus judiciorum ordo in usu erat. Frustra vero mira prætenditur judiciorum confusio, si judex datus actionem nunquam editam, vel prætori auditam, admittete posset, si loco actionis stricti juris per libelli mutationem bonæ fidei actio substitueretur, & ita judex cum formula stricta datus, in qua nulla bonæ fidei mentio erat, omnes præstationes actionum bonæ fidei sententia sua potuisset complecti. Urgerent etenim ista nonnihil, si a prætoris penderet definitione, & arbitrio, an *ex bona fide* judex judicare deberet, nec ne. Sed cum non fuerit per prætorem definiendum, sed ab ipso jure determinatum, quæ essent bonæ fidei, quæ stricti juris negotia, nec aliam ob causam prætor formulæ addiderit, vel in ea prætermiserit, illud *ex bona fide*, quam quia negotii ventilandi & actionis ab initio editæ natura id exigebat, dum jus componebat in verba litis, id est, formulam dabat pro variæ litis conditione, unde & sublatis hisce formulis nihilominus inter negotia bonæ fidei & stricti juris eædem, quæ olim, differentiæ secundum propriam negotii cujusque naturam supersunt, (vide Rævardum *tract. de præjudiciis libr.* 1. *cap.* 5. Vinnium *ad* §. 28. *Instit. de action.* 2.) hinc etiam nulla confusio fuit, si mutata actionis qualitate, ipsa quoque prætoris formula ab initio proposita, propter supervenientem mutationem, actioni surrogatæ haberetur accommodata, & ita vel munita vel destituta ea formulæ parte, quæ erat concepta *de bona fide*, prout id actionis surrogatæ qualitas postulasset. Eo fere modo, quo id etiam eveniret, cum mutua litigantium voluntate post litem contestatam mutatio libelli aut actionis fit, sic ut de alia actione judex judicet: in quantum tunc non opus est alia actionis editione apud prætorem, nec nova formula; sed magis prior illa formula prætoris informatur, fingitur, censetur accommodata negotio mutato, idque velut tacita prætoris voluntate. Et uti prætori non fit injuria, dum judex ex litigantium voluntate recedit a formula; quia prætori negotium est dirimere lites, finemque hunc obtinet, cum litigantes sponte recedunt opera judicis dati, D. Noodt *de jurisdictione libr.* 1. *cap.* 13. *pag.* 55. ita quoque mutato libello ex unius actoris voluntate, prætor obtinebat adhuc suum finem, ut nempe lites terminentur, *prout lex & justitia suaserit*, inter eos, qui ad eum in jus venerunt, sat justa causa apparente, cur hanc sententiam perinde ratam habeat, ac si ex formula ejus judicatum esset. Et licet libellus immutatus reo iterum edendus sit, editio autem apud prætorem fuerit facienda, tamen libelli mutati editionem rursus apud prætorem debuisse fieri, nuspiam traditum, nec probabile est; cum nec nova opus fuerit in jus vocatione, magisque submutatio libelli fuerit, & qualis continuata litis tractatio, quam nova editio, omnibus in locum priorum emendatorum surrogatis. Si quæras, cur ergo in stricti juris negotiis judex datus nec exceptiones, nec compensationes admittere potuerit, nisi formulæ ad petitionem rei comprehensas,

si plane novam actionem formulæ non comprehensam admittere posset & de ea judicare? rationem ejus ego non a formula prætoris petendam existimo, sed ab ipsa negotiorum stricti juris natura; quam talem esse cum jura voluerint, prætor tantum formulam suam strictam iis accommodavit; ne alias confunderentur termini illi, quibus bonæ fidei negotia ab iis, quæ stricti juris erant, per leges fuerant separata. Qualis confusio contra leges haud metuenda fuit, cum loco actionis bonæ fidei alia stricti juris, aut vice versa, surrogabatur, unaquaque actione suam, quam a jure habebat, qualitatem retinente, & secundum eam judicanda. Parum quoque facit in contrarium *l. non potest* 23. *ff. de judiciis*, aliam desiderans interpellationem. Non enim alia jurisconsulti Pauli in ea mens est, quam, non videri in judicium deducta ea, quæ litis contestatione recentiora sunt, seu quæ post litem demum contestatam cœperunt deberi; vel ut Javolenus in *l. non quemadmodum* 35. *ff. eod. titul. de judiciis*: ait *judicium non posse in pendenti esse vel de his rebus, quæ postea in obligationem adventuræ sunt, neque, antequam aliquid debeatur, judicium accipi posse*, imo (ut ex ipso Paulo Pauli sententia manifesta fiat) cum quæreretur, ad quodnam opus aquæ pluviæ arcendæ actio pertineret, supponens Paulus, illam ad opus ante litem contestatam factum pertinere, *de eo opere, quod post litem contestatam factum est, novo judicio agendum esse*, respondit *l. Amæus ait* 14. *§. ult. ff. de aqua et aquæ pluv. arcend.* Vide varie hac in controversia sentientes Fachineum *controv. libr.* 11. *cap.* 91. *et seqq. ad finem libri*, Argentræum *ad consuet. Britann. art.* 266. verbo, *de interruptione per libellum cap.* 7. *pag. mihi* 1062. *et seqq.* Donellum *ad l.* 3. *C. de edendo, num.* 17. 18. Bachovium *tract. de actionib. disp.* 1. *thes.* 44. Wissembachium *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 8. *thes.* 20. D. Huberum *ad tit. Instit. de action. n.* 35. D. Gerard. Noodt *tract. de Jurisdict. libr.* 1. *cap.* 13. *pag.* 51. *in fine et pag. seqq.*

10. Mores hodiernos quod attinet, post plenam litis contestationem, seu post duplicationem interpositam, non aliter mutatio libelli vel emendatio licita est, quam si vel adversarius consenserit, vel ad id impetrata fuerit in integrum restitutio cum refusione impensarum, convenienter interpretum vetustiorum communi opinioni, Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 4. *defin.* 2. Groenewegen *ad §.* 34. et 35. *Instit. de actionibus*. Wissenbach *ad Pand. d. part.* 1. *disp.* 8. *thes.* 20. *in fine*, Carpzovius, *defin. forens. part.* 1. *constit.* 11. *defin.* 1. *et multis seqq.* Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 28. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 69. Wassenaar *Practic. Judic. cap.* 2. *n.* 35. 36. Simon van Leeuwen *censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 24. *n. ult.* Paulus Voet ad §. 35. *Instit. de actionib. num.* 2. *ubi plures cit.* nec semel tantum, sed & sæpius arbitrio judicis æquitate ita suadente, mutationem permitti, vide apud Menochium *de arbitrar. jud. libr.* 2. *casu* 178. *num.* 35. 36.

11. Quod si actor non mutare libellum, sed tantum obscuritatem explicare desideret, manente libelli tenore intacto, nulla ob id impendia adversario reddenda sint; eo quod nihil novi videtur factum, nec perperam cœpta lis, ac in omnem eventum obscuritas intentionis, ipso jure eam recipiat interpretationem, quæ actori utilior est, *l. quis intentione* 66. *ff. de jud.* arg. *l. §. hæredes palam.* 21. *si quid* 1. *ff. qu. testam. fac. poss.* Berlichius *d. part.* 1. *conclus.* 28. *num.* 27. Carpzovius *d. part.* 1. *constit.* 11. *defin.* 12. Interpretari autem non emendare censetur, qui forte plura exprimit indicia, vel locum & tempus commissæ injuriæ, in actione injuriarum, aliudve simile, Modestinus Pistor *part.* 4. *quæst.* 139. & *quæst.* 155. Carpzovius *d. loco.* Uti &, qui agens ad implementum alicujus contractus, postea ex suo latere offert contractus implementum, quod ab initio prætermiserat offerre, arg. *l. si rem* 9. *§. ult. ff. de pignorat. act.* Tyraquellus *de retract. gentilit. §.* 1. *gloss.* 18. *num.* 13.

12. Neque in hisce, quæ de mutando emendandoque libello aut ejus interpretandi licentia dicta, quicquam immutabit, quod clausulæ (quibus nimium a multis tribuitur) libello petitionis subjunctæ fuerint, veluti *salvo jure addendi, mutandi &c.* eo quod mutandi vel emendandi potestas non ab actoris voluntate, sed legis potestate dependet; adeo his additis non erit permissum, quod alias jure reprobatum est: & vice versa, his omissis, non debet videri denegatum, quod ei non invenitur legibus moribusve interdictum, uti id observatum a Zoesio *ad Pand. h. t.* num. 11. 12. Gudelino *de jure noviss. libr.* 4. *cap.* 5. versic. *nonne igitur actionem*, seu *num.* 17. 18. Carpzovio *defin. for. part.* 1. *constit.* 11. *defin.* 4. *numer.* 4. 5. Ant. Matthæo *de judiciis disp.* 6. *thes.* 24. 25. 29.

13. Clausulam salutarem ad judicem directam, & officii ejus implorationem ad supplenda quæ desunt, continentem, quod spectat; ei quidem plures ab interpretibus adscribentibus effectus, veluti, quod omne remedium competens, & ex narratis resultans, in judicium videatur deductum ad ea, quæ non sunt expresse petita, condemnatio recte fiat. Vultejus *jurisprud. Roman. lib.* 2. *cap.* 29. *numer.* 38. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observat.* 61. *num.* 11. 12. Christinæus *ad Leg. Mechlinienses tit.* 1. *art.* 27. *num.* 3. Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 55. Brunnemannus *ad l.* 30. *ff. de pactis dotal. num.* 3. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 24. *num.* 4. Ideoque instituto judicio petitorio & possessorio, si in conclusione tantum fuerit facta mentio petitorii, judex tamen possit vel simul sua finire sententia judicium possessorium & petitorium, vel solum possessorium si necdum sufficiens ad petitorium finiendum probatio adducta sit: vel vice versa finire petitorium, si litigantes in petitorio versentur, & actor conclusionem de solo conceperit judicio possessorio. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 61. *num.* 12. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 14. Sande *decis. Frisic. libr.* 5. *tit.* 4. *defin.* 1. *in fine*, Menochius *in præludiis de recuper. possess. num.* 16. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 7. *defin.* 9. Hartmann. Pistor. *lib.* 1. *quæst.* 43. *numer.* 24. & *seqq.* & *libr.* 4. *quæst.* 17. *num.* 15. & *seqq.* Sed si certiores sequamur juris rationes, verius est, hanc clausulam salutarem tantum ut abundantem cautelam considerandam esse, nec inde majorem judici accedere potestatem supplendi ea, quæ desunt, quam quæ ex juris dispositione ei data est; cum & hic non ab actoris arbitrio, sed sola legis potestate tota dependeat judicantis potestas. Nec

dubium, quin & prætermissa istiusmodi clausula supplere suo officio judex possit, quæ partium advocatis desunt, jura scilicet per eosdem tractanda, & alleganda, cum ea, ut non allegata, debuerit judex novisse, *tot. tit. Cod. ut quæ desunt advocatis partium, judex suppleat;* ibique Perezius, & vulgo DD. Qua ratione litigatorem temerarium in litis expensas jure condemnaverit, nec petitæ fuerint, nec clausula ulla salutari libello inserta; eo quod jus ipsum judici dictat ac injungit, pœnam temere litigantibus hanc imponendam esse, ut victi victoribus calumniosæ litis impensas refundant, nec impunitam debere calumniam, licet nullam ejus pœnam adversarius persequatur; quippe cujus malitiam coerceri, privatim & publice non parum videtur interesse, *l. properandum* 13. *§. sive autem alterutra* 6. *l. sancimus* 15. *C. de judiciis §.* 1. *Instit. de pœna temere litig. l. eum, quem temere* 79. *ff. de judiciis*, Wissenbach *ad d. l. properandum* 16. *§.* 6. *in pr. C. de judiciis.* At ex adverso, ut ea, quæ facti sunt, in libello prætermissa, suppleret judex, utcunque salutari clausula ac id ejus fuisset imploratum officium, non patitur justitiæ ratio; ne patrocinari potius videatur, quam cognoscere, & ita advocati simul jurisque munere eadem in lite contra fungatur, Anton. Faber. *Cod. libr.* 2. *tit.* 7. *defin.* 1. Perezius *d. tit. Cod. ut quæ desunt advoc. partium, jud. suppleat.* confer. *tit. de judiciis*; ubi plura de officio judicis tum nobili, tum mercenario.

14. Quamvis autem reus plures exceptiones simul possit eadem scriptura proponere, *l. is, qui dicit* 5. *l. nemo* 8. *ff. de exception. præscr. & præj. §. qui autem* 16. *Instit. de excus. tut.* plures tamen actiones uno libello cumulari nequeunt, *l. cum filius* 76. *§. pen. ff. de legatis* 2. *l. qui servum* 34. *ff. de oblig. & act. l. singulis* 6. *ff. de except. rei judic.* quia favorabiliores rei, quam actoris partes sunt, *l. favorabiliores* 125. *ff. de regulis juris.* Wissenbach *ad Pand. disp.* 8. *thes.* 19. nisi incertum sit, qua actione sit agendum; veluti, si verus hæres dubius sit, an hæreditariæ rei possessor eam pro herede vel pro possessore possideat, an ut legatarius; quippe quo casu cum hæreditatis petitione conjungere potest interdictum quod legatorum, ut alterutrius effectum obtineat. Quoties enim incertum est, quæ potius actio teneat, duas dictamus, protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit. *l.* 1. *§. qui autem* 4. *ff. quod legatorum.* Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 62. *nu.* 4. 5. *& seqq.* Uti nec actor, pendente petitorio, prohibetur experiri judicio possessorio, apud eundem judicem, alio oblato circa possessionem libello, *l. naturaliter* 12. *§.* 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. cum fundum* 18. *§. ult. ff. de vi, & vi armata* ex ratione, quæ est in *l. is, qui* 24. *ff. de rei vindic.* confer Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 39. Sed usu hodierno invaluit, plures uno libello actiones cumulari posse, ex juris Canonici dispositione, quoties ex diversis causis ad diversa tendentibus agitur, *c. cum dilectus* 6. *extra, de causa possess. et propriet.* DD. ad *l. edita* 3. *C. h. t. et ad l. si idem cum eodem* 11. *ff. de jurisdict.* &, si forte actionum nomina libello expressa non fuerint, tamen tot esse actiones, quot sunt facta diversa enarrata, actiones diversas producentia; ac, licet naturaliter unus sit libellus, civiliter tamen tot videri, quot actiones scriptura una sunt comprehensæ, eo modo, quo pro rerum in stipulationem deductarum numero totidem separatæ videntur interpositæ stipulationes, *§. quoties* 18. *Inst. de inut. stipul. l. scire debemus* 29. *ff. de verb. obligat.* junct. *l. etiamsi patre* 29. *§. ex causa* 1. *ff. de minorib.* 25. *annis.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 63. *n.* 3. *et seqq.* Ita judicium possessorium adipiscendæ vel recuperandæ (non item retinendæ possessionis, ob repugnantem ipsius rei naturam) cum petitorio cumulari posse, tradit Gayl. *d. lib.* 1. *observ.* 63. *num.* 10. Neostadius *Cur. supr. decis.* 127. *Curiæ Holland. decis.* 14. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 19. *thes.* 18. Henr. Kinschot *resp.* 1. *num.* 11. Adde *tit. de interdictis num.* 5. *et seqq.* & actionem injuriarum cum actione legis Aquiliæ. Gayl. *d. observ.* 63. *num.* 9. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 25. Speckham *cen.* 1. *quæst.* 66. *num.* 4. 5. Actionem quoque personalem cum hypothecaria, quoties debitor pignoratæ rei possessor est, Guido Pap. *decis.* Anton. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 22. Speckham *cent.* 1. *quæst.* 66. *nu.* 8. Mynsingerus *d. cent.* 1. *observ.* 53. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 13. *art.* 90. *num.* 7. Imbertus *Instit. forens. lib.* 1. *cap.* 10. verbo, *pignoratitia actio*, Chassanæus *ad consuetud. Burgund. titul. de reditibus rubr.* 5. *§.* 2. verbo, *son principal obligé, num.* 34. *in fine*, etiam quandoque actionem civilem cum criminali, de quo Fachineus *controv. lib.* 9. *cap.* 2. Cavendum tamen, ne tales cumulentur, quæ sibi invicem contrariæ sunt, quarumque una subvertit alteram, aut in quarum una sententia absolutoria perimeret alteram. Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 62. *num.* 5. Speckham *cent.* 2. *quæst.* 66. *n.* 10. *et seqq.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 24. *num.* 10. adeoque nec conjungenda petitio hæreditatis ex testamento cum ea, quæ ab intestato est, ut dicetur *tit. de petit. hæredit.* nec injuriarum actio cum actione ex l. diffamari, cum altera petatur, ut reus emendet ac reparet injuriam, altera, ut actionem intra certum tempus instituat, aut alioquin sileat; quæ quam non possint simul subsistere, sponte patet. Vide Carpzovium *defin. for. part.* 4. *constit.* 42. *defin.* 15. Non etiam cumulandæ plures actiones ex eadem causa & ad idem tendentes, veluti actio ex testamento, & rei vindicatio ad consequendam eandem rem legatam; eo quod altera intentata alteram perimit *l. cum filius* 76. *§. pen. ff. de legatis* 2. Nec plures actiones contra diversos ex diversis causis debitores, cum non possit non eo modo oriri confusio; secus, si ex eadem causa simul debitores sint, Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 2. *defin.* 6. plura de cumulatione impedita vide apud Zangerum *de exception. part.* 2. *cap.* 19.

15. In libello, in criminalibus edendo, nomen accusatoris & accusati delictum, ejusque commissi annum, mensem comprehendi necesse est, *l. libellorum* 3. *ff. de accusation.* adde Zangerum *de exceptionib. part.* 2. *cap.* 14. *n.* 29. *& seqq.* Sim. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 2. *cap.* 11. Diei vero expressio haud necessaria, nisi reus id postulet, ut die addito suam a criminis commissi loco absentiam, indeque innocentiam, & accusationis falsitatem, posset docere, *d. l.* 3. *l. pen. Cod. de accusat.* arg. *§. item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat.* Andr. Gayl. *libr.* 1.

observ. 64. *num.* 11. Julius Clarus *sent. libr.* 5. *§. fin. quaest.* 12. *num.* 13. Wesenbecius *paratitl. Pand. tit. de accusationib. num.* 12. *fere in med.* Zangerus *de exceptionibus part.* 2. *cap.* 14. *num.* 35. *& seqq.*

16. Praeter actionum, etiam instrumentorum editio frequens est; quae materia ut paulo altius repetatur, considerandum eorum editionem, aut per actorem reo fieri, aut per reum actori, aut per tertium, eumque vel privatum, vel munere publico fungentem, alterutri, sive actori, sive reo, cujus interest edi. Actor quidem reo, etiam ante litem contestatam edere tenetur instrumenta omnia, quibus ad suae intentionis probationem usurus est, ut ita reus, inspectis illis, securius deliberet, an cedendum, an contendendum sit, *l.* 1. *§. edenda* 3. *ff. h. t. l. pen. & ult. C. h. t. ordonnantie van Justitie binnen de steden en ten platten lande van Holland* 1. *April.* 1580. *art.* 1. *Instructio Curiae Holland. art.* 53. Proinde si vel mentio tantum instrumenti alicujus in libello facta sit, vel in instrumento jam edito instrumenti alterius commemoratio occurrat, recte editionem ejus petit reus, antequam sese responsioni & contradictioni accingat, *auth. si quis in aliquo C. h. t. de edendo*, Cravetta *cons.* 112. *n.* 15. Guido Pap. *dec.* 116. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de literis dilatoriis art.* 3. *gloss. unic. n.* 15. Neque interest, utrum in conventione, an vero in reconventione actor sit, cum & in reconventione non tantum instructus venire debeat actor, sed & reo reconvento tribuenda sit deliberandi potestas, quae deliberatio institui non potest instrumentis non editis. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 109. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 6. Quod si actione sibi cessa experiatur actor, ad omnia illa reo edenda obstrictus est, quae per cedentem, si ipse egisset, fuissent edenda; sive sit liber rationum mercaturae cedentis, sive aliud quid, quod actionis intentandae fundamentum est: tum, ne alioquin per actionis cessionem deterior reddita videretur rei conventi causa, arg. *l. ex qua persona* 149. *ff. de regul. juris*, *l. servum quoque* 33. *§. ait praetor* 3. *& §. seqq. l. pater filio* 70. *ff. de procurator.* tum etiam, quia actionibus mandatis, mandatarius exemplo creditoris mandantis, persecutionem habet, *l. nominis* 8. *C. de hered. vel act. vend.* & eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, *l. emtor.* 5. *C. de hered. vel act. vend.* Praesertim, cum in cessionarii sit potestate cedentem legitimis adigere juris remediis, ad omnia illa tum praestanda, tum exhibenda, quae ad cessam respiciunt actionem, arg. *l. emtori* 6. *ff. hered. vel act. vend.* Ant. Faber *C. lib.* 2. *tit.* 1. *defi.* 17.

17. Non tamen actor reo edere tenetur nomina testium, quorum depositione suam intentionem adstructurus est, ne ab adversario corrumpantur forte antequam producti sunt; qualis corruptionis metus in instrumentis edendis nequaquam subest, arg. *l. non ex omnibus* 39. *in fin. princ. ff. de receptis qui arbitr.* Sed nec instrumenta illa, quibus ad firmandam actionem institutam usurus non est; etiamsi illa reo ad exceptionem probandam profutura essent: neque enim cuiquam imponendum fuit, ut contra propria laboraret commoda, aut arma suo suppeditaret adversario, quibus ipse juguletur, *d. l.* 1. *§. eden.* 3. *ff. h. t.* nisi illud, cujus exhibitionem reus petit, rei ipsius proprium sit, aut actori ac reo commune instrumentum: nihil enim magis aequum est, quam id, quod meum est, mihi edi, arg. *l. praetor ait* 4. *§. hujus* 1. *ff. h. t. l. pen. C. h. t.* Cui consequens est, ut & mercator, qui in suum librum retulit rationes accepti & expensi, debiti & solutionis, reo convento ac petenti edere teneatur integras crediti debitique rationes, ut ita reus inde probare possit, quantum solutum sit, *l. non est novum* 5. *l.* 6. *C. h. t.* sive creditor ex rationibus illis agat, sive ex chirographo, quod de credito mercatorio conceptum est, cum utique rationes illae videantur utrique communes, & aeque in debitoris, ac creditoris utilitatem conscriptae, quippe creditorem quidem concernentes, quatenus expensa continent, debitorem vero, quatenus accepta seu soluta, arg. *l. si quis ex* 6. *§. rationem* 3. *ff. h. t.* Anton. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 16. Brunnemannus ad *d. l.* 5. *C. h. t.* De cetero nimium evagari puto interpretes, qui actori necessitatem imponunt edendi reo non rationes tantum, sed & alia omnis generis instrumenta, sive communia sint sive non, si modo ad exceptionis confirmationem prodesse reo possint, licet illis actor ipse usurus non sit. De quibus vide Berlichium *part.* 1. *conclusione* 45. quod & fieri solere testatur Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 1. *def.* 6. *in pr.*

18. Reus quoque ex adverso edere actori tenetur instrumenta sibi cum actore communia, multoque magis ea, quae actoris sunt propria, arg. *l. praetor ait* 4. *§. hujus* 1. *l. si quis* 6. *§. unde apparet* 5. *ff. h. t.* arg. *l. pen. C. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 6. *in not. num.* 13. cumque rationes ab illis, qui aliena gerunt negotia, non in propriam sed potissimum in eorum, quorum negotia curant, utilitatem conscribantur; non mirum, si actione tutelae aliave simili conventi, rationes edere teneantur, secundum quas actori condemnentur, *l. Lucius Titius* 46. *§. tutelae* 5. *ff. de admin. & peric. tit. l. quadam* 9. *ff. h. t.* Non tamen ea, quae ipsius rei propria sunt, ante litem contestatam per eum edenda, veluti rationes rei, ut ex illis actio moveretur; non enim oportet originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari, *l. ult. in fine Cod. h. t.* & nimis grave esset, urgeri reum ad exhibitionem eorum, per quae sibi negotium fiat, *l. nimis grave* 7. *C. de testibus*, sic ut & calumniari dicatur, qui petit ab adversario rationes sibi edi, sua magnopere interesse contendens, *l. pen. ff. ad exhibendum*, nisi judex causa cognita aliud decreverit, *l.* 1. *C. h. t.* aut nisi fiscus actor sit, cui ex privilegio reus instrumenta ad intentionem probandam edere compellendus est, quoties non criminale, sed civile negotium vertitur, *l. ex quibusdam* 2. *§. item* 2. *ff. de jur. fisci.* Nec aliud vult *l. senatus* 3. *ff. h. t.* quippe quae, dum delatoris mentionem facit, non ad criminum delationes pertinet, sed ad eas, quibus deferebantur ac denunciabantur fisco haereditates vacantes, vacantia bona, & alia plura per fisci administratorem occupanda, quo modo inter ea fisco nunciata, & necdum nunciata seu delata, jus nostrum non uno distinguere loco notum est, *§. res fisci* 9. *Instit. de usucapion*, *l.* 1. *§. Divius* 2. *ff. de jure fisci*, estque haec delatoris significatio in *tit. C. de delatoribus*, qui subjunctus titulo praecedenti *de bonis vacantibus*. Uti & *in l.* 3. *d. tit. C. de delatori-*

bus, & l. delator 44. ff. de jure fisci, Bronchorst enantioph. cent. 2. assert. 94. Menoch. de arbitr. jud. lib. 2. cent. 5. casu 499. n. 40. & seqq. Fuit autem majorum nostrorum tempore jus illud fisci usque adeo in Hollandia extensum, ut si fiscus seu camera rationum litem haberet sibi cum privatis de juribus fiscalibus seu dominicis intercedentem, admitteretur jure singulari ad inspectionem eorum, quæ ab adversa parte edita judici, adversario haud erant ex praxi vulgata communicanda, vulgo secrete stucken. Sed postea id rescripto Ordinum interdictum fuit, constitutumque, cameram rationum quantum ad hujusmodi acta judici per adversarium oblata eodem debere cum privatis jure uti, Rescriptum Ordinum Holland. 19. Jan. 1593. vol. 2. placitor. p. 1441. in fine. Quia tamen reus excipiendo actor fit, l. 1. ff. de exception. praesc. & praej. ideo edere actori tenetur instrumenta illa, quibus ad exceptionem probandam usurus est; sed non nisi post litem contestatam, quoties ipsam actoris intentionem putat in dubium vocandam esse: tunc enim, habita exceptionis contestatione, ita demum hunc locum esse, monstrari convenit, si intentionem secundum asseverationem suam petitor probaverit, l. si quidem 9. C. de exception. quo non impleto, obtineret qui convenitur, etsi nihil ipse praestet, l. qui accusare 4. C. h. t. Quod & usu servari traditum, Respons. Jurisc. Holland. par. 2. consil. 98. Quin imo, ubi mos viget, actorem edere debere reo instrumenta, quibus suam reus exceptionem firmet, ratio similitudinis suadere videtur, actori quoque per reum ea esse edenda, per quæ suam actor replicationem probare contendit; cum non magis actor eo tempore, quo litem movere coepit, aut certus esse potuerit de exceptione rei, aut ad replicandum instructus, quam ad excipiendum ipse reus: ut proinde, si favor rei editionem ei fieri debere dictet, etiam actoris replicantis, & ita ad exceptionem excipientis, favor non minor simile ei jus editionis postulandæ censeri debeat indulgere: neque enim ea ratione videri potest actor originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundare contra l. ult. C. h. t. sed magis factam sufficientem intentionis probationem, adversus iniqua ac vana rei effugia tueri ac conservare; Henricus Kinschot respons. 36. num. 3. & 4. Menochius de arbitrar. jud. lib. 2. cent. 5. casu 499. n. 83. 84. Bronchorst enantioph. cent. 2. assert. 91. Berlichius part. 1. conclus. practicab. 45. num. 49. Brunnemanus ad l. ult. C. h. t. circa fin. Adde Bachovium ad Treutler. volum. 2. disp. 5. th. 4. lit. A. vers. ne tum quidem. Quod & quibusdam in casibus jure Romano probatum est: si enim legatario legatum petente, hæres Falcidiæ legis beneficium per exceptionem proponat, recte legatarius sibi editionem fieri desiderat instrumentorum omnium, ex quibus patrimonii quantitas potest doceri, quo suam probet replicationem de sufficiente hæreditatis ad integri legati solutionem mensura, l. pen. §. ult. ad leg. Falcid. aut si testator legaverit, quod ex hæreditate Titii ad eum pervenit, legatarius, hærede quantitatem minorem pervenisse excipiente, jure postulat sibi exhiberi tabulas illas, in quas testator retulit, quod ex ea receptum est hæreditate, l. qui concubinam 29. §. cum ita legatum 2. ff. de legatis 3. Idemque est in casu l. prædiis 91. §. Titio 3. ff. de legatis 3. Plura de instrumentis actori per reum edendis, ex communibus DD. opinionibus qui cumulata cupit, adeat Menochium de arbitr. jud. lib. 2. cent. 5. casu 499. Berlichium conclus. pract. part. 1. concl. 45. n. 23. & mult. seqq. Hahnium in notis ad Wesembecii parat. h. t. n. 12.

19. Quoties autem de instrumentorum editione quæstio est, non totum est edendum instrumentum, si plura capita de separatis tractantia comprehendat, multoque minus integrum rationum volumen, totusve liber mercatorius, accepti omnis expensique descriptionem habens; sed magis ea sola pars, solumve caput illud, quod ad deductam in judicium controversiam, ejusque adstructionem spectat, una cum rationum aut instrumenti capite seu principio, sine cujus inspectione ex, quæ eduntur, partes intelligi non possent; quo sensu rationes a capite edendas esse, Jurisconsultus admonuit, l. senatus 3. l. argentarius 10. §. edi autem 2. ff. h. t. Plane, si de unico tantum negotio instrumentum aut rationes conscriptæ sint, vel omnia rationibus instrumentisve contenta in judicium forte generale deducta; dubium non est, quin integræ scripturæ editio facienda sit, l. 1. §. edere non videtur, 4. ff. h. t. l. Lucius Titius 46. §. tutela 5. ff. de admin. & peric. tutor. Quemadmodum & ipsi judici, ita ex causa jubenti, totum edendum esse volumen totumve instrumentum, ex praxi quotidiana tradit Andr. Gayl. lib. 1. observ. 106. n. 10.

20. Insuper in actoris reive, aut omnino ejus, cujus interest, utilitatem tertius editionem instrumentorum aut rationum penes se existentium facere jubetur: quid enim, si tertius instrumentum meum rationesve meas possideat? utique æquitas, exhibitionem mihi fieri debere, dictat, l. in hac actione 3. §. interdum 14. ff. ad exhib. tot. tit. ff. de tabul. exhib. de quo plenius ad d. tit. Adeo ut & ipse fiscus communia sibi cum privato instrumenta edere isti privato teneatur, l. pen. C. h. t. dummodo is, cui ea eduntur, caveat, se contra fiscum iisdem non usurum; aut, si usus fuerit, causa casurum. Nec mirum, fiscum non edere ita, ut sibi noceat, cum nec ullus alius debeat adversus fiscum acta edere vel instrumenta, l. in fraudem 45. §. neque 5. §. ipse autem 6. ff. de jure fisci. Sane, ut quis suas proprias ac privatas rationes tertio ad litem cum alio instruendam edere teneretur, jura non dictitant; licet enim unusquisque invitus in causa tertii ad perhibendum de veritate testimonium compelli possit, ut dicetur tit. de testibus; id tamen ad instrumenta edenda non invenitur porrectum; (vide tamen Schurpfium cent. 2. consil. 85.) præsertim si, quod nunc plenius tradendum, consideremus, constitutum nominatim fuisse edicto prætorio, ut editionem faciant argentarii, seu nummularii, qui & collectarii, collectores, coactores, dicti, Gothofredus ad l. quisquis judici 16. C. si certum petatur, quorum officium aliquo modo publicum erat, aut saltem publicam habebat causam, l. argentarius 10. §. ideo 1. ff. h. t. & mensa publicam fidem, l. si ventri 24. §. in bonis 2. ff. de reb. auctor. jud. possid. nec in foemininum, sed solum virilem cadebat sexum, l. pen. ff. h. t. licet & servos potuisse argentariam facere, Ulpianus notet l. prætor ait 4. §. sed si 3. ff. h. t. Per hos etenim uti multa alia, ad hunc titulum non ita pertinentia, tractabantur, quæ plene congesta vide apud Cujacium

ad l. si unus 27. *ff. de pactis* & *lib.* 10. *observ.* 14. Speckham *cent.* 1. *qu.* 68. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 7. 8. 9. & *cap.* 3. *num.* 2. ita quoque, tanquam peritos, contractuum suorum conditiones, pecuniarum & negotiorum suorum rationes, solutiones, expensiones, & alia confici ac conscribi curarunt plerique Romani, sic ut præcipuum eorum ministerium & opera fuerit, actus sui rationes diligenter conficere, *l. argentarius* 10. *§. ideo* 1. *ff. h. t.* & hac in parte horum officium non longe recesserit ab eo, quod hodie est notariorum nostrorum seu tabellionum; ideoque ea, quæ de argentariis dictant Romanæ leges, extendi ad eosdem haud inepte queant, uti & ad graphiarios, secretarios, & similes judicibus additos, juxta jus canonicum *cap. quoniam* 11. *extra, de probation.* ut cum aliis notat Ant. Matthæus *de jud. disp.* 6. *th.* 41. Groenewegen *ad l.* 10. *ff. h. t.* Nec interest, eo tempore, quo editio petitur, argentariam exerceant, an exercere desierint, *l. prætor* 4. *§. etiam* 4. *ff. h. t.* Quid quod & hæredes argentariorum edere oporteat, sive ejusdem cum defuncto professionis sint, sive non, nam cum in locum & jus argentarii succedant, partibus ejus fungi debent, *l. quædam* 9. *§. nihil.* 1. *l. si quis* 6. *§. coguntur* 1. *ff. h. t.* non item legatarii aliique particulares successores, nisi possideant, *d. l.* 9. *§.* 1. *ff. h. t.* Sed cum apud nos acta tabellionum post ipsorum obitum ad archivia publica deferri oporteat, si id factum fuerit, editionem facient illi, quibus cura instrumentorum talium ac custodia publice demandata est; aut si graphiarii aliique similes ea conscripserint, successores in officio; Groenewegen *dict. loco.* Quod si plures fuissent argentarii, aut plures unius hæredes, omnes edere debuerunt, aut unius editioni subscribere, *d. l.* 6. *§.* 1. *ff. h. t.*

21. Edendæ vero per argentarios rationes non promiscue omnibus desiderantibus, sed illis tantum, qui sua interesse jurejurando calumniæ interposito profitentur, ne forte vel supervacuas rationes, vel quas habent, edi sibi postulent, argentarii vexandi causa, *l. si quis* 6. *§. exigitur* 2. *l. quædam* 9. *§. ceterum* 5. *ff. h. t.* Sed uti moribus passim jusjurandum hoc non amplius per eos, qui a tabellionibus instrumentorum petunt editionem, præstari consuevit, Wesembecius *paratit. Pandect. h. t. n.* 13. *in pr.* Berlichius *part.* 1. *conclus.* 45. *n.* 4. 5. ita nec promiscue neque temere tabelliones, graphiarii, aliæque similes personæ publicæ petentibus instrumenta edunt apud se confecta; sed demum illis, qui mandarunt instrumenti confectionem, aut successoribus eorum, aut quorum alias ex honesta & justa causa evidenter interesse apparet; rectius alioquin ac consultius in dubio facturi, si expectent decretum judicis, causa cognita interponendum, arg. *l.* 1. 2. *C. h. t.* Wesembecius *Paratitl. Pand. h. t. num.* 11. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 106. *in pr.* Hieron. Schurpfius *cent.* 2. *consil.* 85. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 11. & 12. Sim. van Leeuwen *cens. for. par. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 4. & 6. Etenim ne judicis quidem in potestate est, pro arbitrio & promiscue instrumentorum omnium editionem decernere: quid enim si quis alterius etiamnum vivi testamentum sibi edi desideret sine testatoris voluntate? quid si is, contra quem testes deposuerunt, sibi postulet copiam fieri describendi inspiciendive depositiones eorum, antequam ex juris dispositione aut consuetudine fori publicatio testimoniorum facienda est? certe non vivi tantum testamentum tertio exhibendum non esse responsum est *l.* 1. *§. pen. ff. de tabulis exhibend. l. tabularum* 2. *§. si dubitetur* 4. *ff. testam. quemadmodum aper. inspic.* & *describ.* sed & qui vivi tabulas testamentarias aperuerit, recitaverit, resignaverit, in legem Corneliam de falsis incidere, *l.* 1. *§. is, qui aperuerit* 5. *ff. ad leg. Cornel. de falsis, l. si quis aliquid.* 38. *§. qui vivi* 7. *ff. de pœnis*, Paulus *recept. sent. lib.* 5. *tit.* 25. *§.* 6. Et frustra tum jure Romano, tum usu hodierno, publicationi testimoniorum locus demum esset post ulteriorem productionis renunciationem, propter metum imminentis alioquin subornationis ac falsitatis, si quovis tempore testimoniorum per tabellionem edendorum decretum jure posset a judice interponi, d. respons. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 12. *in fin.*

22. De cetero non interest, utrum is, qui editionem ab argentario postulat, editis uti velit contra tertium, an contra ipsum argentarium, dum ei cum argentario lis intercedit, *l. argentarius* 10. *pr. ff. h. t.* cum enim singulorum rationes argentarii conficerent, æquum fuit, ut id, quod alterius causa confecerant, tanquam quodam modo proprium ejus instrumentum, eidem exhiberent, *l. prætor ait* 4. *§.* 1. *ff. h. t.*

23. Non tamen argentario ipsi hæredive ejus rationes suæ propriæ edendæ sunt; cum ipse instrumento professionis suæ instructus esse possit, & absurdum sit eum petere, ut edatur sibi, qui in ea ipse causa est, ut edere teneatur. Sed nec ei, cui semel editio facta, iterato edendum; cum editione prima videatur ei abunde consultum. Ex causa tamen tum argentario ipsi, tum hæredi ejus, ut & ei, cui semel facta, editionem fieri prætor jubet. Quid enim si naufragio, ruina, incendio, aliove casu simili, se suas aut sibi editas rationes perdidisse, aut in longinquo habere probet? quid si editio prima minus plene minusque legitime facta appareat? *l. si quis* 6. *§. prætor ait* 8. 9. 10. *l.* 7. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* Nec sine fundamento hinc ex rationis similitudine concluseris, regulariter quidem illis in casibus, in quibus, propter contractum ultro citroque obligatorium, velut emptionis, venditionis, locationis, conductionis, societatis, quisque contrahentium instrumentum conventionis habet, alteri per alterum non oportere illud edi: si tamen alteruter illud amissum conqueratur, recte eum ab altero editionem & descriptionis solemnia licentiam expetere, Papon. *lib.* 9. *tit.* 8. *arrest.* 7. Henr. Kinschot *respons.* 36. *n.* 1.

24. Facienda autem per argentarium editio in illo loco, in quo argentariam exercuit; non alibi nisi sumtibus petentis & dilatione ad perferendum indulta: adeo ut, si in alia provincia argentariam exercuerit, in alia rationes habeat, edere tamen teneatur ibi, ubi eam exercuit; cum hoc ipso deliquisse censendus sit, quod alio instrumentum transtulerit, *l. prætor ait* 4. *§. ult. l.* 5. *l.* 6. *pr. ff. h. t.* Et rationes quidem edendæ cum die & consule; alia vero instrumenta seu magis exempla ex authenticis descripta, sine die & consule, quo scripta sunt, *l.* 1. *§. editiones* 2. *l. prætor ait* 4. *pr. ff. h. t. l. tabularum* 2. *§. diem* 6. *ff. testam. quemadm. aper. inspic.*

& describ. Quod enim rationibus dies addendus fuerit, id inde est, quod duabus rationes paginis constent, accepti una, expensi altera, quarum collatio in ponendo pari calculo inutilis est, si omittas diem & consulem: instrumenta vero, quæ reo actorem edere ante litem contestatam prætor jubet, satis usui esse reo videbantur, etiam non adjecto die: præterquam quod metuendum fuerit, ne ex diei adjectione quid falsitatis excogitetur, prælato die, *d. l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Cujacius *lib.* 10. *observ.* 14. *in pr.* Sed, cum non expresso instrumenti edendi die edens ipse facile possit falsum machinari, & ex diei adjectione reus de veritate vel falsitate eorum, quæ instrumento cauta, rectius cogitare queat, arg. §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *C. de contrah. & committ. stipulat.* hinc instrumentorum aliorum æque ac rationum editionem cum die & consule nunc fieri auctor est Groenewegen *ad d. l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* adde Berlichium *part.* 1. *conclus.* 45. *num.* 27. *& seqq.* Estque in universum illud observandum, spectandam esse consuetudinem illius loci, in quo editio facienda est, si de editionis forma modoque controversia sit, arg. *l. testament.* 2. *C. quemadm. testam. aper. inspic. & descr.* adde quæ dicta *tit. de constit. Princ. parte altera de statut.* 13. *& seqq.*

25. Ceterum uti remediis ordinariis, puta, tutelæ, mandati, pro socio, ad rationum redditionem editionemque adiguntur tutores, procuratores, socii; ita actione in factum, prætoris edicto introducta, argentarii, aliique his similes condemnandi, ni editionem fecerint, ad id, quod interest, inspecto tempore, quo prætor editionem fieri decreverat, etiamsi postea vel pluris vel minoris cœpisset interesse, *l. si quis* 6. §. *in hoc* 4. *l. ubi exigitur* 8. §. 1. *l. argentarius* 10. §. *ult. ff. h. t.* Cujacius *d. lib.* 10. *observ.* 14. Ut tamen non aliter locum habeat persecutio ejus, quod interest, quam si dolo malo, aut culpa dolo proxima factum fuerit, quod minus jussui prætoris de edendo sit paritum; sive nullo modo editio subsecuta sit, sive malitiose facta, *l. ubi exigitur* 8. *pr. ff. h. t.* Cui consequens est, ut absolvendus sit, a quo editio petita, quoties jurejurando declarat, se rationes petitas aut instrumenta neque possidere, neque desiisse dolo possidere; si adversarius in contrarium nihil probet, arg. *l. prætor ait* 4. §. *sed si servus* 5. *l. quædam* 9. §. *nihil interest* 1. *ff. h. t. l. ult. in med. C. de fide instrum.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 17. *defin.* 28. Ant. Thesaurus *dec.* 171. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 45. *n.* 3. Brunnemannus *ad d. l. ult. C. de fide instrument.* Plane, si vel lite pendente, vel brevi ante, quis possessionem se habuisse confiteatur aut convincatur, absolvendus non foret, etsi se sine dolo amisisse jurato declarare paratus sit, nisi manifeste satis ipsum illum casum doceat, quo amissio contigit; alioquin oblata jurisjurandi præstatio non liberabit eum, quo minus ad id, quod interest, jurejurando in litem ab adversario æstimandum, aut saltem arbitrio judicis moderandum, damnetur; præsertim cum instrumenta *sui juris*, id est, propria, & in quæ jus habet editionis petitor, exhiberi cupit, *l. non ignorabit* 4. *C. ad exhibendum, l. pen. ff. de in litem jurando,* arg. *l. si creditor* 5. *C. de pign. act.* Respons. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 355. *recentiora* 235.

26. Datur autem hæc in factum actio non ipsi tantum, cui editio facienda erat, sed & hæredi ejus; non tamen ultra annum, nec in hæredem, nisi ex proprio facto, *l. ult. ff. h. t.* quasi ex delicto quodam & dolo nata, exemplo actionis in factum adversus mensorem ob renunciatam falsam mensuram; & adversus eum, qui alienationem judicii mutandi causa fecit, *l. si duobus* 3. §. *pen. ff. si mensor fals. mod. dixerit, l. item si res* 4. §. *ult. l.* 5. 6. 7. *ff. de alienat. jud. mut. causa.*

TITULUS XIV.

De Pactis.

SUMMARIA.

1. *Quid sit pactum, quibus a pollicitatione & contractu distet?*
2. *Pactum nudum, etsi geminatum, non parit actionem.*
3. *Pactum nudum liberatorium non ipso jure, sed ope exceptionis tollit civilem obligationem, exceptis quibusdam casibus. Et quid juris, si quis pacto promiserit, se liberaturum suum debitorem, nec tamen liberet?*
4. *Qui sint effectus pacti nudi obligatorii?*
5. *De pactis legitimis civilibus aut prætoriis; & pactis adjectis, circa contractuum accidentia, naturam ordinariam, aut substantiam.*
6. *Pactum in continenti adjectum bonæ fidei contractui parit actionem; & qualem?*
7. *Ex pacto contractui stricti juris adjecto actio non datur. Sensus* l. 27. §. 6. ff. de pactis l. 40. ff. de reb. cred.
8. *De Pactis contractui bonæ fidei ex intervallo appositis tum adjicientibus, tum detrahentibus.*
9. *Hodie ex nudo pacto actio datur.*
10. *Pacta vel publica vel privata sunt; ubi de fœderibus &c. Pacta hostibus, rebellibus, latronibus, hæreticis servanda esse.*
11. *Quid sint pacta realia, & an quis nominatim uni hæredi pacisci possit pacto liberatorio aut obligatorio? an unum ultra partem hæreditariam gravare?*
12. *An pactum fidejussoris prosit reo principali aut confidejussoribus? & an alteri quis pacisci possit, tum Romano, tum hodierno jure?*
13. *Quid sit personale pactum, & quibus prosit?*
14. *An pactum personale prosit fidejussori? mandatori quidem, at non fidejussori contra debitorem principalem actionem a creditore cedi. In dubio pactum reale magis præsumi, quam personale.*
15. *Pactorum tacitorum exempla; in illatis in prædium; solutis in antecessum usuris; creditoribus emtorem hæreditatis sponte judicium suscipientem convenientibus, licet is solvendo non sit; in redditione pignoris, vel chirographi. Quid juris, si ex duobus ejusdem debiti chirographis unum reddatur? Quis probet, si creditor neget, se reddidisse chirographum, quod debitor tenet?*
16. *Non valent pacta turpia, stolida, impossibilia, ad delinquendum invitantia; nec de futura successione tertii certi viventis; nec, ut paciscentium unus alteri succedat, vel sibi mutuo ultimus superstes. Quid si tertius consenserit in pactionem*

de sua successione, nec postea mutet? Quid si alteri quis promiserit, se eum instituturum, ei legaturum, nec postea faciat? quid si titulo donationis, executione in mortem dilata? de pactis illustrium familiarum successoriis, remissive.

17. *Valent tamen de successione tertii incerti, vel certi quidem, sed jam defuncti, si dubius sit fideicommissi suspensi eventus.*

18. *Non valent inter clientem & patronum de quota litis. Nec, ut demum obtenta victoria advocatus salarium petat. An advocato vel procuratori, pendente lite, legari, donari possit?*

19. *An pacta subsistant inter medicum & ægrotum?*

20. *Non valent ea, quibus dominus sibi de re sua arbitrium adimit, ne quid in re sua faciat, si alterius intersit. An pacta rem afficiant?*

21. *An valeat pactum inter duos, ut, uter prior matrimonium contraxerit, alteri pecuniam aut pœnam præstet?*

22. *Nemo paciscendo nocere alteri potest; ne debitor quidem principalis suo fidejussori.*

23. *Si major pars creditorum cum debitore paciscatur in partem debiti, id reliquis non nocet; nec tutor sibi obest, si pupilli nomine cum majore creditorum parte pactus in partem sit, quo minus ipse solidum petat Ius singulare Zelandorum.*

24. *Pactum majoris partis creditorum nocet minori, si hæres debitoris obærati adire nolit, nisi pactione in partem facta.*

25. *Quo casu etiam tutor pupilli hæredis nomine paciscens eadem parte debet contentus esse, si creditor sit.*

26. *Nec hoc jus mutatum, aut moribus abrogatum, post inductum beneficium inventarii.*

27. *Idem est, si debitor obæratus vivat quidem, sed latitet, nec uspiam bona appareant; nec sistere se velit, nisi post pactum in partem.*

28. *An pactus in partem cum debitore, petere possit partem, quam remisit, si debitor ad meliorem fortunam redeat? An non saltem partem remissam petere possit a fidejussore debitoris?*

29. *An in hisce pactis creditorum cum debitore latitante vel hærede ejus connumerandi sint creditores hypothecarii, privilegiati? & an illis noceatur pacto tali?*

30. *Chirographariis simplicibus similes hodie sunt, qui nudam mobilium a se non possessorum hypothecam habent.*

1. PActum a pollicitatione distat, quod pollicitatio solius offerentis promissio sit: pactum vero duorum pluriumve in idem placitum consensus atque conventio, de re danda, facienda, vel præstanda, cui tamen non obligandi causa ex se & sua natura. In quo postremo pactum diversum est a contractibus, qui conventiones sunt ex se & sua natura actionem parientes, *l. pactum* 3. *ff. de pollicitationib. l.* 1. *§.* 2. 3. *ff. h. t.* an autem pactum an contractus sit initus, non tam ex verbis, quam potius ex mente convenientium colligendum est, qui, si verba stipulationi adaptata adhibuerint animo paciscendi, pactum erit, *l. juris gentium* 7. *§. quod fere* 12. *ff. h. t.*

2. Pactum aliud nudum est, aliud non nudum, quod & vestitum DD. appellant. Confer Vinnium *de pactis cap.* 5. Nudum dicitur, quod in nudis & simplicibus conventionis terminis consistit, solam naturalem pariens obligationem, non actionem, ne nimium restringeretur oris libertas, & imprudentiores sæpe verborum temere prolatorum laqueis caperentur, *l. juris gentium* 7. *pr.* & *§. sed cum* 4. *ff. h. t. l. legem* 10. *C. h. t. l. si tibi* 27. *C. de locato*. Paulus *recept. sent. lib.* 2. *tit.* 14. *§.* 1. Hinc neque geminato pacto actio nascitur, cum geminati nulla vis sit, nisi id lege cautum fuerit; neque ex pacto, quod jurejurando firmatum est, cum jusjurandum sequi soleat naturam actus, cui apponitur, ex generalibus principiis. Nec hisce refragatur, quod ex pacto naturalis obligatio nascitur, & ex naturali obligatione actio, *l. naturales* 10. *ff. de oblig.* & *action. l. fidejussor* 16. *§. naturales* 4. *ff. de fidejussor.* & *mand.* latius enim in *dd. ll.* accipitur naturalis obligatio, sic ut & eam comprehendant, quæ simul cum civili obligatione conjuncta est; quo modo & liberi naturales dicuntur, qui tamen simul legitimi sunt, ex justis nuptiis procreati, *pr.* & *§.* 2. *Instit. de adoption.* estque in *dd. ll.* animus Jurisconsulti, explicare, ex quibus indiciis colligi possit, naturalem subesse obligationem: duplex autem constituit signum; primo quidem, si actio aliqua ex negotio nascatur; quo casu civilis quidem subest obligatio, sed tamen & evidens est, eo casu naturalem subesse: secundo, si exceptio & retentio soluti competat; quo casu naturalis tantum est obligatio; quippe cujus hic in genere effectus est, quod condictionem indebiti faciat cessare, *l. naturaliter* 13. *l. si quod dominus* 64. *ff. de condict. indeb.* Nec magis urget *l. nuda* 5. *C. de contrab.* & *committ. stipul.* ubi ex pacto litis contestatio facta, adeoque actio ex pacto nata proponitur. Etenim, an pactum illud nudum fuerit, an adjectum bonæ fidei negotio, aut a lege vel prætore firmatum, non illic exprimitur: ut proinde secundum alias leges intelligi commode queat de pactione non nuda, sed tali, quæ secundum generalia juris præcepta potest actionem producere. Minus denique in contrarium facit *l. dedi tibi* 3. *§. quinimo* 4. *ff. de condict. caus. dat.* eo quod ibi non dicitur *pacto placuisse* ut daretur, longe minus *nudo id placuisse pacto*; sed potius *placuisse* eo placiti genere, quod ad contractus pertinet; cum subnectatur, actionem competere, *quæ ex hoc contractu*, stipulatione scilicet certæ quantitatis, *nascitur, id est, condictionem*, adde *tt. de condict. causa data*.

3. Interim pactum nudum vires has habet, ut, si liberatorium sit, obligationem naturalem præcedentem ipso jure civilem ope exceptionis tollat. *§. præterea* 3. *Instit. de exception. l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis* 4. *ff. de solution.* eo excepto, quod quædam a lege adjuta pacta ipso jure perimunt obligationes civiles, *l. legitima* 6. *ff. h. t.* atque ita & injuriarum, & furti actio, ipso jure per pactum extinguitur, *l. si tibi* 17. *§. quædam* 1. *ff. h. t.* nec non actio hypothecaria ex pacto hypotheca nata; quippe quæ ut ex pacto nascebatur, sic naturale erat, eam quoque pacto contrario, *ne res hypotheca esset obligata*, tolli. Id quod volunt Impp. in *l. major* 23. *C. de pignoribus*, dum ajunt, majorem annis 25. persequi non posse pignoris conventionem remissam,

licet solo pacto, quippe quod munitum jurisdictione; id est, edicto prætoris, ut notat Gothofredus ad d. l. legisque hujus sensum reddidit apertiorem D. Noodt *probabil. lib.* 2. *cap.* 8. *num.* 1. deleto commate, seu distinctione post verbum *pactum*. Aliter quam statuendum foret, si pactum non de hypotheca, sed ipso principali debito conceptum esset, *ne petatur;* tunc enim, uti principale debitum non nisi ope exceptionis extinguebatur, accessoria quoque hypothecæ obligatio, principalem imitata, & tantum propter cessationem principalis obligationis ipsa quoque cessans, non nisi exceptione videbatur perimenda, *l. si tibi* 17. §. *de pignore* 2. *ff. h. t.* ita enim in aliis quoque casibus, licet regulariter pactum pacto ipso jure tolleretur; *d. l.* 95. §. 4. *ff. de solution.* tamen si præcedente civili & efficaci obligatione, pactum *de non petendo* sit interpositum, iterumque postea, *ut petere liceat*, pactum prius per posterius non ipso jure, sed replicationis ope enervabitur, *l. si unus* 27. §. *pactus, ne peteret* 2. *ff. h. t.* Revardus accurate 2. *variorum cap.* 6. Quod si quis pacto promiserit, se debitorem suum ab obligatione liberaturum, neque tamen postea re ipsa pactum de non petendo interponat, jure Romano ad liberationem agi nequit; quia ex pacto nudo ad facti implementum actio non competit, *l. intra illum* 41. *ff. h. t.* arg. *l. stipulatio* 38. *ff. de* V. O. & quamvis jure hodierno pactis nudis eadem, quæ stipulationibus, efficacia tributa sit, adeoque hoc casu debitori contra creditorem, ad liberationem faciendam actio prodita; tamen in hac facti specie ad eam confugere supervacaneum fuerit. Cum & sine ulla actione perinde res habenda sit, ac si pactum de non petendo fuisset interpositum, & liberatio facta: si enim debitor ex pacto priore de liberando ad ipsam contenderet liberationem, aut alioquin (ut fit in facti obligationibus) ad id, quod interest prius pactum non fuisse impletum; illud, quod interest in nullo alio posset consistere, quam in eo, ut debitor ab obligatione liber esset. Quemadmodum ergo is, cui liberatio legata est, licet actionem ex testamento habeat, commodissime se adversus hæredem agentem exceptione tuetur, *l. liberationem* §. *nunc* 3. *l. quod mihi* 22. *ff. de liberat. legat. l. si creditoris* 17. *C. de fideicommissis*, ita & hic juxta *d. l.* 41. *ff. h. t.* Abr. a Wesel *de connub. bon. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *num.* 25.

4. Quod si obligatorium pactum nudum sit interpositum, non contemnendos (si actionis productionem excipias) jure civili effectus sortitur: novari enim & in constitutum deduci, & compensari & fidejussores ac pignora admittere potest inde nata naturalis obligatio, impeditque soluti condictionem; ut suis hæc locis tractanda latius.

5. Pacta non nuda obligatoria sunt, quibus ultra simplices fines conventionis vis aliqua civiliter et efficaciter obligandi extrinsecus accedit. Idque vel a jure prætorio, quod in hypotheca et constituto contingit *l. si tibi* 17. §. *de pignore* 2. *ff. h. t. l.* 1. *ff. de constit. pecun.* vel a jure civili, veluti in pacto donationis, *l. si quis argentum* 35. *C. de donation.* dotis, *l. pen. C. de dotis promiss.* usurarum civitati vel argentario, vel ex trajectitia pecunia, vel ex speciebus, velut oleo, frumento, mutuo datis, debitarum, *l. etiam* 30. *ff. de usuris*, *l. frumenti*, 12. *leg. olei* 23. *C. eod. tit. leg. periculi* 5. §. *ult. ff. de nautic. fænore*, *nov.* 136. *cap. quia vero legem* 4. & *cap.* 5. vers. *si vero*, cujus generis pacta *legitimæ* conventiones appellantur, *l. legitima* 6. *ff. h. t.* vel denique, quia accedunt contractui. Ut tamen neque omnia pacta contractibus recte adjiciantur, neque omnia recte adjecta actionem pariant. Aut enim interponuntur de iis, quæ contractibus adesse, et ab illis abesse possunt, ac a vulgo accidentalia dicuntur; neque dubium quin ista pro contrahentium arbitrio addita sustineantur. Aut de iis concipiuntur, quibus receditur ab ordinaria contractuum natura; ac nec ea causa sua carebunt firmitate, manente in ceteris propria contractus natura, quam a jure habet. Qua ratione gratuitum quidem est mandatum, et depositum: sed si id actum sit, ut remunerandi gratia honorarium mandatario præstetur, locus erit exactioni honorarii, et tamen in ceteris erit mandati actio, *l. si remunerandi* 6. *in pr. l.* 7. *ff. mandati*, junct. §. *ult. Instit. eod. tit.* et, si notissimos depositi terminos egressi sint deponentes ac depositarii, dum id egerunt, ut depositarius, nummis depositis, tantundem redderet, cum medii temporis usuris, lex contractus seu pactum servandum erit, servata in reliquis communi circa depositum juris dispositione, *l. Lucius Titius Sempronio* 24. *ff. depositi*. Aut denique adjiciuntur ita, ut ipsam contractuum subvertant substantiam; eoque casu generali non potest definitione tradi, quid juris sit; quandoque enim totum vitiatur negotium perinde ac si nihil gestum esset; dum forte impossibilia pacto comprehensa sunt, *l. non solum* 31. *ff. de oblig. & action.* quandoque, valente principali negotio, irritum est et inutile pactum adjectum, impune negligendum: veluti, si id in deposito aut precario actum fuerit, ne intra certum tempus rem depositam, precariove concessam repetere liceat, *l.* 1. §. *si deposuero* 45. 46. *ff. depositi*, *l. cum precario* 12. *ff. de precario*, quandoque ipsum immutatur principale negotium, sic ut ex vi pacti contra substantiam adjecti transeat in aliam negotii speciem; quod fit in emptione inita cum pacto de pretio non solvendo, quo casu donatio esse creditur, arg. *l. ult. ff. pro donato*, junct. *l. cum in venditione* 36. *l. si quis donationis* 28. *ff. de contrab. emt.* uti & in donatione mortis causa cum pacto, ut nullo casu revocetur; quippe quæ ex tali adjectione perinde habenda est, ac alia quævis inter vivos donatio, *l. ubi ita donatur* 27. *ff. de mortis causa donat.*

6. Posita autem pactorum adjectorum validitate; non ideo protinus etiam ponenda actionis producendæ vis; sed demum, si bonæ fidei negotiis in continenti adjecta fuerint; quo casu & formare dicuntur actionem, & ex iis actio competere, *l. Juris gentium* 7. §. *quinimo* 5. *ff. h. t. l. in bonæ fidei* 13. *C. h. t.* non eo quidem sensu, quod nova quæpiam & nominata actio inde descenderet; sed magis quod ex ipso contractu actio nata, quæ ex propria contractus natura non erat comparata ad id petendum, quod pacto placuit, nunc ab ipso pacto formam accipiat, & idonea efficiatur ad ea quoque persequenda, quæ pacto acta. Fundum concipe venditum confini ea lege, ut venditori per fundum venditum emtor servitutem constituat ad fundum alterum conterminum venditoris proprium: venditi quidem a-

ctio, in se spectata, ad id inventa est ut pretium cum usuris ex mora venditor obtineat; non vero, ut servitutis constitutionem consequatur; sed quia id pacto in continenti apposito actum est, ex emto actio ad impetrandam quoque servitutis impositionem jure movebitur. Idemque de ceteris similibus jus est, *l. qui fundum* 75. *ff. de contrab. emt.*

7. Quod si stricti juris negotio pactum in continenti aut ex intervallo appositum fuerit, ad actionem producendam, eamve formandam, inefficax est. Hinc si mutuo datis decem, pactum sit, ut undecim reddantur, vel decem cum usuris; neque undecim peti possunt, neque usuræ pacto comprehensæ, sed sola decem, *l. rogasti* 11. §. *si tibi* 1. *ff. de reb. creditis*, *l. quamvis* 3. *C. de usuris*. arg. *l. in bonæ* 13. *C. b. t.* Nec in contrarium movere debet, quod pacta dicuntur inesse stipulationi, *l. lecta* 40. *ff. de reb. creditis*, *l. item* 4. §. *ult. ff. b. t.* pacta enim dupliciter dicuntur inesse contractui, puta, vel ex parte actoris, vel ex parte rei, unde & Ulpianus in *l. Juris gentium* 7. §. *quin imo* 5. *ff. b. t.* cum dixisset, *pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis*, subjungit, sed hoc ita accipiendum esse, ut si quidem ex continenti subsecuta sint, *etiam ex parte actoris insint;* innuens eo ipso ea quoque inesse posse ex parte rei, sic ut non actionem pariant, sed exceptionem tantum, reo profuturam. Dum ergo in *d. l.* 40. *d. l.* 4. pacta dicuntur inesse stipulationi, id accipiendum est, ut insint ex parte rei: quod & dictat ipsa pactorum in utraque lege propositorum natura; cum utraque non obligatoria sint, sed liberatoria, non in utilitatem creditoris, sed sublevandi debitoris gratia, interposita, ne scilicet ille adigatur ad sortem reddendam, donec usuras solvit, *d. l.* 4. vel ne simul & semel ad totius sortis restitutionem compellatur, ut ab initio promiserat, sed annua, bima, trima die, *d. l.* 40. sic ut utroque in casu ne inveniri quidem possint termini habiles actionis ex pacto producendæ. Neque turbant verba in *med. d. l.* 40. *& si* (*ut ille putabat*) *ad exceptionem tantum prodesset pactum*, (*quamvis sententia diversa obtinuerit*) *tamen usurarum obligatio ipso jure non committetur &c.* non enim inde sequitur, actionem ex pacto dari, cum termini habiles actionis ex pacto, in *d. l.* 40. non inveniantur, ut dictum: sed magis eo pertinent, quod videatur fuisse dissensus JCtorum, quorum alii credebant, pacta hujusmodi liberatoria, stipulatoria, stipulationi & mutuo adjecta, non impedire obligationem ipso jure, sed ope exceptionis; alii contra ipso jure obligationem tali pacto adjecto putabant diminutam: quo modo in *d. l.* 11. §. 1. *ff. de reb. creditis*. Ulpianus tradidit, si tibi dedero decem, sic ut novem reddas, *non amplius te ipso jure debere, quam novem*. Vel etiam, Jurisconsultus in *d. l.* 40. licet hoc aliis in casibus verum esset, quod quis ex pacto non ipso jure tutus esset, sed ope exceptionis, tamen in facti specie illic proposita debitorem ab obligatione usurarum ipso jure tutum fore, *& obligationem usurarum ipso jure non committi;* quia præstandarum usurarum causa deest, mora scilicet, *non enim*, inquit, *in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest;* & ita absurdum esset, obligationem sine ulla obligationis causa nasci; absurdius, exceptione terum se tueri, qui nulla potuit actione ad usuras conveniri, dum exceptio actionem summo saltem jure efficacem prærequirit; actio obligationem, obligatio ad usuras moram; quæ nulla hic fuit ob datam pacto posteriore solutionis dilationem. Minus obstat *l. si unus* 27. §. *sed si stipulatus* 6. *ff. b. t.* non enim illic ex pacto interposito efficaciter de Sticho agitur, sed ex stipulatione. Quod ut apertius constet, considerandum, in toto §. 6. non de obligatorio tractari pacto, sed liberatorio, quo vel in totum vel pro parte tolleretur obligatio ex stipulatu *ad Stichum aut decem* nata. In totum quidem, si pactum simpliciter intercessisset, *ne decem petantur*; exceptionem enim pacti in totum obstituram agenti ad Stichum aut decem; *quia, ut solutione & petitione & acceptione unius rei tota obligatio solveretur; ita pacto quoque convento de una re non petenda interposito, tota obligatio summovetur*. Pro parte vero, si id actum esset, *ne decem sed Stichus præstetur;* quia hoc casu pactum liberatorium limitatum fuit ad decem, & nominatim cautum, ne ad petitionem Stichi impediendam vires extenderet; ideoque subjungitur *posse efficaciter de Sticho agi, nulla exceptione opponenda;* quippe quæ opponi quidem potuisset, si decem petita fuissent, at non Sticho petito, cujus intuitu obligatio ex stipulatu per pactum ita subsecutum non fuerat enervata. Et hoc ipsum est, quod a Paulo actore *d. l.* 27. tractatur in *l. si emtio* 4. *ff. de rescind. vend.* dum ait, *si emtio contracta sit, togæ, puta, aut lancis, & pactus sit venditor, ne alterutrius emtio maneat, puto resolvi obligationem hujus rei nomine dumtaxat*. Etenim verba illa, *ne alterutrius emtio maneat*, non sunt ipsa verba pacti interpositi, seu pacti formulam nequaquam constituunt; cum illud ea ratione obscurum prorsus & ineptum esset exemta obligationi: sed potius præsupponunt verba alia apta ad id efficiendum, *ne alterutrius emtio maneat*: quæ vero sit ista locutio, quæ formula, qua id fiat, ex *d. l.* 27. §. 6. colligendum; videlicet, cum non simpliciter pactum est, *ne toga petatur;* sed cum plenius id actum, *ne toga, sed lanx petatur, vel ne togæ, sed lancis emtio sit:* qua explicatione adhibita nullus inter *d. l.* 4. & *l.* 27. §. 6. dissensus est. Liberatorii vero hujus pacti, quo id actum, ne decem, sed Stichus præstetur, effectus atque utilitas potissimum in eo est, quod debitor intereunte Sticho, qui solus in obligatione remanserat, in totum liberetur; non liberandus, si adhuc alternatim obligatio ad decem aut Stichum mansisset; quippe quo casu non unius, sed demum utriusque rei interitus eum reddidisset immunem a præstandi necessitate, *l. arbitraria* 2. §. *Scævola* 5. *ff. de eo, quod certo loco l. cum is* 32. *pr. ff. de condict. indeb. l. si in emtione* 34. §. *pen. ff. de contrab. emt.* Sic nec opinioni huic adversatur, quod loci adjectio facta in mutuo, in stipulatione, in legato, velut pactio contractui apposita videri posset formare actionem de eo, quod certo loco, juxta *l. si hæres* 5. *l.* 6. *l.* 7. §. 1. *ff. de eo, quod certo loco;* tantum enim abest, ut eam formet, ut si certiorem rationem sequamur, potius contra pactionem ex æquitate prætoria detur actio de eo, quod certo loco: nam, cum actor reum alio in loco extra adjectum conveniens, summo jure repelli posset exceptione illa, quod non debito loco peteret, atque adeo loci adjectio prodesset reo ad excipiendum; prætor hanc

exceptionem, ex summo jure reo datam, conquiescere jussit, actione arbitraria alibi permissa, *l. 1. ff. de eo quod certo loco*. Similiter ex eo, quod pacto prorogatio jurisdictionis fiat, ac inde potestas aliam apud judicem intentandi actionem nascatur, juxta *l. pen. C. de pactis*, non recte concluseris, actionem ex pacto formari: cum utique nullam inde formam novam actio acquirat, aut ullam patiatur mutationem; dum neque plus neque minus neque aliud actor petit aut consequitur apud judicem ex prorogatione competentem, quam consecuturus esset, si apud eum egisset, qui sine prorogatione competens est; qualis tamen mutatio requiritur, ut actio formari dicatur, seu formam novam a pacto accipere. Leviora denique sunt, quæ ex *l. debitori tuo 7. l. petens 27. C. h. t. cum res filio 22. C. de donation. l. & eleganter 7. §. servus 8. ff. de dolo* petuntur argumenta, cum partim agant de actionibus ex stipulatione, quæ pacti confirmandi causa erat apposita, natis; partim de pactis, quæ datione vel facto subsecuto transiverant in contractus innominati naturam, & ita doli aut præscriptis verbis actiones producebant. Confer Vinnium *de pactis cap.* 10.

8. Quod si non stricti juris, sed bonæ fidei negotiis pacta ex intervallo demum accedant; videndum, an adjicientia sint, an detrahentia. Adjicientia dicuntur, quæ non de substantialibus alicujus contractus, sed de adminiculis ejus interponuntur, veluti de arrhis, cautionibus, evictionibus præstandis. Detrahentia sunt, quæ ex iis, quæ ad ipsam contractus substantiam pertinent, quid mutant, & faciunt, ut a priori contractu videatur pro parte recessum, ac novus celebratus, *l. pacta conventa 72. ff. de contrah. emt. l. juris gentium 7. §. adeo autem 6. ff. h. t.* Et detrahentia quidem pacta actionem formant, cum videantur novum facere contractum, priore sublato. Adjicientia vero nec insunt ex parte actoris, nec actionem formant, sed tantum pariunt exceptionem, *dd. ll.* confer Ravareum *libr. 2. varior. cap. 1. pag. mihi* 540. *& seqq.*

9. Ceterum si non hæ circa pacta, actionem formantia aut non formantia, distinctiones necessariæ prorsus essent, ad Romani juris genuinum intellectum, legumque sine hoc præcognito, partim obscurarum, partim iniquitatem redolentium explicationem; potuissent sane quantum ad fori usum attinet silentio involvi; eo quod nunc tralatitium prorsus est, & passim receptum, ex pactis nudis, serio ac deliberato animo interpositis, æque ac ex contractibus, actionem nasci, multoque magis, si contractibus sive bonæ fidei sive stricti juris adjecta sint; sive in continenti, sive ex intervallo id ipsum contigerit. Jacobus Coren *observ.* 13. *n.* 8. 9. 10. Lamb. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 4. *num.* 20. 21. Gudelinus *de jure noviss. libr.* 3. *cap.* 5. vers. *porro videamus*, seu *num.* 8. *& seqq.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 1. *circa finem*. Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 6. *num.* 25. Groenevvegen *ad l.* 10. *C. h. t.* Parens p. m. Paulus Voet *ad pr. Instit. de obligat. num.* 5. Vinnius *tract. de pactis cap.* 7. id quod non tam juri canonico tribuendum; quippe quo non plus dicitur, quam jure civili dictum fuerat, pacta nempe servanda esse, & grave esse fidem falli; confer *cap. 1. extra, de pactis* cum *l. juris gentium 7. §. ait prætor 7. ff. h. t. l. 1. ff. de const. pecun.* Fachineum *libr.* 2. *controvers. cap.* 100. quam potius, quod gentes pleræque bonam fidem & nudam juris gentium simplicitatem in servandis iis, quæ placuissent, præferendam censuerint nimiis Romani juris subtilitatibus, nimia anxie inter pacta & stipulationes distinguentibus, ac prope syllabarum aucupia instituentibus, sic ut verbis, non rebus jura illa scripta jurassis. Lapsus ergo est Simon van Leeuvven *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *c.* 2. *n.* 2. asserens, id in praxi quoque receptum esse, quod ex nudo pacto actio non detur: manifesta erroris causa in eo hærente, quod perperam pacta nuda confundit cum ea conventione vel cautione, quæ expressam non habet debiti causam. Verum quidem est, aut exprimi aut probari saltem oportere causam debiti, ut exactio fiat ejus, quod dicitur deberi; sed id ad quæstionem, an ex pacto nudo actio detur, haud pertinet; neque dubium, quin quisque pacto nudo possit promittere, se fidejussurum pro alio, aut pignus daturum, se mutuum numeraturum, commodato concessurum, & quæ hujus generis sunt plura alia: ex qua promissione tanquam nudo pacto, ut certum est jure Romano agi non potuisse, ita quoque non ambigendum, quin hodie æque inde, ac ex stipulatu, actio recte intentetur.

10. Præter primam pactorum divisionem in nuda & non nuda, est & alia, qua quædam publica sunt, quædam privata. Hæc, quæ de rebus ac negotiis privatorum ineuntur. Illa, quæ de publicis interponuntur negotiis; ut, puta, cum belli duces inter se paciscuntur de induciis, de pace, *l. conventionum* 5. *ff. h. t.* qualia ducum pacta sponsiones appellatæ; nec tenebant, nisi a populo probatæ, & ex eo tempore incipiebant fœdera dici. Sed de pactionibus, sponsionibus, fœderibus, ac triplici fœderum specie plurima ex antiquitate congesta vide apud Carolum Sigonium *de antiquo jure Italiæ lib.* 1. *cap.* 1. Ubicunque autem talia pacta publica sunt interposita, non tantum servanda, si cum aliis populis liberis inita fuerint; sed &, si cum rebellibus, latronibus, hæreticis, piratis: eo quod hi omnes juris gentium ac naturæ communionem habent qua homines, atque adeo tales, quibus ex rationis dictamine servanda fides semel data. Vide Vinnium *tract. de pactis cap.* 3.

11. Ad hæc pacta alia in rem sunt, seu realia, alia in personam, seu personalia, *l. juris gentium 7. §. pactorum 8. ff. h. t.* Realia dicuntur, quæ prosunt hæredibus & fidejussoribus, *l. & hæredi 21. §. ult. ff. h. t. l. exceptiones 7. §. 1. ff. de exceptionibus præscr. & præj.* imo ut unusquisque heredibus omnibus in universum pacisci potest, ita & uni ex pluribus hæredibus prodesse pacto liberatorio jura sinunt, *l. avus 33. ff. h. t.* etiam obligatorio pacto obligationem uni acquirere, si ea in faciendo, non item si in dando consistat; exemplo stipulationum, de quibus Venulejus dixit, cum quid fieri stipulemur, etiam unius hæredis personam recte comprehendi; at cum dari stipulamur, non posse nos id uni ex hæredibus acquirere, *l. continuus 137. §. ult. ff. de verb. obligat.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 11. *num.* 15. Confer Donellum *ad l. 38. §. 17. ff. de verb. oblig. num.* 24. *& seqq.* Sed cum hodie quisque alteri etiam plane extraneo pacisci possit &

stipulari, ratio non superest, cur non & uni hæredi dari paciscatur, Gomesius *d. un.* 15. *in med.* Groenevvegen *ad l.* 137. §. *ult. ff. de verb. oblig.* plane per pactionem nemo id agere potest, ut unus ex pluribus hæredibus, sibi successuris, in solidum dare teneretur: legibus scilicet magis acquisitioni aut liberationi hæredum, quam eorum obligationi faventibus, *l. eum, qui ita* 56. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Lamb. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 3. & *seqq.* licet contra sentiat Groenevvegen *ad d. l.* 56. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Porro non impedit, quominus pactum reale sit, quod in pacto certæ personæ mentio inveniatur: utrum enim in rem, an in personam pactum factum sit, æque ex mente, ac ex verbis convenientium æstimandum est; plerumque enim persona pacto inseritur, non ut personale pactum sit, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum sit, *d. l.* 7. §. 8. *ff. h. t.* exempla sunt in *l. tale pactum* 40. *ff. h. t. l. si necessaria* 8. §. *pen. ff. de pign. actione*.

12. Non tamen vice versa fidejussorum pacta, ut ut generaliter concepta *de non petendo*, prosunt reo principali, neque ceteris confidejussoribus; eo quod paciscentis non interest, ab his non peti *leg. fidejussoris* 23. *ff. hoc titul.* argum. *leg. hæredem* 2. *ff. de liberat. legata*, nisi nominatim id pacto comprehensum esset, ut & confidejussoribus & reo prodesset; quo casu doli exceptio hisce adversus agentem opitularetur, *leg. idem in duobus* 25. §. *ult. leg.* 26. *ff. hoc tit.* arg. *l. in duobus* 28. §. *quod reus* 1. *ff. de jurejurand.* idemque obtinet, si quis in rem suam fidejussisset, veluti pro suo procuratore; vel socius pro socio in re ad societatem spectante; cum horum peculiariter intersit, reum principalem exceptione juvari, *l. sed si* 24. *l.* 25. *ff. h. t. l. si quis* 5. §. 1. *ff. de liberat. legat.* Vinnius *de pactis cap.* 16. *num.* 8. *in fine.* Ex quo fundamento etiam pactum unius correi vel argentarii prodest ceteris correis vel argentariis, si socii sint, *l. sed si fidejussor* 24. *l.* 25. *ff. h. t.* Cum alioquin in pactis æque ac in stipulationibus receptum sit, unumquemque sibi, & non alteri pacisci, *d. l. fidejussores* 23. *ff. h. t.* usque adeo, ut si quis pactus sit, *ne a se neque a Titio petatur,* illud pactum ne profuturum quidem sit Titio, licet paciscenti hæres extiterit, quia quod ab initio inutile erat, ex post facto confirmari nequit, *l. si tibi* 17. §. *si pactus sim* 4. *ff. h. t.* ut tamen filiusfamilias pro suo patre recte paciscatur, *d. l.* 17. §. *ult. l.* 18. *l.* 19. *ff. h. t.* & pater pro suo filio in potestate retento; ita saltem ut doli exceptio filio sit profutura, *l. & hæredi* 21. §. *nos autem* 2. *ff. h. t.* etiam pro filio emancipato, quoties eum pater consideraverit ut futurum sibi hæredem, *l. avus* 33. *ff. h. t.* non item, si ei, non qua hæredi, sed qua extraneo fuisset pactus, licet postea hæres extitisset, *d. l.* 17. §. 4. *ff. h. t.* plura de non paciscendo pro alio, vide apud Vinnium *de pactis cap.* 15. Ceterum supervacuæ videri merito nunc possunt hæ scrupulosæ distinctiones, quatenus nunc quisque alteri stipulari ac pacisci potest, ut dictum, & longa DD. serie docet Groenewegen *ad* §. *alteri* 19. *Instit. de inutilib. stipul.*

13. Personalia pacta appellantur, quæ soli paciscenti prosunt, non hæredibus, multoque minus emtoribus, donatariis, legatariis, aliisque similibus successoribus particularibus, *d. t. l. juris gentium* 7. §. *pactorum* 8. *l. si tibi* 17. §. *si quis* 3. *l. idem in duobus* 25. §. 1. *ff. h. t.* Quibus non contradicit Paulus in *d. l. si tibi* 17. §. *pactum* 5. *ff. h. t.* quamvis enim dicat, pactum venditoris prodesse emptori, non tantum si in rem constituatur, *sed & si in personam conceptum sit;* non tamen inde sequitur, personale pactum venditoris in emtorem quoque valere: eo quod pactum in personam conceptum cum pacto personali haud confundendum; cum possit in personam conceptum esse, non ut personale fiat, sed ut demonstretur, quocum pactum factum sit, *l. juris gentium* 7. §. *pactorum* 8. *ff. h. t.*

14. Sed nec fidejussoribus prosunt hæc personalia, *l. nisi hoc actum* 22. *ff. h. t.* si modo hi ex jure suo renunciaverint ordinis beneficio; id enim si non egerint, ex accidenti ipsis quoque prodesset pactio, dum sibi creditor pacto ademit debitoris principalis excutiendi potestatem; nec tamen fidejussorem efficaciter convenire potest, nisi excusso prius principali debitore; alioquin ordinis exceptione excludendus. Vinnius *de pactis c.* 13. *num.* 4. 5. Nec est, quod quis existimet, creditori per leges liberum non esse, ut pactum de non petendo sic iniret cum debitore, ne illud fidejussori quoque prodesset; quia eo ipso creditor efficeret, ne posset amplius actiones efficaces fidejussori contra principalem cedere debitorem; ad quarum tamen cessionem obstrictus est, antequam solutionem a fidejussore consequatur, arg. *l. Stichum* 95. §. *pen. ff. de solutionib.* Considerandum enim, mandatori quidem per mandatarium actiones ex æquo & bono cedendas esse, licet id ab initio actum non sit; quia sine cessione mandans contra debitorem, cui credi mandavit, non esset habiturus actionem: quippe cum quo neque contraxit, neque quasi contraxit, nec solutione sua debitorem ipso jure liberavit; quippe suum magis, quam debitoris negotium gerens, *l. si quis aliqui* 27. §. *ult. l.* 28. *ff. mandati,* & de hisce mandatoribus ac mandatariis agit. *d. l.* 95. §. *pen.* Fidejussori quoque actiones quidem cedi debere contra confidejussores, opposito ad id cedendarum actionum beneficio; cum sine actionum cessione hic quoque nullum esset contra confidejussores regressum habiturus, *l. fidejussoribus* 17. *ff. de fidejussor.* Non autem imponi necessitatem creditori, ut contra principalem debitorem actiones cedat; quia neque id ab initio actum, & stipulatio inter creditorem ac fidejussorem intercedens stricti juris est, neque hic ulla subest necessitatis ratio, cum fidejussori abunde sine actione consultum sit de indemnitate, dum vel mandati vel negotiorum gestorum actione a debitore principali recuperat solutum, §. *si quid autem* 6. *Instit. de fidejussorib. l. ex mandato* 20. §. 1. *mandati,* Pacius *enantioph. cent.* 1. *n.* 95. Ceterum, quod fidejussori recta via prodesse nequit, ambagibus tamen adhibitis utile esse potest; dum fidejussor a creditore conventus, a principali debitore desiderat, ut ipse vel proprio vel procuratorio nomine judicium suscipiat, atque ita personali exceptione pacti se tueatur, *l. idemque* 10. §. *pen. ff. mandati,* nisi fidejussorem donandi animo intercessisse constaret, vel alio quocunque modo sic obligatum, ut contra debitorem principalem regressu careat, arg. *l. si quis reum* 5. *in pr. ff. de liberat. legata,* Zoe-

nus ad tit. ff. de exceptionibus n. 23. Brunnemannus *ad d. l.* 10. *ff. mandati n.* 15. *& seqq.* Qualem defensionem si reus principalis subire detrectet, est, quod sibi imputet: si a fidejussore, ad solvendum adacto, conventus ad restitutionem soluti, non sentiat effectu inspecto ullam pacti conventi utilitatem. Secus quam obtineret, si non ex legato creditoris, liberationem debitori specialiter legantis, solus debitor principalis tutus esset: tunc enim, si creditoris hæres fidejussorem convenisset, et ab eo quaqua ratione debitum esset consecutus, teneretur actione ex testamento, ne alias inutile sit legatum, pereatque liberalitas ex defuncti voluntate quæsita, *l. heredem* 2. *l. si quis reum* 5. *in pr. ff. de liberat. legat.* Quod si incertum sit, an reale an personale pactum intercesserit; in dubio reale magis illud præsumendum est, cum quisque non sibi tantum, sed et hæredibus contrahere credatur ac pacisci, *l. si pactum* 9. *ff. de probation. l. veteris* 13. *C. de contrah. & commit. stipul. l. stipulatio ista* 38. *ff. de verb. obligat.* arg. *l. juris gentium* 7. §. *pactorum* 8. *ff. h. t.* Lamb. Goris *advers. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 2. *n.* 11. 12. Costalius *ad l.* 7. §. 8. *ff. de pactis*, Menochius *lib.* 4. *præsumt.* 47.

15. Non contemnenda quoque pactorum divisio est in *expressa*, quæ per se satis nota; et *tacita*, quæ ex præsumptionibus et indiciis colliguntur. Qua ratione, invecta & illata supellectile in prædium urbanum, tacita pactione hoc actum creditur, ut pro pensionibus hypothecæ obligata sit, *l. item* 4. *ff. h. t.* vide *tit. in quib. caus. pign. tac. contrah.* & acceptis a debitore in futurum biennii aut alterius temporis usuris, tacita inducitur conventio de sorte toto illo tempore non repetenda, *l. qui in futurum* 57. *ff. h. t. l. palam* 2. §. *non male* 6. *ff. de doli mali & met. except.* Similiter, si hæres vendiderit hæreditatem, licet non obstante ea venditione conveniri possit per creditores hæreditarios, tamen, si illi emtorem inceperint convenire, & is actiones intentatas sponte susceperit, ex eo tacitum pactum nascitur, ne creditores a venditore deinceps petant, *l. post venditionem* 2. *C. h. t.* Groenewegen *ad d. l.* 2. qui tamen cum aliis in eo fallitur, quod putat, pactum illud tacitum non habere locum, si creditor agere inceperit cum emtore quem ignorabat solvendo non esse. Neque enim paupertas alicujus impedimento est, quo minus quis sequatur fidem ejus; nec ignorantia excusat, cum nemo ignarus esse debeat conditioni ejus, quocum contrahit, cujusque fidem ex libera voluntate sine ulla necessitate secutus est, *l. qui cum alio* 19. *ff. de regul. jur.* sic enim, qui, cum posset impetrare separationem bonorum defuncti a bonis heredis, secutus & heredis fidem, quem solvendo esse credebat, amplius separationem petere prohibetur, quia electione sibi præjudicavit, sibique imputare debet, *l.* 1. §. *illud sciendum* 10. 11. *&* §. *si quis pignus* 15. *ff. de separationibus*, suadentque hanc ipsam sententiam ea, quæ de delegatione debitoris inopis, deque actione adversus minus idoneum vendita, alibi traduntur, sufficere scilicet, quod vendens aut delegans debitorem eum præstiterit; de cetero ut locupletem præstaret, non teneri. Non minus in redditione tum pignoris tum chirographi tacita pactio inclusa est: pignore enim reddito, licet non credatur hoc actum, ne principale petatur debitum, nisi aliud probetur; tamen ne res amplius pignori pro debito obligata maneat, videtur conventum, *l. cum ex causa* 9. *C. de remissione pignor. l.* 1. §. 1. *ff. de liberatione legata*, *l. postquam* 3. *ff. h. t.* Ipsa vero cautione, seu chirographo debiti restituto, placuit id videri tacite convenisse, ne debitum petatur, neve pignoris persecutio sit, *l. Labeo* 2. §. 1. junct. *l. si tibi* 17. §. *de pignore* 2. *ff. h. t. l. liberationem* 3. §. *sed & si* 1. & §. *Julianus* 2. *ff. de liberat. legat. l. creditricem* 7. *C. de remiss. pignoris*, *l. qui chirographum* 59. *ff. de legatis* 3. arg. *l. si chirographum* 24. *ff. de probationibus*. Si tamen, debitore chirographum tenente, ac sibi redditum asserente, creditor se illud reddidisse neget, atque adeo nec debitum remisisse; debitori, tanquam id affirmanti, & taciti pacti exceptionem alleganti, probandi onus videtur imponendum, arg. *l.* 1. *ff. de exception. præscr. & præjud. l. asseveratio* 10. *C. de non num. pec.* præcipue cum nemo præsumatur in dubio velle suum jactare. Neostadius *curiæ supr. dec.* 88. vers. *his vicissim.* Quod si plura chirographa eodem de debito conscripta ac creditori data fuerint, uno restituto, non videtur induci pactum de non petendo, cum ex ceteris adhuc debitum constare possit; sic ut debitori incumbat probatio, ea mente unum esse redditum, ut & ceterorum chirographorum vis evanesceret, arg. *l. ult. ff. de his, quæ in testam. delentur*. Cui accedit, quod debiti remissio donationem continet, quæ in dubio haud præsumenda, cum donare sit perdere, & nemo credatur facile suum velle jactare, quoties alteri potest præsumptioni locus esse, arg. *l. filius familias* 7. *ff. de donationibus*, junct. *l. cum de indebito* 25. *ff. de probation.* vid. August. Barbosam *axiomat. juris frequent.* 112. verbo, *jactare*, uti hic longe magis præsumendum est, creditorem tabulam unam suo reddidisse debitori, quod domi penes se aliam retinens intelligeret, abunde se suam inde posse probare intentionem. Vinnius *de pactis cap.* 12. *n.* 13. *in fine*, *& n. seqq.* Sed &, si chirographo uno plures obligatos concipias, chirographi redditio uni facta, eum quidem, at non ceteros pacto liberat; idque non modo ex Romani juris principiis, quibus unus alteri, uti expresse, ita & tacite pacisci nequit, arg. *l. si tibi* 17. §. *si pactus* 4. *ff. h. t.* Vinnius *d. cap.* 12. *num.* 13. *& cap.* 16. *num.* 8. sed & hodierno jure quo etsi quis alteri stipulari, aut pacisci non prohibeatur, ut ante dictum; tamen in dubio non alteri, sed sibi pactus creditur, suumque potius, quam alienum voluisse negotium gerere; maxime, si ejus, cui redditum est chirographum, haud intersit, alteri contingere liberationem.

16. Deduci possunt in pactionem negotia quævis honesta & possibilia; non juri publico contraria, quæve ad publicam spectarent læsionem, *l. juris gentium* 7. §. *si paciscar* 14. *l. jus publicum* 38. *ff. h. t.* dixi *tit. de justit. & jure* non impossibilia, nec stolida atque inepta, veluti pretiosas vestes, ornamenta alia, sepulchro secum inferri, arg. *l. servo alieno* 113. §. *ult. ff. de legatis* 1. *l. ult.* §. *ult. ff. de auro argento &c. legatis.* Nec turpia aut probrosa, in bonos mores incurrentia, aut invitantia ad delinquendum; cum hæc omnia civiliter impossibi-

ipso jure nulla forent, aut rem ipsam afficerent, nisi tale pactum ex usu harum regionum appositum & expressum esset in solemni prædii traditione coram lege loci facienda, aut nisi pactum apponens reservaverit sibi jus aliquod in ipsa re, veluti directi dominii, dum in emphyteusim concedit, Annæus Robertus *rer. judicat. lib.* 3. *cap.* 14. sed quod vel ad id, quod interest, vel ad pœnam, (si quæ conventioni adjecta sit) personalis actio paciscenti danda foret, *d. l. ult. C. de pactis inter emt. & vend. d. l.* 122. *§.* 3. *& l. si ita quis* 135. *§. pen. ff. de verbor. oblig.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 16. *n.* 5. 6. Joh. a Sande *de proibita alienatione part.* 4. seu *ult. cap.* 1. Louet *en ses arrests lit. S. art. des substitutions contractuelles.*

21. Improbata denique videntur pacta matrimoniorum libertati contraria, veluti cum duo inter se paciscuntur, ut uter prior matrimonium iniverit, alteri det certam pecuniæ quantitatem; cum matrimonia debeant esse libera, ac contra honestatem & mores sit, ea vinculo pœnæ constringi, *l. Titia* 134. *ff. de verbor. obligat. l. libera* 2. *C. de inutil. stipulat.* etiamsi additum non fuerit, pœnæ nomine id ipsum præstari; cum in omnem eventum promissio dandi, respectu ejus, qui nuptias contraxerit, in pœnam resolvatur, & non nisi verborum conceptione a pœna distet, imo pœnalis conditio sit, si finem, scopum & intentionem paciscentium spectes, ex quorum mente dijudicandum, an conditio an pœna sit, arg. *l. ult. ff. de his; quæ pœnæ caus. relinq.* Nec refragatur, quod donari, quod legari, quod institutio fieri possit sub conditione viduitatis, *novell.* 22. *cap. quæ vero nunc* 43. de quo nos latius *tit. de condition. institutionum*, neque enim isthac ratione matrimonia pœnæ aut damni comminatione impedita videri possunt; sed potius legati institutionisve præmio ad viduitatem quis invitari. Et ut aliud est, eligendi matrimonii pœnæ metu libertatem auferri, aliud, ad matrimonium certa lege invitari, *l. Ditio centum* 71. *§. Titio centum* 1. *ff. de condit. & demonstrat.* ita quoque aliud, pœnæ metu a matrimonio absterreri, aliud liberalitate ad continentiam & matrimonii neglectum moveri. Vide resp. JCtor. *Holl. part.* 5. *cons.* 23.

22. Porro, ut quisque sibi, non alteri, paciscendo prodest, secundum ante dicta, ita sibi quoque soli, non aliis nocet: ne illis quidem in casibus, quibus vel Romano vel hodierno jure posset aliis prodesse; eo quod naturali rationi conveniens est, conditionem quidem nostram per alios meliorem fieri, non vero deteriorem, & suum cuique factum pactumque, non alteri nocere, *l. non debet* 74. *ff. de regul. juris*, *l. si unius* 27. *§. pacta, quæ* 4. *in fin. ff. h. t. l. debitorum* 25. *C. h. t.* Hinc licet principalis debitoris pacto de non petendo liberetur quoque fidejussor ejus; tamen si debitor rursus deinde paciscatur cum creditore, *ut petere liceat*, posteriore pactione solus debitor, non item fidejussor obstrictus erit, *l. ult. ff. h. t.* nec huic obloquitur Paulus in *l. si unus* 27. *§. pactus* 2. *ff. h. t.* utpote cujus non alia est sententia, quam quod, qua ratione debitor posteriore pacto, *ut petatur*, efficere poterat, ne prius pactum *de non petendo* interpositum firmitatem retineret, eadem quoque ratione fidejussores, qui pacti erant de non petendo, facere possint posteriore pacto, ne sibi suum prius pactum prosit. Nisi enim sic Pauli verba acceperis, non eadem, sed diversissima ratio esset, qua quis sibi, & qua alteri paciscendo noceret.

23. Usque adeo autem verum est, alterum alteri paciscendo nocere haud posse, ut nec aliud regulariter statuendum sit, cum de pacto majoris partis creditorum, debiti portionem remittente, quæstio est cum enim id, quod omnes & singulos concernit ut singulos, a singulis quoque probandum sit, arg. *l. per fundum* 11. *ff. de servitut. præd. rustic.* & hic de rei seu juris cuique privatim competentis amissione quæstio sit, ac quisque rei suæ, nullus vero alienæ moderator ac arbiter credatur, indeque suo quidem, non alterius juri renunciare possit, & de suo, non alieno liberalis esse, cavendum denique ante omnia, ne conventio in alia re facta, vel cum alia persona, in alia re, aliave persona noceat, *d. l. unus* 27. *§.* 4. *in fine ff. h. t.* iniquum esset, ut quam debiti quantitatem major creditorum pars, sive commiserationis, sive affectionis ratione permota, remisisset, eandem minor quoque reluctans crederetur remisisse. *Placitum Caroli V.* 10. *Maji* 1554. *art.* 35. Jacobus Coren *consil.* 8. Groenewegen *ad l.* 8. *de pactis.* Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 218. & *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 166. *post med.* Henr. Kinschot *de rescript. gratiæ tract.* 4. *de solut. induc. cap.* 8. *n.* 5. quibus consequens fuit ut, si tutor pupilli obærati nomine cum plerisque pupilli creditoribus in partem pactus fuerit, non teneatur eadem parte ipse contentus esse, ne officium necessarium ei damnosum sit; dum forte ipse alio (quod ajunt) loco positus, rogantibus tutoribus noluisset portione tali cum iis decidere. Groenewegen *ad l. cum hæreditas* 59. *ff. de admin. & peric. tutor.* Zelandis tamen placuit, ut, quoties debitor sine dolo suo mole æris alieni pressus fuerit, liceat ei cum creditoribus suis in partem ita pacisci, ut, si tres partes quartæ creditorum, quibus duæ partes tertiæ æris alieni debentur, vel duæ partes tertiæ creditorum, quibus tres partes quartæ debentur consentiant, hæc eo usque prævalens pars major creditorum & crediti ad se trahat minorem, & ab omnibus, modo legitimo vocatis, remissa censeatur debiti pars, pœnis tamen in colludentes statutis, *placit. Ordin. Zeland.* 11. *Dec.* 1649. *vol.* 1. *placit. pag.* 407. *& seqq.*

24. Quod si defuncto debitore, hæres adire hæreditatem detrectet, nisi remissa quadam debiti parte, si quidem pars major in certæ quantitatis remissionem consenserit, minor pars sequi debebit partis majoris consensum. Nisi enim hoc casu pars major ad se traheret partem minorem, esset in potestate pauciorum, quorum minus interest, pluribus, quorum magis interest, nocere, in quantum hærede hæreditatem repudiante, ipsa pars major defraudaretur potestate conveniendi debitorem suum, propter pauciorum imprudentem sæpe dissensum, quibus hæres in solidum obstringendus ab aditione absterreretur. Cum ex adverso in casu præcedente nullum majori partis minoris dissensum inferatur præjudicium. Nec probabilem hic nobis objeceris collusionis aut temerariæ remissionis suspicionem; tum quia nemo præsumendus est velle jactare suum; tum quia quisque bonus & extra fraudem collusionis censendus est, donec contrarium probatum fuerit; neque facile credendum, majorem partem sine suo commodo in pauciorum necem col-

lusuram: cumque aut parti minori per majorem, aut majori per minorem læsio inferenda esset, (licet a majore parte læsio magis abesse præsumatur, ut dictum) satius adhuc fuerit, voluntate majoris partis lædi partem minorem, quam contra. Et de hoc casu tractat *l. juris gentium* 7. *§. ante aditam* 17. *& seqq. & l.* 8. *l.* 9. 10. *ff. h. t.* Matth. de Afflictis *decis.* 228. Costalius *ad d. ll.* Jacobus Coren *d. consil.* 8. Ant. Matthæus *de actionibus libr.* 1. *cap.* 7. *n.* 2. responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 165. *in med.* & *part.* 1. *consil.* 218.

25. Positis vero hisce de hæreditate adhuc adeunda terminis, non dubium videtur, quin & tutor pupilli nomine hæsitans, an ob æris alieni molem hæreditas pupillo delata adeunda esset, nec ne, eaque de causa cum majore creditorum parte in partem debiti paciscens, eadem parte teneatur contentus esse; tum quia hoc casu minori parti dissentienti præjudicavit, adeoque & sibi, si maxime dissentire vellet; tum quia non æquum, ut, qui alios invitos ob majorem creditorum partem consentientem ad portionem vocaverat, eadem non esset parte contentus, & jus aliud in aliis, quam in se ipso statueret, *l. cum hæreditas* 59. *ff. de administr. & peric. tut. l. cum in eo* 44. *ff. h. t.*

26. Nec est, quod quis existimet cum Henr. Kinschot *de rescript. gratiæ tract.* 4. *de solut. induciis cap.* 8. *n.* 5. *in med.* jure novo Justinianeo, hodieque, ex quo hæres inventario confecto sine damni metu hæreditatem adire potest, cessare in hærede dispositionem *d. l.* 7. *§.* 17. *& seqq. & l.* 8. 9. 10. *ff. h. t.* nec amplius remissionem partis, in præjudicium dissentientium minore numero, fieri posse. Quamvis enim hæres quidem ex inventario extra damnum hæreat; non tamen ideo creditores, qui distractis rebus hæreditariis viliori forte pretio tunc venalibus, & majore sumtu sequestrandis tractandisque, longe minus consecuturi essent, quam si hæredi ipsi distractionem tempestivam seliquamque curationem sine ullo impendio graviore permittant. Sic ut creditorum intuitu etiamnum militet eadem ratio; neque æquum sit, a paucioribus dissidentibus, quorum minus interest, & intempestivum rigorem duritiemque exercentibus, dependere, ut minus consequantur reliqui majoris quantitatis creditores. Quo pertinet Præfatio *d. placiti Ordin. Zeland.* 11. *Decemb.* 1649. & ipsa Kinschoti exceptio, tunc nostram sententiam admittentis *d. loco*, cum ob temporum difficultates immobilia vilissimi sunt pretii; quæ ratio in mobilibus, maxime mercatorum rebus venalibus, sui pretium quotidie variantibus, æque militat. Ne dicam, hæredes non raro, præcipue liberos, ut defuncti consulant honori, etiam suo cum detrimento hæreditatem adituros, si modico damno suo possint cum creditoribus de debito decidere, ne bonis defuncti nomine venditis, ipse ignominiam post sua fata incurrat, arg. *§.* 1. *Insti.. quib. ex causat. manum. non licet.*

27. Quæ de herede aditionem detrectante, si non pars debiti remittatur, dicta hactenus, ea rationis similitudine extensa quoque per interpretes ad eos, qui ob æs alienum fugitivi atque latitantes, indeque conventu difficiles, sui copiam facere & se sistere detrectant, nisi vocatis in partem creditoribus, neque bona ipsorum, quæ majoris momenti essent uspiam, apparent, Jacobus Coren, *dict. consil.* 8. *n.* 24. *& seqq.* Matth. de Afflictis *decis.* 289. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 45. *n.* 6. respon. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 1. *cons.* 166. *in med.*

28. Cum autem pactio in partem contineat remissionem debiti, neque remittentibus jura & actiones suas iterum concedi debeat ad eas regressus, *l. queritur* 15. *§. si negaverint* 5. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* arg. *l.* 1. *§. qui semel* 6. *ff. de success. edicto*, improbata denique sit benefactorum & commiserationis pœnitentia: rectius dixerimus, conveniri deinceps amplius non posse debitorem in id, quod remissum est, etiamsi ad lautiorem fortunam redierit, ut ut haud negandum sit, quin æquitatis ratio cum auctis opibus ad id sponte deberet movere, Mollerus *Semestr. libr.* 4. *cap.* 6. *n. ult.* Brunnemannus *ad l.* 8. *&* 10. *ff. h. t. num.* 16. 17. Et ex eo fundamento est, quod creditoribus in partem debiti cum debitore paciscentibus, ne in fidejussorem quidem debitoris ultra eam partem actio danda est, velut extincta hactenus obligatione principali, nisi creditor is esset, qui minori parti sese junxerat, atque ita dissenserat, aut absens fuerat; quo casu cum non possit dici naturaliter consensisse in remissionem, sed tantum quadam interpretatione fingitur assensus, idque in debitoris & creditorum reliquorum favorem, non item fidejussoris; ratio nulla subest, cur ei in solidum contra fidejussorem actio haud foret indulgenda. Ut tamen vel ex post facto consensisse censeatur, si hæredum in eam partem convenerit, quæ vi pacti in debito remansit. Neque ea res debitori fraudi esse potest, cum is a fidejussoribus in solidum conventus, nihil ultra partem, in quam pactum cum majore parte conceptum est, eis sit restituturus. Quem puto sensum esse *l. si præcedente* 58. *§.* 1. *ff. mandati*, Berlichius *aurear. dec. par.* 2. *dec.* 255. *num.* 15. 16. 17. Straccha *de decoctoribus p.* 6. *n.* 15. Brunnemannus *ad d. l.* 8. *&* 10. *ff. h. t. n.* 18.

29. Major autem pars debitorum in hac pactione non ex numero personarum, sed mole debiti æstimanda est, *l. majorem* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* neque etiam alia hic veniunt debita consideranda, quam quæ invito creditore possent ex majore creditorum consensu diminui, quæque ejusdem sunt naturæ, ut ex sola debiti mole pars major ad se trahat minorem: atque adeo hypothecariorum creditorum voluntas haud exploranda; eo quod his jus hypothecæ non potuit simplicium chirographariorum conventione tolli, *d. l. si præcedente* 58. *§.* 1. *ff. mandati*, *l. rescriptum* 10. *ff. h. t.* Henr. Kinschot *de rescript. gratiæ tract.* 4. *cap.* 8. *num.* 4. Ant. Matthæus *paræm.* 7. *n.* 16. Brunnemannus *ad d. l.* 8. *&* 10. *ff. h. t. n.* 8. *& seqq.* De chirographariis tamen privilegiatis an idem dicendum sit, dubium redditur contrariis Ulpiani & Pauli responsis, quorum ille censet, omnibus hypothecam non habentibus pactum majoris partis nocere, adeoque & chirographariis privilegiatis; & ipsi fisco in causis illis, quibus ei solum sine pignore privilegium quæsitum est, *d. l. rescriptum* 10. *ff. h. t.* hic contra iniquum ait, ipsis adimi privilegium, æque ac injustum foret pignus tolli, *d. l. si præcedente* 58. *§.* 1. *ff. mandati.* Cujacius Paulum ex ratione juris, Ulpianum vero ex rescripto D. Pii, quæstionem decidere arbitratur, nec novum esse, ut re-

scripta rationi juris adversentur. Cujacius *ad d. l.* 10. *ff. h. t.* quod hoc certe in casu haud improbabile, ubi Principes principaliter de suo seu fisci jure remittebant, & ea occasione simul privilegiatos creditores addit, quos noluit tunc melioris esse conditionis, quam fiscum. Aliter Pacius *enant.* 1. *n.* 89. Vinnius *de pactis cap.* 17. *num.* 6. & 8. Pauli sane sententiam, velut rationi magis congruam, amplexi Zelandiæ Ordines placito suo 11. *Dec.* 1649. *art.* 3. *vol.* 1. *placit. pag.* 409. neque enim æquum erat, ut majore numero consentientes duriorem aliis inferrent conditionem, quam sibi, aut ut sua voluntate alios suis privarent beneficiis & prærogativis a lege datis. Adde Berlichium *part.* 2. *decis.* 236. 237. 241. 242.

30. Illud ex usu hodierno dubio caret, creditori, cui res mobiles tantum hypothecæ obligatæ sunt, sic ut iis creditor non incumbat, easve possideat, æque præjudicari per pactum majoris partis, ac quibusvis aliis chirographariis simplicibus minore numero dissentientibus; eo quod effectu juris tales inter se haud distant; nec mobilia sequelam habent, Ant. Matthæus *paræmia* 7. *numer.* 16.

TITULUS XV.

De Transactionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit transactio? An pactum, an contractus? fit pure vel sub conditione, in, & extra judicium. An probetur, si instrumento scriptum sit, transactum esse, nec expressum, quid utrimque datum aut promissum vel retentum sit?*
2. *An recte transigant tutores, syndici, administratores civitatis, magistri collegiorum? & an decreto opus, si de immobilibus transigant tutores?*
3. *An procurator?*
4. *An pater de bonis filii? & an sine decreto?*
5. *An hodie maritus de bonis uxoris?*
6. *An unus ex consortibus ejusdem litis, invitis reliquis, pendente lite?*
7. *An, & quo usque vasallus de feudo?*
8. *An fiduciarius de rebus sub conditione restituendis, in præjudicium fideicommissarii?*
9. *Quid juris, si fiduciarius cum fideicommissario transigat de dubio fideicommisso, & an heredes transigentium transactioni isti stare debeant?*
10. *Transigitur de rebus dubiis; etiam de status quæstionibus, libertate, ingenuitate, jure familiæ.*
11. *An post rem judicatam, aut pendente lite de in integrum restitutione? & quid moribus?*
12. *An de relictis ultima voluntate transigi possit, non inspectis tabulis testamenti? illustratur* l. 16. ff. de condit. & demonstr.
13. *An inspectioni huic renunciari possit? quid si aliunde certi sint transigentes de defuncti voluntate? quid, si nuncupativum sit testamentum? an gratis pacisci ante inspectionem?*
14. *An de alimentis præteritis aut futuris ex contractu vel testamento debitis? an gratis pacisci de iis? quid moribus? quid sub alimentis in transactione contineatur?*
15. *An de matrimonialibus causis ac sponsalibus?*
16. *An, & quatenus de futuris vel præteritis delictis transigere licitum fuerit?*
17. *De publicis criminibus non capitalibus transigere non licet, excepto crimine falsi.*
18. *De capitalibus pœnam sanguinis irrogantibus transigere licet, excepto adulterio. An in adulterio olim quilibet accusare potuerint? an tempore* l. 18. C. h. t. *capitale fuerit hoc crimen? an gratis licuerit de eo pacisci?*
19. *Transactio de capitalibus non reo tantum, sed & actori licita est, & utrique tam ante, quam post litem contestatam.*
20. *Moribus privatis de quibusvis criminibus recte transigunt, sed non impediunt publicam accusationem. De quibus criminibus accusantes officii ratione transigere possint? an reus cum his, aut cum privatis transigens infamis sit, aut pro confesso vel convicto habendus?*
21. *Quis effectus transactionis? strictam recipit interpretationem, nec egreditur rem, de qua transactum; quod exemplis docetur. An renunciasse videatur fideicommisso conditionali, si mutuo fideicommisso gravanti inter se hereditatem dividant, & promittant, se adversus divisionem non venturos, & quid juris, si fideicommissum purum fuerit tempore divisionis?*
22. *Transactio non nocet aliis quam transigentibus, per unum coheredem facta non obest ceteris, inter testamentarium & legitimum heredem facta non obest legatariis, nec creditoribus, quo minus illi ab altero solidum petant, prout probaverint testamentum valere, aut infirmum esse. Recte tamen etiam contra singulos agunt pro parte, quæ singulis cessit ex transactione; conciliatur* l. 3. cum l. 14. ff. h. t.
23. *Transactio non rescinditur ob instrumenta noviter reperta; nec, si doceatur, nullam fuisse causam transigendi. Ob dolum tamen, aut manifestam calumniam, aut suppressa instrumenta, vel falsa.*
24. *An propter enormem læsionem?*

1. TRansactio est super re dubia aut lite incerta conventio non gratuita, aliquo dato, retento, vel promisso, *l. transactio* 38. *C. h. t.* Et quemadmodum donatio pacto perfici potest, vel stipulatione, vel denique traditione; ita quoque sese res habet in transactione, quæ proinde pactis quandoque annumeranda, si nudo consensu fiat, quandoque stipulationi, si intervenerit verborum solemnitas, aliquando contractibus innominatis, si datione vel facto confirmatum sit, quod fuerat simplici de re dubia conventione decisum, *l. actione* 4. *l. cum mota* 6. *l. ut responsum* 15. *l. cum proponas* 17. *C. h. t.* Quamvis ob litium sopitarum favorem a tali contractu innominato recedere ex pœnitentia non liceat, *l. quamvis C. h. t.* arg. *l. in summa* 65. §. 1. *ff. de condict. indeb.* cum causas semel transactionibus legitimis finitas ne imperiali quidem rescripto oporteat resuscitari, *l. causas* 16. *C. h. t.* Potest autem vel pure fieri, vel sub conditione, *l. si super* 9. *C. h. t.* Nec refert, in judicio & apud acta interponatur, an extra judicium; scriptura interveniente, an sine scripto, si modo probationem habeat, *l. sive apud* 28. *C. h. t.* arg. *l. in re* 4. *in fine ff. de fide instrum.* Ut tamen sufficiens non videatur transactionis probatio, si instrumento, licet publico,

scriptum inveniatur, transactum esse, si de cetero expressum non sit, quid & quantum utrimque datum, retentum, vel promissum sit: eo quod inutilis est transactio omnis, in qua non aliquid datum, retentum, promissumve probatur, *l. transactio* 38. *C. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 71. *num.* 3. *& seqq.*

2. Transigere possunt omnes non prohibiti, adeoque etiam tutores, syndici, administratores civitatum, magistri societatum, aliique similes, pro pupillis, civitatibus ac societatibus; si modo jus liquidum haud ambitiose remittant; eo quod hi omnes constituti sunt, non ut pupillorum civitatumque bona perdant, ac dissipent, aut gratia sua noceant, sed magis, ut utilitatem procurent, *l. Lucius* 46. *§. ult. ff. de admin. & peric. tut. l. non omni* 16. *Cod. eod. l. ambitiosa* 4. *ff. de decret. ab ordine faciendis, l. item magistri* 14. *de pactis, l. praeses* 12. *C. h. t. l. si pignore* 54. *§. ult. l. interdum* 56. *§. qui tutelam* 4. *ff. de furtis*, Tyraquellus *ad l. si unquam* 8. *C. de revoc. donat. in verbis*, donatione largitus, *num.* 196. Montanus *de tutelis cap.* 53. *num.* 239. *& multis seqq. & num.* 289. 290. 291. Vinnius *de transactionibus cap.* 3. *num.* 7. 8. 9. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 201. Licet enim defensori municipum, vel cujusvis corporis permissum non sit jusjurandum deferre, nisi super hoc mandatum habeat, *l. jusjurandum* 34. *§. defensor* 1. *ff. de jurejurand.* tamen inde impedita videri non potest transigendi licentia in causa dubia: cum enim ex jurisjurandi delatione immineat juris totius amissio, si adversarius delatum praestet; ex transactione vero semper aliquid transigenti supersit; non mirum, facilius transactionem, quam jurisjurandi deferendi potestatem defensori legibus fuisse permissam. Ne dicam, defensore excepto, nec tutores nec curatores aliosque similes jurisjurandi delationem dubils in pupillorum causis facere prohiberi, *l. jusjurandum* 17. *§. si tutor* 2. *l. tutor* 35. *pr. ff. de jurejur.* Si tamen de re immobili minorum aliorumque similium, vel de re mobili tali, quae sine decreto nequit alienari, quaestio sit; toties ad transactionem decreto opus erit, quoties tutor vi transactionis vel rem litigiosam immobilem, quam tenebat, cedit adversario, aliquo vicissim accepto; vel rem immobilem pupilli non litigiosam dat adversario, ut is a lite super re alia discedat, *l. non solum* 4. *C. de praed. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand.* Aliter, quam obtineret, si id transactione ageretur, ut res immobilis litigiosa non per pupillum, sed ejus adversarium possessa sit, & tunc ex transactione penes eundem possessorem remaneat; eo quod priori in casu res immobilis non alienatur; & posteriore non potest videri alienata, cum in dubio pro possidentis dominio praesumatur, Montanus *de tutelis cap.* 53. *num.* 239. *& mult. seqq.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 14. *n.* 15. Menochius *de arbitr. jud. libr.* 2. *casu* 171. *numer.* 74. Sande *de probib. alien. part.* 1. *cap.* 1. *§.* 3. *num.* 26. 27. 28. Pinellus *part.* 3. *l.* 1. *C. de bonis maternis, num.* 45. Brunnemannus *ad l.* 3. *& ll. seqq. C. de praediis & aliis reb. minor. num.* 9. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 4. *num.* 7. Confer Andr. Gayl *libr.* 2. *observ.* 72. Argentraeum *ad consuet. Brit. art.* 482. *gloss.* 2.

3. Procuratorem quod attinet, non aliter is recte transigit, quam si vel speciale ad id mandatum habeat, vel in rem suam constitutus, vel generali mandato cum libera administratione instructus sit: nam & jusjurandum per tales jure deferri constat, *l. jusjurandum* 17. *§. ult. ff. de jurejur.* junct. *l.* 2. *ff. eod. tit.* alius vero procurator, sive ad agendum datus sit, sive generali mandato sine libera administratione constitutus, si transegerit, rata non foret habenda transactio, *l. transactionis placitum* 7. *C. h. t. l. mandato generali* 60. *ff. de procurator.* arg. *l. alias autem* 18. *de jurejurando*, Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 7. Bronchorst *enantiop. cent.* 1. *assert.* 51. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 3. 4. 5. 6. Et his procuratoribus generalibus, libera administratione carentibus, annumerandi procuratores Caesaris, de quibus *l.* 1. *§.* 1. *ff. de off. procurat. Caesar. l. nulli* 13. *ff. h. t.*

4. Pater quoque, licet de rebus sui filii emancipati sine ipsius consensu transigendo nullum filio generet praejudicium, *l. de re* 10. *ff. h. t.* idemque de filiifamilias castrensi vel quasi castrensi peculio juris sit, quippe quorum intuitu pro patrefamilias habetur, arg. *l. Imperatores* 3. *in pr. ff. h. t.* junct. *l. usque* 2. *ff. de Senatusc. Maced.* de bonis tamen adventitiis sui filiifamilias recte transigit, consentiente filio, si praesens & major sit, arg. *l. ult. §. ubi autem* 3. *&* 4. *C. de bon. quae liberis*. Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 7. *def.* 4. Vinnius *de transaction. cap.* 3. *num.* 11. Nec decreto opus, si de immobilibus adventitiis quaestio sit; tum quia id nuspiam leges requirunt; tum quia olim de adventitiis, ut de propriis, liberam disponendi facultatem habuit; ac denique diversa patris, cujus consilium liberis optimum creditur, quam tutorum ratio sit, Vinnius *d. loco*.

5. Cum vero maritus uxoris tutor sit, & laxiorem, quam tutores, imo in plerisque aequalem cum patre, liberos in potestate habente, auctoritatem habeat, in quantum neque cautiones interponere, neque rationes reddere tenetur; a quibus & pater adventitii peculii intuitu immunis erat, *d. l. ult. §. sin autem* 4. *C. de bon. quae liberis*; hinc dubium, an de rebus uxoris, praesertim immobilibus, possit transigere? Decreto quidem haud opus esse, verius est, ac in Hollandia nec uxoris consensus requiritur, eo quod hic tam ampla maritalis potestas est, ut & invita muliere res ejus maritus suo possit arbitratu alienare. Cui consequens est, ut longe magis in casu dubio transigendi facultas ipsi tribuenda sit. Illis vero in locis, in quibus marito alienandae rei uxoriae potestas sine uxoris voluntate denegata est, velut Ultrajecti id in marito improbe receptum, sub alienatione prohibita etiam transactionem contineri, crudius assertum invenio a Rodenburgio *tract. de jure conjug. tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 16. cum rectius eandem, quam supra in tutoribus distinctionem adhibui, huc quoque traduxeris: ut, si quidem res immobilis vi transactionis non recedat ab uxoris dominio, sed tantum pecuniae quantitas adversario detur, quo a lite discedatur, ac redimatur adversarii vexa, consensu uxoris opus non sit; cum verum sit nihil immobile in alium isthac ratione transferri. Sin ex adverso id agatur, ut res immobilis adver-

sario cedatur, accepta pecuniæ certæ quantitate, tum demum consensus quoque mulieris in transigendo exquiratur; cum tum demum vere rei immobilis alienatio contingat. Frustra certe in contrarium adducitur *l.* 1. *§. at si transegit* 9. *ff. si quid in fraudem patroni*, quippe quæ de transactione liberti in fraudem patroni, adeoque animo doloso facta, tractat; cum alienatio inter vivos bona fide facta per libertum rata maneat, *l.* 1. *§.* 1. *ff. d. tit.* & præterea non immobilia tantum, sed & mobilia, libertus in fraudem patroni alienare sit prohibitus: ut longe alia in nostra quæstione ratio sit.

6. Quod si plures ejusdem litis consortes simul litem contestati fuerint, pendente ea, transactionem ceteris invitis aut ignorantibus per unum sociorum fieri posse, negat Berlichius *decis.* 132. Sed nulla probabili ratione ductus: socium namque invitis ceteris de sua parte pro arbitrio statuere posse, sive alienando in extraneos, sive oppignorando, liberumque suæ partis habere moderamen manifestum est ex *l. dudum* 14. *C. de contrab. emtione*, *l. falso* 3. *C. de commun. rer. alienat. l. juris gentium* 7. *§. adeo autem* 6. *in fine ff. de pactis*, *l.* 1. *C. communi divid.* ut multo magis transactione interveniente, tanquam favorabili, & litibus sopiendis inserviente, id videri debeat licere. Nec recte præsidium in eo quæritur, quod judicio quasi contrahatur, a quo quasi contractu invito altero alterum recedere jura haud paterentur, *l. licet* 3. *§. idem scribit* 11. *ff. de peculio*, junct. *l. sicut* 5. *C. de oblig. & action.* licet enim inter actorem reumque judicio quasi contrahi facile concesserim; de quo & *d. l.* 3. *§.* 11. tamen inter plures litis ejusdem consortes, litem simul contestantes, non magis quasi contractum jura fingunt, quam inter confidejussores plures, simul pro eodem debitore apud eundem intercedentes creditorem. Ineptissime vero pro sententia adversa captantur verba *l. alienationes enim* 13. *ff. familiæ erciscundæ* dictantia, *interdictas esse post judicium acceptum alienationes;* cum non aliud hisce voluerit Papinianus, quam quod, pendente familiæ erciscundæ vel communi dividundo judicio inter cohæredes consortesve, nullus horum invitis ceteris in extraneum suam possit partem transferre, convenienter *legi primæ C. communi divid.* Quale divisorium judicium cum non sit, ubi plures simul ex uno latere adversus alios in lite subsistunt; regulæ standum, qua quisque suæ partis alienandæ gaudet potestate.

7. De vasallo, an sine domini directi consensu de re feudali recte transigat, quæstio est. Illum id posse bona fide, docent consuetudines feudales *libr.* 2. *tit.* 26. *§.* 5. vers. *si vasallus de beneficio*, & *tit.* 43. adeo ut, feudo postmodum aperto, dominus ratam habere teneatur talem transactionem, *d. ll.* Quod non tantum nunc verum est, cum feudum ex transactione penes vasallum possessorem manet; sed & cum, accepta pecunia, is, qui hactenus feudum possedit, id suo concedit adversario: non enim alioquin recte feudista dixisset, *id, quod vasallus transactionis nomine accepisset, feudum non fore*, *d. libr.* 2. *tit.* 26. *§.* 5. vers. *si vasallus de beneficio*, absurdum quippe fuerit, ut de secundo transigens simul & secundum retineret, & præter feudum transactionis nomine aliud insuper a suo caperet adversario. Peregrinus *de fideicommissis art.* 52. *num.* 83. Rosenthal *synopsi feudali cap.* 9. *conclus.* 21. *numer.* 2. 3. *& seqq.* Schraderus *de feudis part.* 8. *cap.* 1. *num.* 44. Vinnius *de transaction. cap.* 3. *num. ult.* licet frequentius antiquioribus placuerit interpretibus, vasallum sine domini consensu non posse de feudo sic transigere, ut illud ab eo recedat, Jul. Clarus *§. feudum, quæst.* 38. Rittershusius *de feudis libr.* 2. *cap.* 2. *nu.* 17. illud sane expeditum arbitror, vasallum cum extraneo transigentem efficere non posse, ut res penes eum, apud quem ex transactione constituitur, non ut feudalis, sed ut allodialis & libera habeatur: cum eo modo non principaliter de suo, sed domini directi jure, directo scilicet dominio, esset transacturus: sed magis necesse, ut salvo directo dominio, de solo utili, adeoque jure suo proprio dubio, vasallus aliquo dato, retento, vel accepto cum adversario decidat: quo casu non adeo multum interest, quem dominus directus sibi vasallum habeat, Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 7.

8. Similis fere de fiduciario hærede dubitatio est, an super rebus ex fideicommisso restituendis, pendente fideicommissi conditione, sic possit transigere sine consensu fideicommissarii, ut ipsi fideicommissario post conditionis existentiam factamque restitutionem transactio illa esset nocitura? Quod quidem rationi juris videtur conveniens; si modo jus plane dubium fuerit, nec mala fides fiduciarii aut juris manifesti remissio appareat. Si enim id liceat tutoribus, curatoribus, aliisque rerum alienarum administratoribus, ut dominis noceant, juxta ante dicta; multo magis licere debet fiduciario, quippe non administratori tantum in alienam utilitatem, sed & in propriam fructuum intuitu, imo interim domino rerum hæreditariarum, ac forte etiam in perpetuum mansuro, si conditio fideicommissi deficiat, aut persona fideicommisso honorata. Neque obscure hæc sententia colligi potest ex *l. ult. ff. h. t.* in qua, dum dicitur, transactionem post restitutionem hæreditatis inter debitorem hæreditarium ac fiduciarium hæredem interpositam non nocere fideicommissario, nisi debitor restitutionis factæ ignarus fuerit; satis innuitur a contrario, nondum restitutione facta transactionem bona fide interpositam ratam fore. Eo modo, quo & lis ante restitutionem fiduciario mota nocet fideicommissario, non item ea, quæ post restitutionem demum cœpta est, *l. si patroni* 55. *§. ult.* junct. *l. facta* 63. *§. si hæres* 2. *ff. ad SCons. Trebell.* Nec minus id evincit a compromisso desumtum argumentum, quippe cui per fiduciarium facto dum stare tenetur fideicommissarius, *l. cum hæreditas* 36. *ff. ad SCons. Trebell.* ratio non est, cur non & transactionem haberet ratam. Maxime, cum facilius transactio, quam compromissum sustineatur, arg. *l. fratris* 10. *C. h. t.* junct. *l. non distinguemus* 32. *§. de liberali* 7. *ff. de receptis*. Et quamvis verum sit, rem inter alios actam aliis plerumque haud nocere, *l. sæpe* 63. *ff. de re judic. l. Imperatores* 3. *ff. h. t.* quia tamen pendente fideicommissi conditione incertum est, an unquam ad fideicommissarium ex causa fideicommissi quid perventurum sit, dum hic ante fiduciarium mori, aut alia ratione deficere potest; frustra videretur exquiri ac adhiberi in transactione consensus ejus, qui non nisi lubrica ac incerta acquirendi fideicommissi spe interim se alit. Multoque magis id obtinebit, ut non certæ personæ, sed generaliter iis

qui tempore existentis diei vel conditionis proximiores futuri sunt, relictum invenitur fideicommissum. Atque ita in aliis quoque juris partibus videmus, illos, qui jus in re habent, licet temporarium, aliis potuisse suo facto nocere, itidem jus in re, etiam praesens, habentibus. Creditor certe hypothecarius, cui per unum dominorum pars fundi pro indiviso pignori data est, si ab alio ad divisionem provocatus sit, licitatione bona fide vincere potest alterum vilius licitantem, aut vinci, adeoque vel totius fundi dominium debitori etiam invito acquiret, aut partem debitoris eodem repugnante in alterum partis alterius dominum est translaturus; etiamsi voluntarius actus sit, licitatione vincere vel vinci, ac non multum a transactione distet, *l. communi dividundo* 7. *si debitor.* 13. *ff. communi divid.* Ut ergo creditor debitori, licet domino, ad quem res soluto debito reversura est, nocere potest, ita non video, cur non pari & majori ratione fiduciarius bona fide transigendo posset fideicommissario jus facere. Accedit his, quod pendente fideicommissi conditione factae a fiduciario in rem fideicommissariam bona fide impensae per fideicommissarium ratae habendae sunt, ac fiduciario restituendae, *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars* 1. *ff. de condict. indeb.* uti & creditoribus factae promissiones, & solutiones, sic ut alienari quoque possint haereditariae res, fideicommisso non obstante, ad alieni aeris solutionem, *l. filiusfam.* 114. §. *Divi* 14. *ff. de legat.* 1. *l. cum haereditas* 36. *ff. ad SCons. Trebell.* quodque solus fiduciarius, & nullo modo fideicommissarius, pendente fideicommissi conditione, adeoque ante restitutionem, de negotiis haereditariis agere in judicio ac conveniri potest, ac denunciationes, quae per viduam gravidam post mariti obitum fiunt illis, quorum interest, solis fiduciariis, non item fideicommissariis, faciendae sunt; quamvis fideicommissariorum intersit, non nasci aut substitui partum, haereditatem fiduciariis pariter ac fideicommissariis interversurum, *l.* 1. §. *denunciari* 14. *ff. de ventre inspic.* denique etiam in fiduciarium lata sententia fideicommissario nocitura est; nisi culpa fiduciarii condemnatio intervenisset, arg. *l. ex contractu* 44. *ff. de re judic.* sive de re singulari, sive de tota haereditate fiduciario lis ante restitutionem mota esset, *l. si patroni* 55. §. *ult. ff. ad Senatusc. Trebell.* idque, ne alioquin dominia rerum in incerto essent, incertaeque rerum judicatarum auctoritates; ut plenius exsequitur Peregrinus *de fideicommissis art.* 53. *num.* 49. *& seqq.* Si ergo & solutione, & impensa bona fide facta, & lite bona fide agitata, & denunciatione sibi facta, fiduciarius fideicommissario nocere possit; non est, cur non & transigendo bona fide sine gratia aut sordibus eidem posset praejudicare, praesertim si meminerimus, transactionem aeque ac rem judicatam, ad lites finiendas comparatam esse, nec minorem ejus, quam rei judicatae auctoritatem, *l.* 2. *ff. de jurejurando*; & ita sentit Corasius *Miscell. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 10. Peregrinus *de fideicommissis art.* 52. *num.* 88. Nec hisce refragatur, quod, licet lata in emtorem sententia in materia evictionis auctori noceat, & emtori in auctorem regressum det; transactio tamen & compromissum auctori haud nociturum sit, *l. si dictum* 56. §. *si compromisero* 1. *ff. de evictionibus*, junct. *l. si cum quaestio* 17. *C. eod. tit.* Et sententia in testamenti inofficiosi quaestione adversus institutum data legatariis nocet; quibus tamen transactio inter institutum & haeredem legitimum interposita nullum praejudicium est allatura, *l. si suspecta* 29. *pr.* & §. *quamvis* 2. *ff. de inoff. testam. l. a sententia* 5. §. 1. & *seqq. l. si perlusorio* 14. *ff. de appellat. l. Imperatores* 3. *pr. ff. h. t.* Etenim quod attinet emptorem transigentem, non poterat non temere videri facta per eum transactio sine voluntate auctoris, non tantum principaliter periclitantis ac de evictione obstricti, sed rectius probabiliter defensiones rei venditae scientis; cui etiam propterea, ut liti motae assisteret, denunciandum fuit; cum ex adverso aeque & magis fideicommissario, quam fiduciario ignota dubiaque sint jura defuncti, & ipsius successionis; ac fiduciarii magis, quam fideicommissarii intersit, cui & propterea denunciandum esse dictum est, *l.* 1. §. 14. *ff. de inspic. ventre.* Quod vero spectat transactionem super inofficioso testamento, non mirum eam neque legatariis obesse neque libertatibus: cum enim testamentum inofficiosum non ipso jure nullum sit, sed vires retineat, donec judiciali fuerit rescissum sententia, & institutus semel ex testamento tali haereditatem adeundo semet obstrinxerit ad legatorum implementum, non potuit transigendo sese isti oneri in totum vel pro parte subducere, dum certo constat, quid ab initio legati nomine debitum fuerit, quoties legatarii validitatem testamenti probare parati sunt. Estque jus legatariorum distinctum plane a jure haeredis de inofficioso transigentis, quippe qui nullam sibi vindicant haereditatis partem, sed ex titulo singulari res singulares: cum ex adverso jus fideicommissarii plane idem sit cum jure fiduciarii, ac simpliciter onera omnia ac commoda a fiduciario in fideicommissarium transeant, quantacunque fuerint, sic ut disputetur vulgo an gravanti an gravato succedatur ex fideicommisso: ut proinde fiduciarius de suo jure transigens, non possit non videri transegisse simul de jure fideicommissarii, jus suum omne ex jure, quod fiduciario competebat, habentis ac metientis. Prudentius interim & tutius haeres fiduciarius plerumque fuerit, si ab omni abstinuerit transactione, omnesque controversias secundum juris rigorem judiciali patiatur sententia decidi: quamvis nec inficias eundum sit, durum esse, quod fiduciarius debet litigando sese exponere metui amittendi totum, si succumbat, cum potuisset transigendo partem retinere. Praesertim cum & in jure transactiones commendentur, ac non vituperanda dicatur, verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, *l. item si* 4. §. *item si* 4. §. *itemque* 1. *ff. de alien. jud. mut. causa facta.*

9. Et haec quidem ita, si fiduciarius cum aliis, haereditatem vindicantibus aut rem singularem, cum creditoribus vel debitoribus haereditariis, de dubio transegerit suo vel defuncti jure. Sed si inter fiduciarium ac fideicommissarium super ipso fideicommisso, quod vel ex incerto eventu, vel ex obscuris fideicommittentis verbis est dubium, transactio intercesserit, non dubium quin & transigentibus noceat, & eorum haeredibus, quippe factum defuncti praestare obstrictis, *l.* 1. *l. cum proponas* 16. *C. de pactis, l. de fidei commisso* 11. *C. de transaction.* arg. *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindic. l. venditrici* 3. *C. de reb. alienis non alienand. l. sive possessio* 14. *C.*

de evictlion. l. ex qua persona 149. *ff. de regul. juris l. Seja fundos* 73. *ff. de eviction.* mutato jure veteri, ex quo transactio super fideicommisso reciproco reprobata fuit, teste Paulo *recept. sent. lib.* 4. *tit.* 1. *§.* 13. Nec refert, hæredum in transigendo mentio fuerit, an non; cum in dubio quisque non sibi tantum, sed & hæredibus suis credatur pactus, *l. si pactum* 9. *ff. de probation.* Peregrinus *de fideicomiss. art.* 52. *num.* 93. 97. Plane, si quis transigentis hæreditatem respuendam censuerit; vel etiam adhibito inventarii beneficio adiverit, nullum videtur passurus ex transactione præjudicium; cum non adiens recte venire possit contra defuncti factum, arg. *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindic. l. sive possessio* 14. *C. de eviction. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alienand.* & cum inventario hæreditatem suscipiens omnia sua jura sic integra conservet, ac si hæreditatem non adivisset, ut latius *tit. de jure delib.* Peregrin. *d. art.* 52. *n.* 97.

10. Transigi potest de rebus dubiis, id est, de quibus jus est dubium, dubiusque eventus; sive ex incerto conditionis etiamnum pendentis, licet tunc nulla lis sit, aut metuatur, velut inter fiduciarium & fideicommissarium de fideicommisso conditionali, secundum jam dicta, *l. de fideicommisso* 11. *C. h. t.* sive ex dubia incertaque litis motæ aut movendæ victoria, *l. cum te proponas* 2. *C. h. t.* etiamsi forte res, super qua transigitur, naturaliter certa sit; in quantum non de generalibus tantum negotiis, velut hæreditate, rationum redditione, similibusque transigi potest, *l.* 2. 3. 4. 5. 6. *C. h. t.* sed & de re certa singulari, puta, fundo Corneliano, debito aureorum centum, & aliis, *l. si de certa re* 31. *C. h. t.* nec dubium mihi, quin & de ipsa status quæstione, deque libertatis, ingenuitatis, aut familiæ jure recte transigatur, *l. ult. C. h. t.* arg. *eum, qui* 30. *§. si libertus* 4. *de jurejurando* junct. *l.* 2. *eod.* Licet enim privata pactione nec vere servus liber fieri possit, nec vere liber in servilem transferri conditionem, *l. transactionem* 26. *C. h. t. l. nec si volens* 6. *l. liberos* 10. *C. de liberali causa*, quo minus tamen transigentium intuitu pro libero aut servo habeatur, nihil vetat; transactione inter solos transigentes, non vero aliorum intuitu, operante. Vinnius *de transact. c.* 4. *n.* 11.

11. De rebus certis non recte transigitur, adeoque nec post sententiam, quoties illa in rem judicatam transivit, sic ut haud amplius supersit appellandi facultas, aut restitutio adversus rem judicatam necdum petita sit. Nam si appellatio adhuc interponi possit, aut negetur judicatum esse, aut restitutionis adversus rem judicatam impetrandæ metus subsit, dum ea jam petita est, tanquam de dubio etiamnum negotio recte transigitur, *l. & post* 7. *l. post rem* 11. *ff. h. t. l. si causa* 32. *C. h. t.* adde Vinnium *de transaction. cap.* 4. *n.* 5. 6. 7. 8. 9. Sed quemadmodum de jure Romano transactio super re judicata firmabatur, quoties mediante Aquiliana stipulatione, & acceptilatione subsecuta, jus re judicata quæsitum ipso jure perimebatur, *d. l. si causa* 32. *C. h. t.* & gratuitum probabatur super re judicata pactum, tanquam liberatorium, & donationis causa conceptum, *l. juris gentium* 7. *§. si paciscar* 13. *ff. de pactis*, Paulus *recept. sent. lib.* 1. *tit.* 1. *§. ult.* ita quoque moribus receptum est, transactiones super negotio, ex re judicata certo, ratas esse. Groenewegen *ad l.* 7. *§.* 1. *ff. h. t. num.* 2. Nec dubium, quin, fidejussore jam condemnato, transigere valeat, ita ut non principali tantum, sed & fidejussori condemnato, transactio, tanquam in rem concepta pactio, sit profutura, *l. & post* 7. *§.* 1. *ff. h. t.*

12. De relictis testamento, & in universum de controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti, *l. de his* 6 *ff. h. t.* Nec alius videtur sensus tribui posse verbis *d. l.* quasi Gajus JCtus in *libr.* 17. ad edictum, unde deprompta est *d. l.* 6. non de transactionibus, sed testamentis tractasset; nam licet hoc haud improbabile sit ex variarum legum inscriptione; debilior tamen est argumentatio, qua concluderetur, non aliam ergo tali in libro quæstionem fuisse ventilatam. Quis enim nescit, innumeris prope in locis per modum rationis, objectionis, vel exempli, materias tractari ab ea, quæ ex professo excutitur, alienas prorsus, si in se spectatæ fuerint? Ne longius abeam, hic ipse Gaji locus cum aliis collatus abunde id docet; cum enim Gajus *d. libr.* 17. de testamentis agens in rationem inquireret, cur tabulæ testamenti aperiri, inspici, ac describi deberent, hanc ipsam suppeditat, quæ est in *l.* 6. *ff. h. t.* postquam enim in principio verba edicti exhibuerat, quibus prætor se testamenti inspiciendi describendique potestatem facturum pollicebatur, mox in *l.* 1. *§.* 1. *ff. testam. quemadmod. aper. inspic. & describ.* subjungit: *ratio hujus edicti manifesta est, neque enim sine judice transigi, neque apud judicem exquiri veritas de his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti*, removens ita omnem transactionem, sive sine judice & extra judicium, sive apud judicem, controversia transactione decideretur, si non essent prius inspectæ testamenti tabulæ: meraque est verborum captio, si dicas, velle Gajum in hisce verbis, nullam posse de controversiis ex testamento proficiscentibus transactionem fieri sine judice; cum id nulla lege cautum sit, & tum in judicio, tum extra judicium, seu, apud *acta Rectoris provinciæ, vel sine actis*, recte transigi receptum, *l. sive apud* 28. *C. h. t.* adde Ant. Fabri Rationalia ad *d. l.* 6. *ff. h. t.* Et ex hisce ipsum quoque Gajum illustrari posse censeo, dum in *l. in his* 26. *ff. de condit. & demonstrat.* (quæ est ex eodem lib. 17. ad edictum) ait, *in his, quæ extra testamentum incurrerent, posse res ex bono & æquo interpretationem capere; ea vero, quæ ex ipso testamento orirentur, necesse esse secundum scripti juris rationem expediri.* Quod enim controversiæ, tum ex testamento, tum aliunde descendentes, per judicem secundum scripti juris rationem seu leges decidi deberent, id omni dubio carebat: ac proinde hanc ejus in hisce puto sententiam esse, quod peculiari jure controversiæ ex testamento orientes expediri, transigi, finiri non potuerint, nisi secundum scripti juris rationem, seu nisi secundum juris præscriptum, inspectis prius cognitisque verbis testamenti; ne alioquin temere nimis ac inconsiderate spernerentur defunctorum liberalitates, vota, ac expectationem honoratorum subinde superantes; & suprema elogia

subverterentur, quæ exitum habere, & testatorum privatim, & publice quoque interest, *l. vel negare* 5. *ff. testam. quemadm. aper. inspic. & describ. pr. Instit. de leg. Falcid.* Quibus accedit, quod ex jurejurando delato ac præstito super his, quæ testamento dicebantur relicta, nullum jus sibi jurans metiri possit, si postea inspectis testamenti tabulis nihil relictum constet, licet alioquin de perjurio non soleat quæri, *l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.* Neque sufficiens differentiæ ratio suppetit, cur aliud in transactione, quam jurisjurandi præstatione servaretur; cum jusjurandum vicem transactionis ac decisionis obtineat, imo jurejurando transigatur, *l. 2. l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando.* Atque his fundamentis nititur, quod *in l. Imperatores* 3. §. 1. *ff. h. t.* decisum est, transactione propter fideicommissum facta, ac repertis postea codicillis, ea quibus apparebat, majorem ex fideicommissi causa quantitatem deberi, id, quod minus ex transactione fideicommissarius adeptus est, consequi eum posse. Quamvis enim apertum & inspectum esset testamentum, atque inde quis forte concludendum putasset, juris interpretatione codicillos quoque, velut testamenti accessorios, pro apertis ac inspectis habendos fuisse, & sequi jus testamenti, juxta *l. ab intestato* 16. *in fine*, & *l.* 18. *ff. de jure codicill. l. pen. ff. testam. quemadm. aper. insp. & describ.* rectius tamen visum fuit, etiam ipsos codicillos, quibus erat expressa fideicommissi quantitas, debuisse inspici, quod cum in casu *d. l.* 3. §. 1. non esset factum, transactio nullum fideicommisso pariebat præjudicium. Scilicet, ut incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere, *l. incivile* 24. *ff. de legibus*; ita quoque, non inspectis cognitisque omnibus voluntatis supremæ (legis instar sese habentis juxta *novell.* 22. *cap. secundum* 2.) partibus, judicare aut transigere reprobatum. Atque ita observari, testes sunt Peregrinus *de fideicommissis art.* 52. *n.* 77. Sande *decis. Frisic. libr.* 4. *tit.* 5. *defin.* 15. *ante med.* Ant. Faber. *Cod. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 1. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 139. *n.* 10. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 84. *n.* 12. & *seqq.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 4. *n.* 9. Vinnius *de transaction. cap.* 5. Respons. JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 14. *n.* 3. 4. nec adversatur *l. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff. ad Senatusconsul. Trebell.* quippe quæ non de repertis postea codicillis agit, sed de instrumentis illis, ex quibus apparebat major quantitas patrimonii; cum ex codicillis voluntas quidem, at non substantiæ quantitas colligenda sit. Multo minus obest, *l. non est ferendus* 12. *ff. h. t.* cum aliud sit, *de solo eo cogitasse, quod prima testamenti parte, at non etiam, quod posteriore legatum sit*; aliud vero priorem tantum partem inspexisse, nam et qui totum inspexit, & generaliter transegit de relictis testamento, prætendere quidem potuit, se de relictis priore parte tantum cogitasse, sed talem *ferendum non esse*, cum indignatione Jurisconsultus testatur; cum tamen satis probabilis fuisset ignorantia, nec cum indignatione rejicienda, si nihil præter partem priorem fuisset inspectum.

13. Nec recte quisquam in transigendo huic tabularum inspectioni renunciat; cum suo quidem favori unumquemque renunciare leges sinant; at non juri tertii, jurive publico; quod hic contingeret, dum inspectionem requiri diximus, ne temere subverteretur testatoris judicium, neve testamenta defunctorum occultarentur, quæ exitum habere, testatoris & publice interest, *d. l.* 5. *ff. testam. quemadm. aper. inspic. & describ. d. pr. Instit. de lege Falcid.* Peregrinus *de fideicommissis d. art.* 52. *num.* 78. Sande *d. lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 25. *ante med.* Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 39. *num.* 10. Christinæus *d. vol.* 1. *decis.* 84. *num.* 13. 14. Vinnius *de transact. cap.* 5. *num.* 7. & *seqq.* Si tamen sine inspectione voluntas testatoris aliunde transigentibus certo innotuerit, subsisteret transactio; cum is, qui non ignorat, sed jam certus est, non amplius videatur certiorandus, *arg. l.* 1. *in fine ff. de action. emti.* Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 1. Hinc & si nuncupativum fuerit conditum testamentum, quia tabularum inspectio fieri non potest, suffecerit, auditis testibus cognitam perfectamque transigentibus fuisse defuncti voluntatem. Vinnius *de transact. cap.* 5. *num.* 6. Non etiam vetitum videtur ante inspectas tabulas pactum gratuitum, aut simplex renunciatio seu repudiatio relictorum eo quod jus singulare, in transactione inductum, ad consequentias trahendum non est, & vulgo cuique licet jus suum remittere. Vinnius *de pactis cap.* 18. *num.* 6. & *de transaction. cap.* 5. *num. ult.*

14. Alimenta quod spectat, si quidem ea ex contractu debita sint, nihil impedit, quo minus mutua transactione absque prætoris decreto tollantur, uti mutuo consensu introducta fuit obligatio ad ea præstanda: neque enim hoc casu quisquam alieno, sed suo tantum juri renunciat, & naturale est unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, *l. cum hi* 81. §. *hac oratio* 2. *ff. h. t.* 1. *nihil tam naturale* 35. *ff. de regul. juris.* Sin ultima voluntate relicta fuerint, si quidem mora in iis præstandis intercesserit, sic ut in præteritum, biennii forte vel alterius temporis jam transacti alimenta sint debita: nec tunc ad transactionem videtur decreto opus: eo quod hæc alimentorum naturam habere desierunt, & simplicis legati induerunt conditionem, adeoque nec alimentorum jure censeri debent; non enim quisquam in præteritum vivit aut alendus est, *l. de alimentis* 8. *C. h. t.* Si vero in futurum præstanda veniant ex testamento, vel (quod hic idem) ex codicillis, vel mortis causa donatione, vel mortis causa capione, transactio non aliter firmitatem habitura est, quam si prætoris decretum accesserit, ne hi, quibus alimenta relicta, nimis temere transigant, & lucri præsentis illecebra invitati, modico contenti sint, atque ita pia ac provida testatoris, alimoniam concedentis, voluntas subvertatur, *d. l. cum hi* 8. *pr.* & §. *hac oratio* 2. *ff. h. t.* idemque est, si modicus usufructus alimentorum vice relictus sit, *d. l.* 8. §. *si in annos* 23. *ff. h. t.* Considerandum enim, parentes, aliosque, qui liberis aut cognatis in luxum pronis committere proprietatem rerum non audebant, ne his prodigalitate brevi dissipatis, esuriendum esset, annua aut menstrua aut diurna testamento alimenta prudenter concessisse. Et hinc a Martiale patrem epigrammate notatum puto, quod filio quidem Philomuso menstrua, imo diurna vivus distribuisset, sed moriens eundem instituisset ex asse hæredem; illam enim institutionem ei, cuncta perdituro, non profuturam, sed magis exhæredationem videri. Hanc certe Martialis pu-

to mentem, licet vulgo ejus interpretes alio sensu accipiant, acumen verum haud observantes. Sic ille *lib.* 3. *epigr.* 10.

Constituit, Philomuse, pater tibi millia bina
Menstrua, perque omnes præstitit illa dies,
Luxuriam premeret cum crastina semper egestas
Et vitiis essent danda diurna tuis.
Idem te moriens hæredem ex asse reliquit?
Exhæredavit te, Philomuse, pater.

Quod si alendus transigendo non perimat aut diminuat obligationem ad alimenta, sed magis conditionem suam reddat meliorem aut saltem non deteriorem, subsistet & sine decreto transactio cum id unum, ne per transactionem alimenta interciperentur, sua D. Marcus oratione alimenta intenderit. Vide *d. l. cum hi* 8. *§. eam transactionem* 6. *& §. pen. & ult. ff. h. t.* confer Vinnium *de transact. cap.* 6. Quid quod nec gratis quis prohibetur de iis pacisci; cum ita cesset prohibitionis ratio, nec adeo facile quis jus suum præsumatur gratis remissurus, quam quidem præsentis, utut modicæ pecuniæ, oblata præstatione. Cui accedit, quod liberum cuique est, ex generalibus juris fundamentis, relicta sibi legata non acceptare, quodque id ipsum nonnunquam suadet aut relinquendi modus, aut legati tenuitas, aut aliæ id genus causæ, ad repudiandum impellentes. Quid enim si velut veneno, qui opulentus est, quantitatis exiguæ annua menstruave alimentorum nomine data concipias; quæ non sine opprobrio admittat honoratus? Donellus *ad l.* 7. *seu potius* 8. *C. h. t. n.* 2. Vinnius *de pactis cap.* 18. *num.* 7. *& de transact. cap.* 6. *num. ult.* Et quamvis nonnullis placeat, unumquemque de alimentis ex quacunque causa debitis nunc posse transigere, Zypæus *notit. jur. Belg. lib.* 1. *tit. de transactionibus*, vers. *non potest.* tutius tamen aliis visum, a jure Romano hac in parte non recedi; dummodo meminerimus, non præcise desiderari, ut transactionem antecedat decretum; sed sufficere, quod vel ratihabitione magistratus firmetur; quod si & illa deficiat, appareatque in necem pauperum transactionem fuisse interpositam, sic ut, remissa alimentorum præstatione, transigens reliquis ex publico alendis associandus esset, rescindi transactionem ratio dictat, Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 9. Groenewegen *ad l.* 8. *C. h. t.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 144. *circa fin.* Quoties autem licite super alimentis futuris transactio interponitur, per quam vel diminuitur vel tollitur ad alimenta obligatio, strictam illa recipit interpretationem, sic ut nec vestitus nec habitationis, sed tantum cibariorum præstatio in dubio censeatur peremta, *l. cum hi* 8. *§. qui transigit* 12. *ff. h. t.* licet in legato, quo alimenta relinquuntur, & ita introducitur ad ea obligatio, vestitum quoque & habitationem comprehendi responsum sit, *l. legatis* 6. *l. ult. ff. de aliment. vel cibar. legat.* ita scilicet suadente maximo alimentorum favore, ut & plenius ac facilius introducatur, & difficilius parciusque resolvatur præstandi necessitas semel nata.

15. De causis quoque matrimonialibus transactionem pro matrimonio quidem, at non contra illud, sic ut impediretur aut resolveretur, interponi posse, ex juris Canonici principiis tradunt interpretes, arg. *c. fin. extra, de transactione*, Andr. Gayl. *l.* 2. *observ.* 94. *num.* 14. Vinnius *de transact. cap.* 4. *n.* 12. Nec dubium, quin & nunc privatis pactionibus frustra tentetur matrimonii semel recte contracti, tanquam vinculi privatim individui, diremtio. Sed quominus in casu dubio futuri matrimonii incerta spes, ex dubiis quæsita sponsalibus, mediante transactione aliquo dato dissolvatur, ac evanescat, ut jure non inhibitum, ita penes nos quotidianum est.

16. Non etiam licita de futuris delictis aut dolo futuro transactio; quippe ad delinquendum invitans, arg. *l. si unus* 27. *§. ult. in fine ff. de fidejussorib.* De præteritis vero privatis delictis eatenus permissa est, ut pecuniariæ pœnæ tollatur obligatio, *si pignore* 54. *§. ult. l. interdum* 56. *§. qui tutelam* 4. *ff. de furtis*, non item, ut & infamia evitaretur, *l. athletas* 4. *§. ult. l.* 5. *l.* 6. *§.* 3. *ff. de his, qui not. infam. §. pen. Instit. de pœna temere litig.* cum enim pœna pecuniaria ex delicto privato applicetur actori, conveniens erat, illum suo juri privato per transactionem renunciare posse; quod non ita est in infamia; quippe quæ publicis annumerata pœnis, ob læsionem publico illatam per delictum, non poterat a privatorum arbitrio ac transactione pendere. Nisi tamen quis auctore prætore transegisset, aut gratuitam interposuisset pactionem, *l. furti* 6. *§. pactusve* 3. *ff. de his, qui not. infam.* aut delictum privatum tale sit, ex quo nec damnatos infamia sequitur, veluti ex lege aquilia: cum enim non alia de causa infames sint de delictis transigentes, quam quia hoc ipso crimen videntur confiteri, *d. l.* 4. *§. ult.* junct. *l.* 5. *ff. de his, qui not. infam.* confessus autem pro judicato est, *l.* 1. *ff. de confessis, l. post rem* 56. *ff. de re judicata*, consequens fuit, infamem esse non debere ex confessione, qui nec ex judicato infamis fit.

17. De publicis quoque criminibus non capitalibus transigere vetitum, sub pœna convicti, *l. transigere* 18. *C. h. t. l. ult. ff. de prævarication.* excepto falsi crimine: nam quamvis verum sit, eos, qui de non capitalibus transactionem ineunt, eo ipso in falsi crimen posse incidere, exemplo eorum qui ob dicendum vel non dicendum testimonium pecuniam acceperunt, *l.* 1. *§.* 1. 2. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, non tamen ea est sententia *d. leg.* 18. *C. h. t.* quando dictat, de aliis criminibus, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, *transigere non licere, citra falsi accusationem*: sed magis illic *citra* æquipollet voculæ *præter*, adeoque exceptionem restrictionemque regulæ inducit. Ut ut enim frequentius fuerit, *citra* pro *sine* accipi; quia tamen etiam pro *præter* vox *citra* usurpata invenitur in *l. ult. ff. de calumniator. l. un. §. accedit* 13. *in fine C. de rei uxor. actione*, & in dubio ea vocis interpretatio adhibenda est, quæ vitio caret, & rei gerendæ aptior est, *l. in ambigua* 19. *ff. de legibus, l. quotiens idem* 67. *ff. de R. I.* non aliud in *d. l.* 18. denotari quam *præter*, dicendum est. Nam & aliunde constat, de falsi crimine licitam fuisse transactionem *l. ipse significas* 7. *C. ad leg. Cornel. de falsis*, vanumque effugium est, in *d. l.* 7. transactionem non ipso de crimine, sed tantum de privata læsione per falsi crimen illata fuisse interpositam, iis, quæ occurrunt in *l. de fide* 16. *Cod. eod. tit. de falsis, l. pen. Cod. h. t.* Id enim si verum esset, non fuisset per transactionem in *d. l.* 7. propositam impedita cri-

minalis de falso accusatio, quæ tamen in *d. l.* 7. denegatur transigenti. Quod enim civilis actio de falso, atque subsecuta ad eam ex sententia vel transactione decisio, non impediat ullo modo criminalem falsi accusationem, manifestum est ex *d. l. fide* 16. *C. ad leg. Corn. de falsis*, *l. unic. in fine C. quando civilis actio criminali præjudicet*. Præter quæ omnem insuper hæsitationem videntur eximere libri Basilicon, ubi *lib.* 11. *tit.* 2. *l.* 35. hæc leguntur Latine reddita: *In aliis vero quæ sanguinis pœnam non irrogant, transigere non licet, excepto falsi crimine; nam de falsi crimine, tametsi pœnam sanguinis non irrogat, transigere licet*. Neque, ut hoc addam, ratione caret illa de falso transigendi licentia; nam licet pœna sanguinis hominibus liberis non fuerit regulariter irroganda; in servis tamen ultimum supplicium ex falsi crimine obtinuit, *l.* 1. *§. ult. ff. ad leg. Corn. de falsis*, cum vero nemo de suo statu ita certus esse potuerit, posita præsertim non rara apud Romanos partuum suppositione, infantum servilium plagio, recens natorum expositione, & similibus; atque adeo fieri potuerit, ut liberum se credens, pro libero se gerens, probata dein servili conditione, servili fuisset afficiendus supplicio; probabile est, & transactionem de falso ea de causa fuisse exceptam. Ne dicam in ipsis liberis ob concurrentes circumstantias crimen aggravantes ultimum posse supplicium imponi, *l. ubi falsi* 22. *in fine, C. ad leg. Cornel. de falsis*, quæ lex licet Constantini sit, tamen ad explicationem *d. l.* 18. recte adhibetur; cum non appareat, id primitus ibi a Constantino ita, tanquam jus novum constitutum fuisse. Juvatque non parum hanc rationem, quod Vinnius & alii statuunt, etiam in extraordinariis criminibus, in quibus judex secundum rigorem posset ad ultimum usque supplicium procedere, transactionem ob imminens incertum sanguinis seu mortis naturalis periculum impunitam esse. Vinnius *de transact. c.* 7. *num.* 16. Confer Cujacium *lib.* 6. *obs.* 11. Fachineum *Controv. lib.* 1. *cap.* 9. & dissentientem Vinnium *de transact. cap.* 7. *n.* 30. *& seqq.*

18. De capitalibus sane criminibus pœnam sanguinis, non mortem civilem irrogantibus, transactio permissa fuit: visum namque, ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit, *d. l. transigere* 18. *C. h. t. l. ult. ff. de prævaricatione*, junct. *l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ante sent. mortem sibi consciv.* Sed tamen & hic exceptio est in raptus crimine, quatenus parentes (non item alii) cum raptore transigere vetantur, arg. *nov.* 143. 150. Vinnius *de transact. cap.* 7. *num.* 19. præcipue vero in adulterio, *d. l.* 18. *C. h. t.* neque enim verba illa *excepto adulterio* spuria existimo, ac ex textu eximenda; tum quia in *l. de crimine* 10. *C. ad leg. de adult.* nominatim vetita de adulterio transactio; tum quia in libris Basilicon semel iterumque hæc de adulterio exceptio repetita est, sic enim *lib.* 11. *tit.* 2. *l.* 35. verba habent, *in his quidem criminibus, quæ sanguinis pœnam inferunt, transigere licet, excepto adulterio*, & mox, *breviter igitur ex hac constitutione hanc regulam statuito. De criminibus, quæ pœnam sanguinis inferunt, recte transigimus excepto crimine adulterii*. Ratio exceptionis est, quod in lenocinii crimen incidat de eo transigens, *l. is, cujus ope* 14. *ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, & cum paucæ tantum personæ ad hujus criminis accusationem admissæ sint, *l. quamvis* 30. *C. ad leg. Jul. de adulter.* iis per transactionem silentibus, facile crimen fœdissimum maneret impunitum. Præterquam quod hisce paucis propinquis, ad accusandum admittendis, ac præcipue marito, quem genialis tori vindicem esse oporteret, non potest non turpissimum esse, vindictam opprobrii domestici pecuniario commodo postponere, arg. *l. miles* 11. *§. socer* 3. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* Nec est, quod quis rationem ab eo desumtam, quod pauci tantum in hoc crimine accusant, carpendam putet, quasi tantum ex recentiori lege Constantini deprompta, non potuisset anteriores Imperatores Diocletianum & Maximianum auctores *d. l.* 18. movisse, ut adulterium exciperent, eo tempore, quo adhuc omnibus patebat tanquam publica adulterii accusatio. Etenim nec id, quod pauci tantum adulterii accusant, a Constantino primitus inductum puto. Quin potius & antea hoc crimen non nisi ab illis, quorum interesat, vindicatum fuisse, verius est: quemadmodum etiam jam olim Modestini Jurisconsulti avo, adeoque dudum ante Dioclet. & Maximianum, de partu supposito soli accusabant parentes, aut hi, ad quos ea res pertinebat, non quilibet ex populo, *l. lege Cornelia* 30. *§.* 1. *ff. de leg. Cornel. de falsis &c.* ne falsis extraneorum contumeliis jura familiæ turbarentur: ita nec promiscue extraneos eandem ob rationem fuisse admissos, patet ex *l.* 2. *§. ult. l. si maritus* 4. *§. extraneis* 1. *l. constante* 26. *ff. ad leg. Jul. de adult* dum Ulpianus extraneorum mentionem faciens non simpliciter omnes admittit, sed eos, qui post patrem & maritum accusare adulterii possunt; dum ait: *sed & quotiens alii, qui post maritum & patrem accusare possunt, ad accusandum prosiliunt, &c.* item, *extraneis autem, qui accusare possunt, accusandi facultas post maritum & patrem conceditur, & ab eo, qui extra maritum ad accusandum admittitur, constante matrimonio accusari mulier non potest: probatam enim a marito uxorem, & quiescens matrimonium non debet alius turbare atque inquietare, nisi prius lenocinii maritum accusaverit*. Qua ratione etiam passim in legibus per extraneos denotantur illi, quibus extra maritum & patrem jus accusandi in crimine adulterii per leges concessum est. Eoque sensu maritum vel *jure mariti* vel *jure extranei* accusare, leges habent, *l. ex lege* 2. *§.* 1. *l. si uxor* 15. *pr. & §.* 4. *l.* 15. *§.* 6. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* Neque tamen recte quis inde collegerit, omnes ergo extraneos accusare posse; nam & post *d. l.* 30. *C. ad leg. Jul. de adult.* personas certas ad accusandum in hoc crimine idoneas enarrantem, Imperatores Theodosius, Arcadius & Honorius eandem distinctionem, utrum maritus *jure mariti*, an *jure extranei* ad accusandum procederet, agnoverunt, etsi juris certi esset, non quosvis extraneos audiendos esse, *l. adulterii* 33. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Non aliud ergo, ut paucis dicam, debemus Constantini constitutioni, quæ est in *d. l.* 30. quam quod accuratam habeamus personarum illarum enumerationem, extra quas nulla alia accusare poterant; cum Ulpiani verbis tantum simpliciter, sine specifica personarum enarratione, moneremur, non omnes, sed quosdam, ad accusationem adulterii instituendam potuisse prosilire. Difficultas quidem non levis in

eo hæret, quod multi contendunt, adulterii pœnam aliquo tempore *d. l.* 18. *C. h. t.* non fuisse capitalem, sed demum postea a Constantino talem factam, *l. quamvis* 30. §. 1. *C. ad leg. Jul. de adulter.* idecque Constantino adscribi *in novell.* 134. *cap. si quando vero* 10. Sed non erraturos autumem, qui gladii supplicium a Constantino non primitus inductum, sed renovatum censent; neque enim probabile mihi fit, tam paucis verbis in *d. l.* 30. occurrentibus, sine præfatione aut ratione addita, tam insignem a Constantino mutationem fuisse factam; cum in levioribus mutandi juris rationem passim inveniamus adjectam, aut saltem juris mutandi mentionem, quorum tamen neutrum in *d. l.* 30. apparet. Nec novum est in nostro jure, ea, quæ per Imperatorem aliquem non statuta primitus, sed renovata sunt, eidem velut auctori tribui: qua ratione divisionis beneficium fidejussoribus ab Hadriano indultum juxta §. *si plures sint* 4. *Instit. de fidejussorib.* successori ejus D. Pio adscribitur in *l. si testamento* 49. §. 1. *in fin. ff. de fidejussor.* adde *d. tit. num.* 21. Ut proinde nec mirum sit, Constantino in *d. novell.* 134. *c.* 10. quoque pœnam adscribi renovatam magis, quam introductam; præsertim, si consideres, etiam alias ipsam legis Juliæ pœnam, quæ sæpe, quasi lege prope dormiente, vix in adulterio decernebatur, fuisse renovatam; notante illud Juvenale *satyr.* 2. *vers.* 29.

Qualis erat tragico nuper pollutus adulter
Concubitu, qui tunc leges revocavit amaras
Omnibus, atque ipsis Marti Venerique timendas.

Ne dicam, totum paragraphum primum *de l.* 30. *C. ad leg. Jul. de adult.* neque fuisse, neque esse potuisse partem legis illius, sed a Triboniano adjectum esse; tum quia dudum ante illam legem Constantinus non tam introduxit, quam potius præsupposuit, pœnam adulterii capitalem fuisse, in *l. qui sententiam* 16. *C. de pœnis*, quam undecim annis & amplius ante *d. legem* 30. fuisse conditam, ex subscriptionis utriusque collatione manifestum est; tum quia neque in Codice Theodosiano, neque in Basilicis ulla verborum *d. legis* trigesimæ mentio est, ut patet ex inspectione *legis* 2. *Cod. Theodos. ad leg. Jul. de adulter. lib.* 9. *tit.* 7. & *Basilic. lib.* 60. *tit.* 37. *cap.* 69. tum denique, quia probabilis omnino conjectura est, (quæ & Jacobo Gothofredo, eruditionis consummatæ viro, non displicuit *in comment. ad l.* 4. *Cod. Theodosian. quorum appell. non recip. lib.* 11. *tit.* 36.) verba dicti §. 1. translata esse ad *d. leg.* 30. ex *lege* 4. *Cod. Theod. quorum appell. non recip.* Non, quasi illa demum lege, adeoque non nisi post excessum Constantini, pœna ultimi supplicii inducta fuisset; sed quod, cum nulla appareret lex Constantini, qua is aperte præstituisset adulteris gladii punitionem, commodum Triboniano visum fuerit, verba Constantii atque Constantis paulum immutata, & ad Jurisprudentiæ Justinianeæ usum accommodata, assuere *d. legi* trigesimæ Constantini. Erat nempe pœna capitalis nota ante Constantium & Constantem, & ut opinor, (sed de quo disputatur) ante Constantinum; sed Constantius ac Constans non contenti simplici ultimi supplicii irrogatione, adulteros culeo insui jusserunt. Cumque in *d. l.* 4. *Cod.* Theodosiani constituissent, *sacrilegos nuptiarum* tamquam manifestos parricidas, insuere culeo vivos, vel exurere judicantem *oportet*; Tribonianus *culei* loco pœnam *gladii*, tempore Justiniani probatam, substituisse videtur, scribens in *d. l.* 30. §. 1. *sacrilegos nuptiarum gladio puniri oportet*. Phrasiologia sane eadem, & quidem non vulgaris, sed impropria prorsus ac metaphorica, in utraque lege conspicua est, neque ulla alia in Theodosiano aut Justinianeo Codice constitutio invenitur, unde potius illa verba *d. legi* trigesimæ videri possent adjuncta esse. Quamvis enim Jacobus Gothofredus *ad d. l.* 4. *C. Theodos. quorum appell. non recip. prope circa fin.* conjecturam proponat, in primo imperii tempore legem quandam specialem a Constantino de infligenda adulteris gladii pœna conditam fuisse, sed quæ nuspiam nunc apparens injuria temporum perierit; tamen ex tali lege, cujus latæ neque verba neque vestigium ullum superest, incrementum accepisse *legem* 30. non existimavit, sed potius, ut dictum, ex *d. l.* 4. *Cod. Theodos. quor. appell. non recip.* Præterquam quod præsumtio illa de lege alia Constantini, pœnam gladii in adulteros sanciente, sed deperdita, minorem probabilitatis speciem habere videtur, dum nulla historicorum probatorum fide doceri posse puto, Constantinum pœnæ gladii adulteris præstitutæ primum auctorem fuisse; cum tamen credibile non sit, tot laudum Constantini (*magni* appellati) præcones, præsertim temporis illius Patres Christianos, silentio suppressuros fuisse tam insigne Constantini factum, quo ad Legis Divinæ normam redegisset adulterii coercitionem, si omnino jus tale primitus ab eo profectum fuisset. Et licet destituti multis Impp. constitutionibus, primum nequeamus designare exasperatæ in adulteros pœnæ auctorem, constat tamen Alexandri Imperatoris temporibus, adeoque ante *d. l.* 18. supplicium capitale debuisse infligi, *l. castitati* 9. *C. ad leg. Jul. de adult.* Uti constat, homicidis ultimum supplicium posteriore jure fuisse propositum, cum antea mitior ex lege Cornelia pœna esset, auctore Paulo *recep. sent. libr.* 5. *tit.* 23. *in pr.* & Marciano in *l. ejusdem* 3. §. *pen. ff. ad leg. Corn. de sicar.* licet apparere non existimem, cui Imperatori illa pœnæ exasperatio tribuenda sit. Nec spuria, aut Triboniani esse verba posteriora istius legis nonæ, vel inde patet, quod & Apulejus & Arnobius, qui ante Constantium vixerunt, capitalis in adulteros meminerunt pœnæ. Vide Ræverdum *lib.* 4. *varior. cap.* 6. *in fine*, Jacob. Gothofredum *ad l.* 4. *Cod. Theod. quorum appell. non recip.* Per eam autem *pœnam capitalem* non deportationem, (ut vult Jac. Gothofredus d. loco, putans verba, *quæ sanguinis pœnam non ingerunt*, in d. l. 18. Triboniani magis, quam Imperatorum esse) sed ultimum supplicium seu sanguinis pœnam oportere intelligi, ex eo colligi potest, quod aliis in legibus nuspiam deportationis pœna mulieribus adulteris invenitur dicta; sed relegationis secundum ipsam legem Juliam, vel ultimi supplicii secundum leges alias: sic ut hic locum invenire nequeat, per capitalem pœnam in dubio non naturalem, sed civilem mortem videri designatam; quippe quod demum verum est, si vel aliis in legibus deportatio proponatur, vel nihil certi alibi definitum sit; non vero, ubi nominatim ultimi supplicii vel pœnæ sanguinis mentio est. Neque est, quod quis turbetur ex eo, quod in *d. l. castitatis* 9.

C. ad leg. Jul. de adult. scriptum est, *lege Julia de pudicitia damnatam in pœnis legitimis perseverare;* quasi hæc non sana ratione rescripturus fuisset Imperator Alexander, si ultimum adulteræ supplicium eo tempore fuisset imponendum; eam enim inde fluere Imperatoris sententiam, mulierem ex lege Julia de pudicitia damnatam perdurare debere in mortis pœna, qua jam ex lege affecta esset; eamque jam supplicio consumtam adhuc evadere, adhuc in uxorem duci reducique posse, & alia plura absona magis, atque ineptiora, de Alexandro Severo minime præsumenda. Stringeret namque vehementer ista, si Imperatori de muliere ex lege Julia de pudicitia *punita* sermo fuisset, quam neque evadere, neque duci reducive posse, certum est. Sed cum de muliere ex lege Julia de pudicitia *damnata* (non *punita*) rescriptum agat, infirma sunt: quia rectissime dicitur, damnatos ex crimine, mortis pœnam merente, in pœna legitima debere perseverare; quatenus scilicet præsides, aliique similes, neque condemnationem a se factam revocare potuerunt, eoque modo damnatum supplicio eximere, neque aliter delicti gratiam facere, *l.* 1. *§. ult. in fine ff. de quastion. l. pœnam sua* 15. *C. de pœnis, l. divi fratres* 27. *ff. de pœnis*, neque pœnam capitalem a lege constitutam mollire aut minuere, dum *facti quidem quæstio in potestate judicantium est, juris vero auctoritas non est;* præsertim in pœnis a lege præscriptis, *l. ordine* 15. *ff. ad municipal. l.* 1. *§. quorum* 4. *ff. ad Senatusc. Turpill.* junct. *l. si qua pœna* 244. *ff. de verb. signif.* Adeoque perseverat in pœna legitima post damnationem mulier adultera, ubi destinatum ei supplicium re ipsa infligitur, nec pœnam mortis, per legem dictata, remittitur damnatæ, aut convertitur in leviorem. Si tamen ita ad mortem *damnata quocunque modo pœnam capitalem evaserit*, is, *qui eam sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinii punietur, d. l. castitati* 9. *C. ad leg. Jul. de adult.* Et quamvis verum sit, damnatos ad mortem criminum reos supplicio quantocius subjiciendos esse, *l. de his* 5. *C. de custod. reorum*, ac ne in convictos quidem, sed necdum condemnatos, ultionem oportere differri, *l. cum reis* 18. *C. de pœnis;* tamen nec dubium judices in iis observandis non raro negligentiores fuisse, ac vel manifesta probatione convictis, vel etiam damnatis, spatium temporis dedisse, adeo ut *facultas vel supplicandi, vel quibusdam malignis artibus tam præsidum, quam officialium pœnas evitandi criminosissimis pateret*, secundum Imperatorem in *d. l. cum reis* 18. *C. de pœnis.* Unde & a posterioribus Imperatoribus Valentiniano, Theodosio & Arcadio constitutum legimus, *judicem gravi infamia notandum esse, si violentiæ crimen* (idem de ceteris judicium esto) *apud se probatum distulerit, vel omiserit, vel impunitate donaverit, vel molliorem, quam præstitutam, pœnam protulerit, l. servos, qui* 8. *§. ult. C. ad leg. Jul. de vi publ. vel priv.* Ut nunc sileam, in muliere adulterii damnata ad mortem, justissimas posse subesse causas, cur supplicium etiam in tempus longius, in menses plures differatur. Quid enim, si ex marito proprio ante commissum adulterium, quid si ex ipso concubitu adulterino prægnans, convicta protinus adulterii damnataque fuerit? Executionem sane pœnæ suspendi, donec partus fuerit editus, ne scelere materno insons absumatur, ratio ac leges jubent, *l. prægnantis* 3. *ff. de pœnis, l. Imperator* 18. *ff. de statu hominum.* Ac proinde, sive jure, sive injuria dilata mortis pœna fuerit, contingere haud difficulter potuit, ut ad ultimum damnata supplicium hoc aut illo modo pœnam capitalem inter moras evadat. Atque ita respondentes, non inviti sine opinionis nostræ præjudicio sequimur eo, quo Viri doctissimi, legem suspectam habentes, ducere volunt, mulierem nempe in *d. l.* 8. *damnatam fuisse ad ultimum supplicium*, & tamen evasisse: sed ut eo usque sequamur, necessitas non est. Quid enim, obsecro, vetat, posteriora Alexandri verba accipere de muliere adulterii quidem damnata, sed ex socordia ac remissione judicantium ad pœnam capitali leviorem, atque adeo pœnam capitalem evadente ex condemnationis ipsius vigore? Si enim Justinianus adulteros vel proditione judicum, vel alio quolibet modo, definitas a legibus pœnas aliquando evasisse proponat, *in novell.* 134. *cap. si quis vero* 12. si Ulpianus, Alexandro coætaneus, post damnationem adulteri mulierem, adulterii cum eo insimulatam, adhuc gratiam obtinere seu vincere posse assumpserit in argumentum, *l. denunciasse* 17. *§. quæritur* 6. *ff. ad leg. Jul. de adult.* quidni per quandam judicis gratiam levioribus potuisset, ac non capitalibus ob adulterium pœnis addici? Ex quibus omnibus intelligi potest, non aliud Alexandrum voluisse, quam, oportere *lege Julia de pudicitia damnatam pœnis legitimis perseverare*, adeoque subjiciendam esse capitali supplicio, ad quod damnata fuit, nec ullam oportere delicti gratiam damnatæ fieri, quo pœnam evitet, auctoritate sententiæ irrogandam. Eam *autem, qui adulterii damnatam, si quocunque modo pœnam capitalem evaserit* (dum aut ad non capitalem pœnam damnata fuit, aut ad capitalem damnata inter supplicii jure vel injuria dilati moras per fugam aut alio quocunque modo se pœnæ subduxit) *sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinii puniendum esse*, atque ita servatam *d. legis* 9. lectionem justa satis constare ratione, a sequalis absurdioribus, quibus prima fronte pressa videri posset, abunde purgatam. Nec repugnat quod Marcianus *deportationis* meminit in *l. si quis viduam* 5. *ff. de quæstionibus*, cum ibi deportatio non ob adulterium, sed ob incestum cum vidua, vel nupta, dicatur infligenda. Quod vero in concurrente tunc adulterii crimine non ultimum supplicium, sed levior pœna proponitur, id non ex rigore juris jam exasperati, sed ex remissione legis asperioris, quasi dormientis, a Marciano factum puto: eo modo, quo & in *d. l.* 9. *C. ad l. Jul. de adulteriis*, mulier capitalem pœnam evasisse concipitur, ipso Imperatore sic satis agnoscente legis severioris neglectum. Quo modo etiam mulierem, in adulterio deprehensam, Ulpianus sententia judicis nihilominus absolutam ponit, *l. palam.* 43. *§. pen. ff. de ritu nupt.* Atque hæc circa Marciani responsum eo magis probabilia sunt, quia novum ipsi non fuit, ut pœnam proponeret, non ex lege irrogandam, sed aliam usu frequentatam, licet Jurisconsulti alii, Marciano coætanei, legitimæ pœnæ mentionem haberent. Ita namque legis Juliæ de sacrilegiis & peculatu pœna est aquæ & ignis interdictio, in cujus locum deinde successit deportatio, teste Ulpiano *l. peculatus pœna* 3. *ff. ad leg. Jul. pecul.* & sacrilegos capite puniri, au-

ctor est Paulus *l. sacrilegi* 9. *ff. eod. tit.* quin & Marcianus ipse sacrilegii convictum in insulam deportatum narrat; & pœna legis Juliæ de peculatu teneri ait *l. lege Julia* 4 §. 1. *l. hac lege* 10. §. 1. *in fin. ff. eod. tit.* Et tamen idem Marcianus in *d. l.* 4. §. *mandatis* 2. *ff. eod. tit.* asserit, mandatis Principum ad proconsules præsidesque provinciarum fuisse cautum, *ut sacrilegi extra ordinem digna pœna plecterentur*; non ex lege Julia, sed mandatis Principum, ad usum ac praxim puniendi sacrilegos accommodatis; quam praxim licet non ignorarent Ulpianus & Paulus, legis tamen Juliæ pœnam proposuerunt: Marcianus contra, etsi sciebat pœnam legis Juliæ, extraordinariam tamen proposuit, usu admissam. Neque sufficiet effugium, a Marciano moneri in *d. l.* 4. §. 2. extra ordinem sacrilegis imponi pœnam, a legitima diversam: at in *d. l.* 5. *ff. de quæstion.* nihil tale ab eo de adulteriis adnotari. Non enim ideo sequitur, eam extraordinariam non fuisse, omissa tali aperta admonitione: cum Paulus sacrilegus (quorum eadem, quæ peculatus, pœna erat, *d. l.* 4. *pr. &* §. 1. *ff. ad leg. Jul. pecul.*) capite puniendos dicat *l. sacrilegi* 9. *ff. eod. tit.* & tamen idem Paulus, *libr.* 5. *sent. tit.* 27. ac post eum Modestinus in *l. pen. ff. eod. tit.* scribant, peculatus reos in quadruplum damnandos esse; non adjicientes, hanc quadrupli pœnam non ex lege Julia peculatus, sed ex more tunc usitato fuisse illatam, atque adeo crimen hoc nimia punientium remissione in non capitale degenerasse. Simili modo a Marciano quidem scriptum fuit, pœnam falsi vel quasi falsi deportationem esse, & omnium bonorum publicationem, *l.* 1. §. *ult. ff. ad leg. Corn. de falsis.* Paulus vero, coætaneus Marciano, in *libr.* 5. *sent. tit.* 15. §. *pen.* eos, qui falso vel varie testimonia dixerunt, vel utrique parti prodiderunt, *aut in exilium agi, aut in insulam relegari, aut curia moveri*, tradidit, non ex lege, sed ex usu moreque recepto. Sed & Modestinus in parricidas culei pœnam more majorum constitutam obtinere ait, si proximum mare sit; alioquin eos bestiis objici, secundum Hadriani constitutionem *l. pen. ff. de leg. Pomp. de parricid.* Et tamen Paulus, Modestino æqualis aut nonnihil superior, suas scribens receptas sententias, adeoque ea, quæ in ipsis obtinent rerum argumentis, ait: hi parricidæ *antea insuti culeo in mare præcipitabantur, hodie autem vivi comburuntur, aut ad bestias dantur*; iterum ex usu, non lege, *libr.* 5. *recept. sent. tit.* 24. Quidni ergo satius fuerit, in re obscura Marciani quoque responsum circa adulterii & incestus pœnam de praxi illius temporis & neglecta per desuetudinem ordinaria ac legitima coercitione intelligi potius, dum id adjuvatur ipso Alexandri rescripto in *d. l.* 9. *C. ad leg. Jul. de adult.* quam sine auctore, sine lege certa, sine Codicum fide, duplici legi tam notabilem inferre medelam chirurgicam, deletis in *d. l.* 18. *C. de transact.* verbis, *excepto adulterio*; item *quæ sanguinis pœnam non ingerunt*; ac rejecta tota periodo *d. legis* 9. *si quocunque modo pœnam capitalem evaserit.* Idem judicium esto de *l. Claudius* 13. *ff. de his, quæ ut indignis*; ejus scilicet dispositionem locum habuisse, quando secundum Alexandri rescriptum adulterio polluti quocumque modo pœnam evasissent capitalem. Sic quoque, cum Ulpianus in *l.* 1. §. *qui autem* 2. *ff. de concubinis* scribit, eum, qui ex lege Julia de adulteriis damnatam in concubinatu habuit, lege Julia de adulteriis non teneri, *quamvis si uxorem duxisset, teneretur*, illud supponit, quod & in rescripto Alexandri, cujus consiliarius erat, comprehensum est, puta, si *mulier adulterii damnata quocumque modo pœnam capitalem evasisset*; cum utique eandem tractet quæstionem, quæ in *d. l.* 9. in fine ab Alexandro definita fuerat, teneri scilicet eum ex lege Julia de adulteriis, qui adulterii *damnatam uxorem duxisset, aut reduxisset*, ubi illa quocunque modo pœnam capitalem evasisset. Nec magis firmum præsidium adversæ sententiæ patronis est in Pauli Alexandro itidem coætanei loco, qui est in *l. ex eo* 18. *ff. de testibus.* Considerandum enim, Paulum non ab usu sui temporis, aut jure circa adulterii pœnam tunc sancito, sed ex ipsis legis Juliæ solam relegationem irrogantis verbis argumentum petere. Prohibebat scilicet lex Julia, adulterii damnatam, & ita relegatam, testimonium dicere; indeque concluditur, mulieres alias a testimonio in judiciis perhibendo non esse repellendas. Non etiam satis recte integritas verborum *dictæ l.* 9. in dubium vocatur ex eo, quod ne Valeriani quidem ac Gallieni tempore pœna adulterii capitalis fuisset; unde longe minus eam sub Alexandro capitalem fuisse concludendum est. Non enim Imperatores illi in constitutione sua, quæ est *l. sine metu* 17. *C. ad leg. Jul. de adult.* & ita habet: *Sine metu legis Juliæ de adulteriis coercendis revocare uxorem in matrimonium potes; cum nihil amplius quam libellos accusationis obtulisti, quia postea comperisse te affirmas, quod vana indignatione ad accusationem incitatus fueris. Is enim committit in pœnam, quam lex certo capite denunciat, qui vel publice adulterio damnatam habet, vel adulteram sciens, ut ignorantiam simulare non possit, retinet uxorem*: non, inquam, negant, adulterium eo tempore secundum legum vigorem ultimo fuisse supplicio vindicandum; sed marito, qui nihil amplius quam libellos accusationis de adulterio uxoris vana obtulerat indignatione, ac pœnitentia ductus, eandem in matrimonium, si modo id per legem Juliam liceret, revocare volebat, rescripserunt, eum id sine metu legis Juliæ facere posse, addita ratione, quia is committit in pœnam, quam lex certo capite denunciat, *qui publice adulterii damnatam habet, vel adulteram, &c. sciens retinet uxorem.* Quale legis Juliæ caput nullo quidem modo poterat sibi locum vindicare, ubi ex juris exasperati rigore adultera capitali supplicio consumta fuisset, sed tunc, cum convenienter anteriori rescripto Alexandri mulier *adulterii damnata quocunque modo pœnam capitalem evasisset*, *d. l.* 9. adeoque posita tali facti specie, qualem jam ante Alexander conceperat. Sic ut hæc Valeriani ac Gallieni lex eandem habeat definitionem, quæ est in fine rescripti Alexandri Severi, eum nempe, qui *adulterii damnatam, si quocumque modo pœnam capitalem evaserit, sciens duxerit uxorem, vel reduxerit, eadem lege ex causa lenocinii puniendum esse.* Denique nec ratio est, cur ad duplicis textus emendationem tam notabilem festinetur auctoritate Glossatoris incerti, Græci ad libros Basilicos, quam adduxit Cujacius *observat. libr.* 20. *cap.* 18. *in pr.* & ex eo Jacobus Gothofredus *in comment. ad l.* 4. *Cod. Theodos. quorum appell. non recip. paulo post med.* quæque habet, *secundum leges veteres & secundum constitutiones Co-*

dictis Hermogeniani & Gregoriani adulterium non fuisse capitale. Quis enim in antiqui juris historica quæstione tuto credat ævi barbari Glossatoribus, qui alias toties vapulant, tanquam lectionis legum sinceræ corruptores, quorum ineptæ glossæ in textum irrepserunt? Quis fidem habeat interpreti Græco, incerto, affirmanti quid de contentis in Codice Gregoriano & Hermogeniano, quos probabile est nunquam ab eo aut lectos aut inspectos fuisse, ac ne uspiam quidem integros ea ætate extitisse, si consideres, quam tenuis Codicis istius utriusque mentio apud veteres atque memoria supersit, non obstante diligentissima in utrumque indagatione a Jacobo Gothofredo per summam industriam instituta, *in prolegomenis ad Codicem Theodosianum cap.* 1. Nisi quis eodem modo standum putet traditioni Harmenopuli *in epitom. juris lib.* 1. *tit.* 1. cum ait: *hic Justinianus tres quoque Codices, Gregorianum, Hermogenianum & Theodosianum in lucem prodidit, quibus Codicibus Thalalei, Anatolii & Isidori legibus adjunctis, alteras duodecim tabulas, hoc est, duodecim libros ipsemet perfecit. Sunt autem, qui jam dictos Codices ante Justiniani tempora extitisse affirmant, sed confusos ac dispersos, ab ipso vero congestos, & in duodecim libros repositos.* Quod si hisce nihil deferendum quis existimet, sed de Codicibus hisce pergulam pictorum esse, veri nihil, omnia ficta, persuasus sit, non animadverto, cur plus auctoritatis fideive inveniat Glossator Græcus incertus in iis, quæ de Codicis utriusque Hermogeniani Gregorianique contentis scribit, Glossator, inquam, incertus, ignotus, & in eadem glossa non modo sua propria evertens, sed & alia de veteri jure non vera, alia de jure certo inepte atque imperfecte tradens; dum primo ibi objectionem illam, ad quam respondet verbis superius adductis, motu tus ait: *Atqui adulterium neque pœnam sanguinis ingerit, neque capitalis ejus coercitio est, ut passim didicimus, sed adultero aufertur tantum pars bonorum dimidia*; cum tamen neque ex Basilicis, neque ex Codice Theodosiano, neque ex juris nostri civilis libris, neque aliunde doceri posse existimem, non aliam adulterii ante Constantini tempora pœnam fuisse, quam *dimidiæ tantum partis bonorum* ablationem: dum secundo herois Patricii interpretationem probat, secundum quem *lex* 18. *C. de transactionibus* agebat de criminibus pœnam sanguinis irrogantibus, rejecta herois Eudoxii sententia; cum tamen, si vera sit Patricii sententia, adulterium ante Constantini imperium capitale fuerit; rursusque, si demum ex Constantini lege 30. *C. ad leg. Jul. de adulter.* inceperit capitale esse, falsa debuerit esse Patricii sententia, explicantis *d. legem* 18. in Basilicis ita scriptam: *In his quidem criminibus, quæ sanguinis pœnam ingerunt, transigere licet, excepto adulterio*; dum denique tam oscitanter descripsit atque explicuit divisionem criminum capitalium & non capitalium, ut integram mortis civilis pœnam prætermiserit. Quæ ne quis gratis a me dicta putet, non invidebo lectori glossam, quatenus præsentem respicit quæstionem, ex Basilic. *lib.* 11. *tit.* 2. *ad caput* 35. *seu ad d. l.* 18. *C. h. t. vol.* 1. *pag.* 810. & 811. ita habentem: *Hæc constitutio interpretationem herois Patricii admisit: etenim heros Eudoxius dicebat, de criminibus omnibus, quorum pœna est in insulam deportatio, vel in metallum damnatio, transigere licere. Heros autem Patricius, de his criminibus, quorum pœna mors est, transigere permissum esse. Hæc ergo constitutio manifeste de criminibus, quæ pœnam sanguinis ingerunt, hoc jus accepit, & Patricii sententiam comprobavit*; & post quædam alia: *atqui adulterium neque pœnam sanguinis ingerit, neque capitalis ejus coercitio est, ut passim didicimus, sed adultero aufertur tantum pars bonorum dimidia. Quo modo igitur constitutio hac agens de criminibus, quæ pœnam sanguinis ingerunt, excipit adulterii crimen? Disce, secundum leges veteres & secundum constitutiones Codicis Hermogeniani & Gregoriani adulterium non fuisse capitale, recte dicis. Verum hodie ex constitutione Constantini, quæ sita est libr.* 9. *C. tit.* 9. *const.* 30. *capitale est. Publicorum judiciorum quædam capitalia autem dicimus, quæ reum ultimo supplicio afficiunt, id est, animæ amissione; cetera vero, quæ infamiam cum damno pecuniario irrogant, publica quidem dicuntur, non tamen capitalia.* Hactenus Glossator, de quo quid alii viri docti judicaturi sint, nescio; mihi certe responsio Glossatoris objectioni falsæ, de adulterio tantum dimidiata bonorum parte punito, respondere satis videtur, & digna argumentatione solutio, dignum, ut sic dicam, patella operculum esse. Vide varie de adulterio sentientes Cujacium *l.* 6. *observ.* 11. & *libr.* 19. *observ.* 39. & *libr.* 20. *observ.* 18. 19. Jacobum Gothofredum *ad l.* 4. *Cod. Theodos. de appell. non recipiend.* Vinnium *de transact. cap.* 7. *num.* 17. 18. Ceterum, gratis de adulterio perpetrato pacisci, non puto prohibitum, neque legem ea ratione offendi, quod proximi, quibus solis accusandi jus erat, exorari sese passi, injuriam remiserint, *l. ex lege* 2. *§. ceterum* 3. *l. si maritus* 15. *§. si negaverint* 5. *l. mariti* 29. *§. quæstum* 4. *ff. ad leg. Jul. de adulter.*

19. Porro extra causam adulterii transactio tum reo, tum actori impune licuit, lege 18. *C. h. t.* non distinguente: sic ut neque reus pro confesso aut convicto inde fuerit habitus, neque actor in Senatusconsulti Turpilliani pœnam inciderit: quippe in quam non incidit, qui Principe vel lege permittente desistit, *l. destitisse* 13. *ff. ad Senatusc. Turpil.* Neque interesse puto, an ante, an vero post litem contestatam intercedat transactio; nam neque distinctio in lege fit; neque post accusationem cœptam minor, sed eadem & major sanguinis redimendi ratio militat, periculo tunc propius reum urgente, ipsoque etiam accusatore ad pœnam talionis per inscriptionem devincto. Et quamvis verum sit, ante cœptam accusationem non periclitari accusatorem, quippe cui liberum est accusare vel non accusare, juxta *tit. C. ut nemo invitus agere vel accusare teneatur*, (quo fundamento Vinnius transactionem ei, qui necdum accusare cœpit, non impunitam putat) tamen ne transigendi licentia, reo ex commiseratione data, redderetur inutilis, si futurus accusator pœnæ metu a transactione absterreretur (uti & ipse Vinnius argumentatur de transactione post cœptam accusationem facienda) magis est, ut & ante crimen motum transigens accusator futurus, extra pœnæ formidinem constitui debuerit. Vide Vinnium *de transact. cap.* 7. *num.* 3. & *seqq.* Donellum *ad d. l.* 18. *C. h. t. num.* 4. 5. 20. Nec huic transigendi licentiæ adversatur, quod accusator in crimen concussionis videretur incidere; turpemque dicatur captare quæstum,

qui nummos acceptat ob non accusandum, *l.* 2. *ff. de concussion. l. qui accusare* 8. *circa fin. ff. de accusation.* distat enim plurimum a transactione, super dubio crimine interponenda, sordida concussio, manifestam continens calumniam, ac criminis non perpetrati comminationem adversus insontem: illa vetita est, hæc vero neutiquam interdicta, *l.* 1. §. *sed* & 3. *ff. de calumniator.* Præsupposito scilicet crimine tali, in quo secundum *d. l.* 18. *C. h. t.* transigere prohibitum non est. Non enim in causis tantum civilibus ac pecuniariis, verum generaliter in omnibus causis, in quibus secundum leges transactionibus interdictum non est, illa inter transactiones & calumnias atque concussiones distinctio comprobata fuit, *l. in summa* 65. §. & *quidem* 1. *ff. de condict. indeb.* Quo modo etiam in abolitione impetranda denegandave in causis non capitalibus, de quibus transigere non licet, inter eos, qui calumniose fallaciterque accusarunt, & e converso sincera mente, sed per errorem aut temeritatem aut calorem ad accusandum processerunt, multum interesse constat ex *l.* 2. & *l.* 3. *C. de abolitionibus.* Et sane, si ignoscendum reo transigenti, qui sese dolo suo per crimen periculo capitis obnoxium fecit; justumne, ut accusatori venia non detur, qui nullum crimen contraxit, sed ad accusationem criminis accedens, inscriptione ad pœnam talionis sese devinxit, fine omnino bono, ne crimina manerent impunita, quæ coerceri, magna utilitatis publicæ ratio suadet? arg. *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejuss. l. eum, qui* 18. *ff. de injuriis, l. ita vulneratus* 51. §. *æstimatio* 2. *ff. ad leg. Aquil.* Si accusatorem sponte ad accusandum processisse dicas, dum nullus invitus accusare compellitur; reum quoque sponte ac libera voluntate ad delinquendum prosiliisse cogita; dum nec ipse crimen contrahere coactus fuit; tanto magis odio publico dignus, quod voluntate sua ad vetitum, scelus nempe, accesserit; cum ex adverso ad publicam accusationem descendens accusator, id egerit, quod agere leges publicorum judiciorum cuique ad accusandum habili permiserunt. Nec movere debet, quod, si omnino desistere accusator voluisset, & miserationi locum facere, sponte ac gratis necdum cœptam debuisset omittere accusationem, vel a jam cœpta sine pretio desistere, non turpiter pacisci, & ita se crimini concussionis per dolosas pecuniæ extorsiones obnoxium facere. Etenim, si constiterit, eum, qui accusationem parat, aut jam inchoavit, calumniatorem esse, & falsa crimina scienter intendere aut comminari, ut ita injecto terrore pecuniam innocenti extorqueat, nullum in legibus præsidium aut apud juris interpretes auxilium ad evitandas malitiæ dolique pœnas inventurus est; dum sordidis interdictum esse concussionibus, apud omnes in confesso est. Sed quis sibi persuaserit, solos accusari insontes, ac non frequentius vere nocentes? Quis jure calumniatorem dixerit, qui ad accusandum eum, quem nocentem credit, sese accingit, vel jam accusare cœpit? Quis concussorem, qui ab accusatione, quam jure suo movere poterat, abstinet, vel a cœpta, in qua habebat obtinendi fiduciam, desistit, urgente id reo, &, dum precibus impetrare nequit, pecunia oblata id efficere studente, ac qualiter qualiter redimere tentante sanguinem suum, dum sibi sceleris, cujus insimulatur, conscius est? Cognatum finge vel amicum ac familiarem meum Titium a Mævio latronis more occisum; est sane, quod doleam casi jacturam, quem magno optassem salvum esse: si argumenta conquiram, si me instruam, ut Mævium cædis dolosæ convincam, si inchoem judicio publico criminis persecutionem, jure me facere nullus ambigit. Sed si Mævius ultimi supplicii metu, (quem non ego ipsi, sed ille sibi suo fecit scelere, arg. *l. si mulier* 21. *pr. ff. quod metus causa*) per se, per alios precibus, & dum precibus exorari me haud patior, pretio oblato in id me inducat, ut non accusem, vel inchoatam accusationem non ultra prosequar, quis hic me concussorem jure appellet, qui, cum in pœna publica, quam accusando persequi potuissem, solatium amissi cognati vel familiaris fuissem habiturus, juxta *l. capitalium* 28. §. *pen. ff. de pœnis*, nunc pecuniariæ quantitatis præstatione in solatium accepta meum animi dolorem ex amici cæde contractum remitto, & ab accusatione desisto? Rectius quidem me honestiusque facturum non eo inficias, si precibus magis rei, quam pretio moveri me patiar, ut criminis capitalis accusationem nocenti motam movendamve omittam; sed si per occasionem accusationis probabiliter justæ, sive motæ, sive movendæ, pecuniam acceperim in negotio capitali, calumniatorem inde aut concussorem me esse, numquam probabitur. Multa scilicet in jure nostro sunt, quæ permissa, quæ licita; quibus tamen alia prælata magis & probata atque laudata sunt. Venditori vinum emptoris periculo effundere licet, si diem ad metiendum præstituit, nec intra diem admensum sit, facta prius emptori denunciatione: *si tamen, cum posset effundere, non effundat, laudandus est potius &c. l.* 1. §. *pen.* & *ult. ff. de peric.* & *commodo rei vend.* Licet in pretio emtionis & venditionis contrahentibus se circumvenire, si modo læsio enormis ultra dimidium absit: rectius tamen honestiusque id agitur, ut pretium rei quam maxime respondeat, quod & lex fieri jubet, ubi nimia & manifeste iniqua inæqualitas apparet, *l. in causa* 16. §. *idem Pomponius* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, junct. *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. vend. l. unde si Nerva* 79. *ff. pro socio.* Vult constitutio, ne proxeneta seu conciliator nuptiarum quicquam eo nomine capiat: si tamen omnino sustineat aliquid accipere, usque ad certam quantitatem exigere ex pacto potest, *l. ult. C. de sponsalibus.* Concubinatus licita consuetudo dicitur; sed longe magis legitimum matrimonium, tanquam honestius, prælatum fuit, *l. pen. C. ad Senatusc. Orfitian.* junct. *l. probrum* 41. §. 1. *ff. de ritu nupt.* Nec dispari ratione dixeris, honestius quidem illum facere, qui reo criminis capitalis roganti id gratis dat, ne eum accuset aut pergat accusare; licite tamen, utcunque minus honeste, accipere transactionis jure, ne accuset, quem credit nocentem, dum *probibitam non esse transactionem*, lex definit; sic ut in hisce similibusque locus sit regulæ juris, non omne, quod licet, honestum esse, *l. non omne* 144. *ff. de reg. juris*, & vicissim nec omne illud, quod minus honestum est, hoc ipso protinus illicitum esse. Et certe turpem existimari non debere hanc pecuniæ acceptationem, ut a criminis persecutione abstineatur, evincit abunde usus hodiernus, secundum quem propinqui ejus, qui occisus est, non tantum licite accipiunt

a cædis auctore, ut accusationem non urgeant, & gratiæ seu remissioni criminis a Principe impetrandæ non intercedant; sed &, si ipsi ad conciliationem ac pretium conciliationis constituendum difficiliores se præstent, curia Hollandiæ eosdem invitos in pretio conciliationis moderando repræsentat, atque ita eorum nomine super cæde transigit; uti id traditum in tit. *de sent. passis & restitutis*, *num.* 9. licet multi, liberalius agentes, sine pretio concilientur percussori propinqui sui, ne intercedant gratiæ per eum impetrandæ. Multo minus repugnat, quod hac ratione crimina mansura essent occulta & impunita, cum tamen peccata nocentium nota esse & puniri oporteat expediatque, *l. eum, qui* 28. *ff. de injuriis*, *l. si a reo* 70. *§. ult. ff. de fidejuss. l. ita vulneratus* 51. *§.* 2. *ff. ad leg. Aquil.* Non enim transactione per unum interposita, judicis ulterior pleniorque ex officio in crimen facienda inquisitio abscissa vel impedita est, neque privati reliqui ab accusatione exclusi sunt, arg. *l. qui cœtu* 5. *§. ult. ff. ad leg. Jul. de vi public. l. si quis servus* 3. *C. pro quib. causis servi pro præmio libertat.* Et licet reo, per sententiam ab accusatione absoluto, competat rei judicatæ exceptio non tantum adversus accusatorem, sed & quemvis alium iterato eadem ex causa volentem accusare, *l. si cui crimen* 7. *§. iisdem* 2. *ff. de accusat.* ac non minorem auctoritatem transactio habeat, quam res judicata, *l.* 2. *ff. de jurejurando*; tamen in criminum materia æque ac civilibus in causis, transactio inter solos transigentes jus facere potest; eo quod transigens, ac ex transactione non publico, sed sibi soli, paciscens aliquam pecuniæ quantitatem, ut ab accusatione desistat, non ita totum videri potest populum repræsentare, quam quidem accusationem publicam solemnem ad finem perducens ad pœnæ publicæ irrogationem, atque ita nihil sibi acquirens; transactione quippe privatis, accusatione vero publicis magis negotiis accensenda. Atque ita in aliis quoque, quæ suo modo ad jus publicum pertinent, inter transactionem & rem judicatam differentia est, veluti in status controversiis: nam si *ingenuus*, si *filius*, sententia judicis pronuntiatus sit, pro *ingenuo* & pro *filio* habetur, non tantum respectu ejus, qui in lite contra eum substitit, sed & aliorum intuitu, *l. ingenuum* 25. *ff. de statu homin. l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *pr. ff. de agnosc. & alend. liberis*, si vero per pactum aut transactionem ab illa status controversia recessum sit, transactio his, qui non consenserunt, nihil præjudicare potest, *l. ingenui* 8. *C. de ingen. manumissis*, junct. *l. si unus* 27. *§. pacta* 4. *in fine ff. de pactis*. Nec obest, quod jusjurandum in actione populari interpositum prosit reo adversus omnes alios dein actione populari agere desiderantes, perinde ac si sententia absolutus esset; transactio autem & jusjurandum pari ambulent passu, *l. eum, qui* 30. *§. in popularib.* 3. *ff. de jurejur.* junct. *l.* 2. *ff. eod. tit.* quod enim ibi jusjurandum bona fide exactum adversus omnes tutum reddit reum jurantem, id inde est, quia, si unus occupaverit actionem popularem, omnibus aliis præripuit jus agendi & persequendi pœnam, privatis ex populari actione applicandam; solusque incepit, exclusis omnibus aliis privatis, creditur esse, arg. *l. ut si cui* 12. *ff. de verb. signif.* quasi consummata publica actione, *d. l.* 30. *§.* 3. *ff. de jurejurand.*

Quod autem in principio hujus numeri a me dictum, transactionem de capitalibus extra adulterium tam accusatori, quam reo impune licuisse, quia *d. l.* 18. *C. de transact.* non distinguit; id adeo verum est, ut nec petere promissa accusator transigens prohibeatur, cum utique conventio, jure licita, *seu non prohibita*, petitionem pariat, si modo contractu transactio facta sit: nam si solo pacto, uti alias vulgo nulla ex pacto, etiam transigendi causa interposito, actio datur, *l. cum proponas inter* 21. *C. de pactis*, ita nec si de capitalibus transactio in nudi pacti terminis consistat. Quo tamen casu accusator, si necdum re ipsa destiterit, accusationem ultra persequi, non impleta per reum promissi fide, prohibitus non videtur; quemadmodum instituta inofficiosi testamenti accusatione, & subsecuta per pactum transactione, inofficiosi causam nihilominus integram esse placuit, si ab hærede transactioni fides non præstetur, *l. si instituta* 27. *pr. ff. de inoff. testam.* Cui contrarium non est rescriptum Valeriani & Gallieni, quo dispositum: *Quamvis eum ordinem scriptura contineat, ut primo abolitio criminis posceretur, & tunc debinc omnibus placitis obtemperaretur, non observantibus tamen adversariis pactorum fidem*, accusatorem *instaurare accusationem minime posse, a qua ipse destitit*, *l. quamvis* 3. *C. ad Senatusc. Turpil.* unde constare videbatur, nec transactione promissa peti, nec in accusatione pergi posse. Etenim, ex qua ratione cessabat promissorum petitio in *d. l.* 27. *ff. de inoff. test.* ex eadem quoque cessat in *d. l.* 3. videlicet, quia non stipulatione, sed pacto, transactio celebrata fuerat. Accusatio vero denegatur, non quia transactione ipsa extincta fuerat, sed quia accusator abolitionem impetraverat, qua semel obtenta, idem crimen ab eodem in eundem instaurari non potest, *l. mulier* 4. *§.* 1. *ff. ad Senatusc. Turpill.* Quod vero in *l. si quidem* 9. *C. de contrah. & committ. stipulat.* a Diocletiano & Maximiano rescriptum invenitur: *Si ob non instituendam accusationem criminis pecunia promissa sit, cum de hujusmodi causis pacisci non liceat, petitio denegatur*; ad crimina publica pœnam sanguinis haud irrogantia restringendum esse, manifestum ex ipsa lege est, quippe quæ de hujusmodi causis seu criminibus tractat, de quibus *pacisci non licet*, quod de solis pœnam sanguinis haud ingerentibus, ab iisdem Imperatoribus in *d. l.* 18. *C. h. t.* statutum fuit, cum præmisissent, de *capitalibus transigere vel pacisci prohibitum non esse*, adeoque licere. Porro quæ hactenus ad explicationem pleniorem sensus *d. legis* 18. *C. h. t.* adducta sunt, non ex eo collabantur, quod *d. l.* 18. rescriptum contineat, ad Valentem reum directum; adeoque non pro jure universali, sed tantum pro definitione casus alicujus singularis, a Valente reo per libellum propositi, an nempe reo transigenti ignosci debeat, accipiendum sit, ultra quæstionem propositam haud extendendum. Rescriptum enim esse, negari nequit: ad Valentem datum esse, inscriptio evincit: sed Valentem illum reum fuisse accusatum, non accusatorem, non magistratum, qui Principem de jure consulere potuit, subsumi facilius quam probari posse confido; cum nullum ejus indicium ex lege appareat, neque sine aliqua probationis specie tale quid pro basi atque fundamento explicationis substerni queat. Quin imo Valentem il-

lum accusatorem magis fuisse, aut certe rescripti verba magis ad accusatorem, quam reum pertinere, ratione non improbabili inde erui posse puto, quod in *d. l.* 18. non rei, sed accusatoris contra leges transigentis pœna proponitur, dum statuitur, *de criminibus publicis, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licere, citra falsi accusationem*, si cum multis viris doctissimis verba illa *citra falsi accusationem* ita interpreteris, ut velint, transigentem de non capitalibus in falsi crimen & pœnam incidere; quod & verum est: ac, licet ex hac *l.* 18. probari non putem, tamen ex Marciano constat in *l.* 1. §. 1. 2. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*. Hanc vero falsi pœnam ad accusatores, qui ob accusandum vel non accusandum pecuniam acceperunt, ex lege Cornelia pertinere, auctor est Macer in *l.* 2. *ff. de concussione*. Reos quidem criminum ad defensionem bonæ causæ venire, non adversarios aut judicem redimere debere, eosque, *qui defensione omissa redimere sententiam malunt, cum ipsis crimen objiceretur, quingentos solidos inferre jussos esse*, *l. Imperatores* 34. *ff. de jure fisci*, imo adversarium corrumpentes, aut cum eo transigentes, pro convictis confessisque haberi lego *l. ult. ff. de prævaricatione*, *l. in fisci causis* 4. *l. ejus, qui* 29. *ff. de jure fisci*. Quin & pœna legis Corneliæ affici eum, qui judicem corruperit, corrumpendumve curaverit, a Marciano & Paulo scriptum deprehendo, *l.* 1. §. *sed & si* 2. *l. qui duobus* 21. *in fine ff. ad leg. Cornel. de falsis*. Sed transigentem cum accusatore reum, eumve corrumpentem, falsi pœna afficiendum fuisse ex lege Cornelia aut Senatusconsultis ad eam pertinentibus, videre hactenus non licuit, sicut id nec vidisse se Cujacius profitetur *lib.* 6. *observ.* 11. Non enim id evincitur ex *l. de crimine* 10. *C. ad leg. Jul. de adult.* qua rescriptum, *de crimine adulterii pacisci non licet, & par delictum est accusatoris prævaricatoris, & defugientis veritatis inquisitionem*, (vel ut alii legunt, *rei fugientis inquisitionem*; quamvis & in Basilicis sensu prorsus alio lex illa occurrat) *qui autem pretium pro comperto stupro accepit, pœna legis Juliæ de adulteriis tenetur*. Nam etsi in adulterii crimine, de quo transigere non licet, par sit delictum accusatoris prævaricatoris & rei fugientis veritatis inquisitionem; non tamen ea paritas in illo est, quod uterque falsi reus esset, sed in eo, quod, uti adulter pretium dans accusatori, pœnæ legis Juliæ de adulteriis subjiciendus est, tanquam talis qui contra legem transigens, hoc ipso pro convicto confessoque secundum ante dicta habetur; ita &, *qui pretium pro comperto stupro accepit, pœna legis Juliæ de adulteriis teneatur*, secundum ipsa verba finalia *d. legis* 10. Quemadmodum etiam ex aliis legibus adulterii & lenocinii pœna ex lege Julia de adulteriis eadem est, *l. qui domum* 8. *l. mariti lenocinium* 29. §. *plectitur* 2. *l. si quis adulterium* 33. §. *ult. ff. ad leg. Jul. de adult.* Neque ad astruendum id, quod in *d. l.* 18. non jus universale, sed tantum quæstionis singularis a Valente propositæ decisio contineretur, ultra id, de quo libellus conceptus erat, haud producenda, sufficiens argumentum in eo esse videtur, quod *d. l.* 18. rescriptum sit. Nam uti facile concesserim, rescripta Principum quamplurima libello supplici ipsi oblato, vel consultationi magistratuum accommodata fuisse, præsertim ubi qualitates facti & circumstantiæ ex libello supplice vel consultatione in ipsum rescriptum principale translatæ apparent; ita quoque viros in jure versatos id mihi non ægre daturos confido, innumera prope rescripta esse, in quibus nulla eorum, quæ libellis significata fuerant, habita mentione, nulla facta specifica quæstionis propositæ determinatione, generalia tantum jura, regulas universales expresserunt Imperatores, ex quibus unusquisque de jure consulens intelligere poterat, secumque statuere, quale in proposita facti specie jus obtineret. Id sane uti ex multis aliorum Principum rescriptis in nostrum Codicem relatis, manifestum est, quæ recensere longum foret, ita præprimis illa rescribendi ratio arrisit Imperatoribus Diocletiano, & Maximiano, auctoribus *d. legis* 18. prout hoc facile patebit inspicienti legem 14. 17. 18. *C. d. legatis*, *l.* 19. 20. 22. 25. 27. 29. *C. de fideicommissis*, *l.* 16. 17. *C. ad leg. Falcid. l.* 2. *C. de suis & legit. hered. l.* 1. *C. ad Senatusc. Tertull. l.* 3. 4. 7. 10. *C. commun. de succession. l.* 11. *C. de testam. manumiss. l.* 12. *C. de fideic. libert. l.* 8. *C. de ingen. manumiss. l.* 10. 26. 29. 30. 32. 34. 39. *C. de liberali causa*, *l.* 2. *l.* 3. *C. de usucap. pro herede*, *l.* 4. 5. 7. *C. de prescript. longi temp. l.* 2. *C. in quib. causs. cesset longi temp. prescript. l.* 7. *C. quo modo & quando jud. sentent. prof. deb. l.* 10. *C. de sent. & interlocut. l.* 11. *C. de appell. l.* 7. *C. quando provoc. non necesse est*, *l.* 18. 19. 21. 24. *C. de pign. & hypoth. l.* 9. *C. qui pot. in pign. l.* 2. 3. *C. si antiquior. cred. pign. vend. l.* 13. 17. 18. *C. de distract. pign. l.* 10. 11. *C. de except. l. pen. C. de inutil. stipul. l.* 6. *C. de novat.* 14. *C. de adopt. l.* 16. *Cod. de donat. l.* 7. *C. ad leg. Corn. de sicar. l.* 12. *C. de falsis*, quibus alias multas eorundem Imperatorum addere facile esset, nisi id supervacuum, nimiæque diligentiæ videri posset. Ad hanc vero rescriptorum generales juris definitiones comprehendentium classem reduci quoque oportere hanc *l.* 18. inde colligi potest, quod nulla vel minima facti singularis propositi aut mentio est, aut qualitas exprimitur; quodque non de uno aliquo crimine, veluti de homicidio, nec de unius generis criminibus tantum, quid constituatur, sed generalissima & ad omnia crimina, tam capitalia, quam non capitalia pertinens definitio ab imperatoribus tradatur, ne exceptione quidem a regula, si quæ esset, prætermissa; nempe, *transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem criminibus publicis, quæ sanguinis pœnam non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem*. Ex qua generali determinatione, omnia omnino crimina publica complectente, Valens, sive accusator, sive judex, sive (ut aliis placet) reus, discere poterat, atque æstimare, secumque statuere, utrum transactio, de qua quærebatur, sive de capitali crimine sanguinis pœnam ingerente, sive de alio pœnam sanguinis haud ingerente, sive de adulterio, interposita, jure licito illicitove inita esset. Phrasiologia enim illa *prohibitum non est*, non aliud significat, quam quod jure licitum sit de capitali transigere crimine, excepto adulterio; prout id non modo argui potest ex opposita de casu opposito criminum sanguinis pœnam haud ingerentium definitione, quod nempe *de iis transigere non liceat*; verum etiam ex eo, quod hæc

rescribendi ratio, qua *non prohibita* dicebantur, quæ jure licita ac probata erant, sicut aliis imperatoribus in usu fuit, in *l.* 1. *C. de transact. l.* 3. *Cod. de inoff. testam. l.* 7. *C. de pignorat. act. l.* 5. *C. qui pet. tut. l.* 3. *C. suspect. tut. l.* 22. *C. de testamentis*, *l.* 4. *C. de instit. & substit. l.* 4. *C. de pactis conventis*, *l.* 3. *C. de rei vindicat.* ita in primis arrisit, ac frequentata fuit Diocletiano & Maximiano; utpote quam adhibuerunt in *l.* 24. *C. l. de transact. l.* 7. *C. de exception. l.* 18. *C. de inoff. test. l.* 14. 19. *C. de rei vind. l.* 9. 10. 11. *C. de servitut. & aqua l.* 22. *C. de probat. l.* 5. 6. *C. de contrah. emt. l.* 16. *C. de jure dot. l.* 3. *C. rerum amot. l.* 6. *C. qui dare tut. l.* 16. 17. *C. de admin. tut. l.* 9. *C. de præd. & aliis reb. min.*, *l.* 17. *C. de furtis*, *l.* 3. *C. ad Senatusc. Orfitian. l.* 8. *C. de leg. hæred.* præter plures alias cuique inter legendum occurrentes. Atque ita etiam Paulus pro eodem accepit, *licet* & *non prohiberi*, *l. mutus* 43. *§. cum* 1. *ff. de procurator.* Et sane, quid interest, utrum cum Imperatoribus ex *d. l.* 18. dicatur, transigere de capitalibus *prohibitum non esse*, an cum Ulpiano ex *l.* 1. *§.* 3. *ff. de calumniat.* asseratur, *non esse interdictum transactionibus*, sed sordidis concussionibus; quo tamen ipso nihil aliud Ulpianum voluisse, non ambigitur, quam transactiones lege licitas, concussiones illicitas esse. Quibus consequens est, non modo reo (si vel maxime Valens reus fuisset) hoc datum fuisse ex *d. l.* 18. ut ob transactionem de criminibus capitalibus non haberetur pro convicto & confesso, adeoque impunitas hactenus ei competeret; sed omnino jure licito eum transegisse, sicut in omnibus legibus supra adductis licito jure valideque facit, de quo rescriptum est, quod facere *prohibitus non sit*. Si autem id reo licere constiterit, non facile convelli posse ratiocinium, quo id accusatori quoque tunc permissum esse debere, ante adstructum est. Nec est, quod quis nihilominus existimet, reum criminis capitalis sanguinis pœnam ingerentis, transigendo delinquere, licet ex commiseratione ex eo solo non habeatur pro convicto, uti quidem in aliis criminibus, ultimo supplicio non vindicandis, quia in *l.* 1. *ff. de bon. eor. qui ante sent.* simpliciter asseritur, *in capitalibus criminibus non nocere ei*, *qui adversarium corrupit*, addita ratione, quia Principes *ignoscendum censuerunt ei*, *qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit*, quasi solis illis *ignoscatur*, qui deliquerunt, pœnamque sunt meriti. Procederent enim ista, si non ipsa transactio per Imperatores licita seu *non prohibita* fuisset pronunciata; atque insuper *ignoscendi* verbum, & similia, tantum de nocentibus usurparentur: quod ita non est. Licet enim nocentibus *ignosci*, expeditum sit, *l. nemo deinceps* 3. *C. de episc. audient. l. ad ea*, *quæ* 157. *ff. de reg. juris*, junct. *l. ult. C. de his*, *qui sibi adscripr.* tamen & *ignosci* dicitur manifeste insontibus, qui ex generalibus quidem juris regulis videri possent prima specie nocentes esse, sed ob concurrentes circumstantias vere insontes sunt, & jure licito egerunt id ipsum, cujus intuitu ipsis ignosci dicitur. Qua ratione Ulpianus (qui & auctor est *d. l.* 1.) respondit: *Si libertus majestatis patroni filium accusavit*, *& patroni filius calumniæ eum capitis puniri desideravit*, *non debet repelli hoc edicto*. *Idem puto*, *& si ab eo petitus*, *retorsit in eum crimina: ignoscendum enim est ei*, *si voluit se ulcisci provocatus*, *l. qui cum major* 14. *§. si libertus* 6. *ff. de bonis libertor.* nec male ea ratione dixeris, ignoscendum esse ei, qui furem nocturnum aut latronem sibi insidiantem occidit, cum aliter ei parcere sine suo periculo non posset, arg. *l. itaque* 3. *pr. & §.* 1. *ff. ad leg. Aquil.* junct. *l. furem* 9. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.* Atque ita Ulpianum ex Ulpiano explicamus in eo, quod scripsit, *ignoscendum* esse transigenti de crimine capitali, scilicet, non tanquam peccanti, pœnamque merito per talem transactionem; sed tanquam jure licito super crimine cum accusatore transigenti, utcunque forsan intuitu criminis ipsius, cujus insimulatur, nocenti, puniendoque.

20. Et hæc quidem ita ex Romani juris præceptis obtinent. Hodiernis vero moribus invaluit, nulla distinctione adhibita, sive publicum, sive privatum crimen sit, sive capitale, sive non capitale, læsum aut læsi hæredes, liberos, uxorem, (de quibus latius *tit. ad leg. Aquil. num.* 11. *& tit. de sent. passis n.* 9.) transigere posse cum lædente, in quantum ex tali læsione civilis actio ad indemnitatem aut id quod interest, posset competere, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 4. *num.* 10. Groenewegen *ad l.* 18. *C. h. t.* D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 15. *numero* 7. Ant. Matthæus *de criminibus libr.* 48. *tit.* 20. *cap.* 4. *numero* 12. adeo ut nec marito prohibitum sit de adulterio uxoris suæ, cujus ab initio ignarus fuit, transigere, sive cum uxore, sive cum ipso adultero, sine lenocinii vitio. Carpzov. *pract. criminali part.* 2. *quæst.* 71. *numero* 31. *& seqq.* Petrus Heigius *part.* 2. *quæst.* 20. *numero* 29. *& seqq.* Sed uti inter solos transigentes jus facit, ita non potest illis, quibus publica accusatio nunc ex regionis cujusque more demandata est, quibusque solis ad exclusionem privatorum jus accusandi competit, præjudicare, quominus solemni ad judicem delatione legitimas aut arbitrarias persequantur criminum pœnas. Quibus licet apud nos superiori seculo interdictum fuerit, ne de ullis criminibus transactio fieret; tum quia sæpe innocentes ea ratione concussionibus reddebantur obnoxii, tum quia opulentiores ad crimina invitabantur, quippe ære solo per transactionem, non pelle luenda. *Ordon. op de criminele Justitie van Kon. Fhilippus*, *anno* 1570. *art.* 13. *vol.* 2. *placit. Hol. pag.* 1014. postea tamen de levioribus transactiones cœperunt prætoribus similibusque permitti; uti & de pluribus gravioribus ex consensu Principis, aut Cameræ rationum Principem repræsentantis, transactio jure fit; præsertim ubi id, quod objicitur, magna quidem præsumtione juvatur, sed non evidenti satis ac luce meridiana clariore probatione. Merula *praxis libr.* 4. *tit.* 14. *cap.* 2. *num.* 5. Groenewegen *ad d. l.* 18. *C. h. t.* Wassenaar *pract. jud. cap.* 30. *numer.* 52. 53. 54. Ant. Matthæus *de criminib. libr.* 48. *tit.* 20. *cap.* 4. *num.* 12. Excepto crimine stupri violenti, raptus, falsi, blasphemiæ, & aliis enumeratis *in instruct. Curiæ Hollandiæ art.* 9. Nec tamen ideo, si quis de gravioribus non jure transegerit cum publicis accusatoribus, sive de quibuscunque cum privatis læsis, habendus videtur pro confesso; sed magis, accusatione post transactionem publice instituta, legitimis est convincendus probationibus. Si enim de levioribus hodie transigere li-

ceat, non peccat utique aut convicti confessique pœna puniendus, qui lege permittente transigit. Et quod talis quantum ad irrogandam infamiæ notam jure Romano pro confesso fuerit habitus, *l. Athletas* 4. *§. ult. l.* 5. *ff. de his, qui not. infam.* id usum hodie haud invenit, dum nulla nunc ipso jure infamia irrogatur citra condemnatoriam judicis sententiam, ut dictum *tit. de his, qui not. infam.* Et si gravissima ponas crimina, de quibus in *d. art.* 9. Instructionis recensitis, transigere vetitum; tamen de hisce non tam ex sceleris conscientia, quam potius ob incertum ipsis etiam insontibus quandoque ex aliena calumnia imminens mortis periculum, transactum videri potest; & quia prohibitioni non invenitur apposita in contravenientes convicti confessique pœna, propius est ut existimemus, non mutatæ in eo Romani juris dispositioni, quod transigentes de capitalibus nequaquam pro convictis habet, standum esse, *l. ult. ff. de prævaricatione*, Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 36. *defin.* 2. *in med.* Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 22.

21. Effectus transactionis est, quod litem dirimat, habeatque vim rei judicatæ ac jurisjurandi inter transigentes, *l.* 2. *ff. de jurejur. l. non minorem* 20. *C. h. t.* Ut tamen strictam recipiat interpretationem, sic ut non excedat negotia ac causas, de quibus nominatim concepta est, nec quantitatem pecuniariam, de qua disputatum fuit. Unde licet de debito, de residuis in universum, sine quantitatis litigiosæ dubiæve designatione, transigi possit, atque ea ratione tota quæstio sopiatur; tamen si de mille aureis velut residuis aut debitis cum tutore, aut alio simili administratore, vel cum debitore transactum fuerit, ac postea major probetur residui debitive quantitas, petitio ejus, quod mille aureos excedit, non censetur tali transactione peremta, *l. qui cum tutoribus* 9. *§. transactio* 1. & 3. *ff. h. t. l. age* 3. *C. h. t.* Et si de hæreditate inter fratres aliosve transactio interposita sit, quasi omnibus hæreditariis rebus inter eos divisis, ac postea quædam per unum subducta appareat, actio de subductis superesse creditur, cum de subductis ne cogitatum quidem fuerit, & de non cogitatis non possit videri transactum, *l. tres fratres* 35. *ff. de pactis.* Vide Grotium *manuduct. ad Jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 4. *n.* 13. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 229. & *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 31. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 5. *def.* 15. *post med.* Multoque minus ad negotia futura, de quibus haud cogitatum, sese transactionis efficacia potest extendere. Brunnemanus & vulgo DD. *ad d. l.* 9. *ff. h. t.* Ex eadem strictæ interpretationis ratione est, quod, si inter vulnerantem vulneratumque, aut injuriam inferentem mediante transactione reconciliatio intervenerit, salvam nihilominus fore ad impensas & id, quod interest actionem, nisi plenissima esset facta remissio, tradit Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 2. *art.* 31. *n.* 11. Menochius *libr.* 3. *præsumt.* 114. Jul. Clarus *recept. sent. libr.* 5. *§. fin. quæst.* 58. *n.* 38. Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 10. Quodque non facile de negotio transactum præsumi debeat; ac proinde, si inter plures fratres cohæredes, & mutuo fideicommisso gravatos, divisio hæreditatis facta sit, pactumque divisionis additum, bona cujusque fore propria, & neminem divisioni contraventurum, fideicommissi tamen incerti spes non videatur ista transactione sublata, maxime, cum longe aliud sit dividere, aliud renunciare fideicommisso, *l. cum pater* 77. & *hæreditatem* 18. *ff. de legatis* 2. arg. *l. si unus* 27. *§. pacta* 4. *in fine ff. de pactis*, nisi verba pactorum ac clausularum adeo generaliter concepta fuerint, ut sine calumnia, & salva recti sermonis ratione, restringi nequeant ad solam divisionem. Neostadius *curiæ supr. decis.* 43. Andr. Gayl. *lib.* 2. *obs.* 139. *num.* 1. & *seqq.* & *num.* 11. & *seqq.* Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 25. *defin.* 1. Fachinus *libr.* 5. *controv. cap.* 20. Sande *decis. Fris. lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 14. Menochius *lib.* 3. *præsumt.* 115. *num.* 9. & *seqq.* Wamesius *tom.* 6. *consil.* 82. *num.* 24. & 30. Fusarius *de substitut. q.* 587. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 180. *numer.* 8. & *seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 62. Brunnemannus *ad d. l.* 11. *C. de transaction.* & *ad d. l.* 16. *C. de pactis.* Vinnius *de transact. cap.* 8. *numer.* 19. 20. Nec adversatur hisce responsum Scævolæ *in l. qui Romæ* 122. *§. ult. ff. de verb. obligat.* quippe qui illic non definit quæstionem, utrum divisione & clausula pœnali addita super fideicommisso censeatur transactum, nec ne; uti nec illud, an bene, an perperam judicatum fuerit, etiam de fideicommisso videri transactum. Sed potius id unice quæsitum est, an pœna in casum, quo quis dividentium fratrum contra divisionem faceret, promissa, secundum ea, quæ proponebantur, esset commissa, ac eam commissam esse respondetur; optima ratione: nam, cum judicatum esset secundum narrata in lege, fideicommissi petitionem divisione extinctam fuisse, & res judicata sive jure, sive injuria interposita, habeatur pro veritate; non poterat non videri contra divisionem fecisse frater fideicommissum petens; & quia in casum contraventionis pœna promissa erat, contraventione per rem judicatam apparente, necessario pœnam commissam fuisse respondendum fuit. Vinnius *d. num.* 19. Si tamen duo, inspectis plene testamenti tabulis, inter se dividant res fideicommissarias eo tempore, quo purificata jam erat fideicommissi conditio, ipsis illud ignorantibus, non alia quam transactionis de fideicommisso ac remissionis conjectura capi posset. Eoque facit, quod solus ignoranter emens rem sibi pure legatam, etiamnum rei legatæ persecutionem habet, aut saltem pretii; non item, si sciens comparasset, arg. *l. hujusmodi* 84. *§. qui servum* 5. *ff. de legatis* 1. junct. *l. suæ rei* 16. *ff. de contrah. emt.* si enim scienter emens rem sibi pure legatam, præjudicet legato suo; quidni & fideicommisso puro noceat divisio per non ignarum juris sui facta? Menochius *libr.* 3. *præsumpt.* 115. *num.* 3. & *seqq.*

22. Sed ut transactio non excedit negotia, de quibus concepta est, ita nec aliis nocet, quam ipsis transigentibus, ex vulgato axiomate, rem inter alios actam aliis nec prodesse, nec nocere, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicat. tot. tit. Cod. inter alios acta vel judicata aliis non nocere*, *l. si unus* 27. *§. pacta* 4. *in fine ff. de pactis*, *l. Imperatores* 3. *ff. h. t.* Quo fundamento responsum, transactionem unius socii vel cohæredis non præjudicare ceteris eam non mandantibus ratamve habentibus; nec transigentem, si de rato non caverit, ultra suam partem transactioni stare cogendum, nec ad id, quod interest, reliquos non stitisse, obstringi,

sed tantum ad impensas, si quas transactionis istius intuitu appareat erogatas, Respons. JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 42. Et, si inter testamento institutum ac legitimum hæredem contentio sit de validitate testamenti, sive illud inofficiosum, sive non jure factum, sive falsum dicatur, aut alio quocunque modo laborare ac inutile esse, & transactione ab illa discedatur controversia, sic ut vi transactionis partem hæreditatis habeat testamento scriptus, partem legitimus; transactione tali legatariis non præjudicatur, quo minus actionem pro legatis consequendis in solidum adversus institutum testamento instituant, si modo testamentum substitisse probent. Neque enim omnis additio per institutum facta eum oneri legatorum reddit ac retinet obnoxium; sed ea demum, quæ ex testamento, invitis aliis exitum habere valente, contingit: ne alioquin & ex falsis & ex inofficiosis, & ex ruptis, aut ipso jure nullis tabulis adeuntem dicamus obstrictum, contra jura, legatorum condictionem ut non debitorum concedentia, *l. si quis sic solverit* 2. §. *l. l.* 3. 4. *l. ex his omnibus* 54. *ff. de condict. indeb.* Et hoc est, quod volunt Imperatores in *l. Imperatores* 3. *ff. h. t.* dum pro regula præmittentes, *privatis pactionibus non lædi jus ceterorum*, subjiciunt hanc de legatariis facti speciem. Nisi enim testamentum subsistere probetur, alio id ipsum eunte inficias, non potuisset disputari, an jus legatariorum lædi posset, quod nunquam fuerat ipsis quæsitum, cum non entis nullæ sint affectiones: & hinc quoque in *l. si suspecta* 29. §. *quamvis* 2. *ff. de inofficioso testam.* dicitur, non obstante transactione, *testamentum in suo jure manere*, ac ideo legata ac libertates salvas esse. Quo ipso supponitur, jure debuisse valere, cum inepte dicatur in suo jure manere, quod nunquam fuit recte conditum. Itaque ratio est, quod in *pr. d. l.* 29. permittitur legatarius, collusionem metuentibus, in lite de inofficioso adesse, & voluntatem defuncti propter sua legata tueri, monstrando, nihil fuisse contra pietatis officia peccatum, quin & appellare datum est, si institutus succumbat, *l. a sententia* 5. §. 1. *& seqq. l. si perlusorio* 14. *ff. de appellat.* Imo si heres institutus sponte cesserit querelam moventi, eique non responderit, atque ita testamentum pronunciatum fuerit inofficiosum, libertates tamen competere, & peti posse legata, responsum est *l. qui repudiantis* 17. §. 1. *ff. de inoff. test.* si scilicet legatarii testamentum ab inofficiosi macula purgare queant; cum fieri posset, ut institutus non responderet, quod temere nollet litigatum ire, dum certus erat, contra pietatis officia peccatum esse. Et sane, si hanc a legatariis in specie *d. l.* 3. probationem non exegeris, eo deveniendum erit, ut transactione privatorum firmum fiat aut maneat testamentum, quod vel ab initio inutile erat, vel debuerat rescindi; utque pactum alterius alteri sæpe nullum jus habenti prosit; cum utique controversia de testamenti valore non minus contra scriptum, quam pro scripto hærede potuisset definiri, si non transactum fuisset, sed ad sententiam usque in lite perseveratum. Ceterum, ut transactio non nocet legatariis secundum jam dicta; ita quoque nec creditoribus hæreditariis impedimento est, quominus in solidum experiantur adversus institutum, si modo probaverint validitatem testamenti; aut e contrario, adversus legitimum, si modo manifestam docuerit testamenti infirmitatem; ne alioquin collusionibus fraudibusque via patefiat, per quam paupertinus legitimus, fabricata transactione, subintraret in hæreditatis & onerum partem; aut vice versa legitimus sublevaretur, in partem cum testamentario subornato hærede paciscens. Militatque hic eadem quæ in legatariis ratio, privatorum scilicet pactionibus lædi non debere jus ceterorum, & cum alia persona conventionem initam ad alterius personæ detrimentum haud esse porrigendam, *d. l. Imperatores* 3. *ff. h. t. l. si unus* 27. §. *pacta* 4. *in fine ff. de pactis.* Neque existimandum, Scævolam sibi suoque ratiocinio in *d. l.* 3. proposito contrarium esse in iis, quæ in *l. controversia* 14. *ff. h. t.* circa creditores scripsit: non enim illic creditoribus hanc de jure imponit necessitatem, ut partim contra institutum, partim contra legitimum hæredem suas cogeretur actiones instituere, pro ea nempe parte, quam ex hæreditate quisque ex transactione percepisset; sed tantum respondet ad illam quæstionem, *quem*, posita tali transactione, *creditores hæreditarii convenire possint*: Ut autem viis mediisque pluribus creditores suum consequi, non novum erat; ita & Scævola non negans, vel testamentarium vel legitimum hæredem, probatis probandis, secundum ante dicta posse in solidum conveniri, existimavit, jure quoque facturos creditores, si & testamentarium & legitimum hæredem pro parte hæreditatis in transactione expressa, & cuique delata, convenirent; ita enim illud *conveniendus est* pro *conveniri potest* accipiendum esse, tum quæstio proposita, tum rationes superius adductæ evincunt, tum denique adeo usitata Jurisconsultis ac probatis auctoribus hæc loquendi ratio, ut probatione non indigeat pleniore. Ita namque in *l. si quis putans* 6. §. *si quis* 6. *ff. communi divid.* cum Jurisc. ait, in *factum agendum est:* vult id, in factum agi posse; nam & familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, vel pro socio actione agi posse in ista facti specie, patet ex *l. locum* 2. §. 1. *ff. de religiosis*, & *l. si fundus* 39. *ff. pro socio*. Nititur autem hæc Scævolæ sententia *incerto successionis jure.* Adivit scilicet institutus ex testamento; adivit & legitimus; & uterque sibi jus succedendi defendit; sed quia non constabat, uter meliore gauderet jure, merito *successionis incertum* a Scævola allegatum est. Cumque lis illa dubia prorsus transactione composita esset, nulla profecto vel iniquitas suberat vel absurditas, unumquemque pro ea parte, quam vi transactionis habebat ex hereditate, conveniri. Nam cum & institutus, dum totam ex testamento servare non potuit partem, quantam potuit maximam, transactione servaverit; & legitimus vicissim velut lege delatam, cum totam retinere non posset, parte tamen maluerit contentus esse, quam litigare; quæ, obsecro, injuria est, si quisque in solidum captans hæreditatem, onera pro ea parte subire cogatur, pro qua, dum plus habere nequit, ex transactione hæres & esse voluit, & potuit manere, *utili* tamen potius, quam *directa* actione ob incertum successionis conveniendus: cum enim incertum esset, an legitimus partem accepisset a testamentario, tanquam vero hærede, an contra testamentarius a legitimo, ac is, qui vere hæres non est, sed ven-

ditione, transactione, aliove modo hæreditatis partem a vero hærede est consecutus, non directis sed utilibus actionibus conveniendus sit; merito successionis incertum effecit, ut utilibus magis, quam directis actionibus uterque fuerit ad solutionem adigendus, *d. l.* 14. Et quamvis emtor hæreditatis invitus utiles actiones hæreditarias contra se motas excipere non teneatur, *l. ratio juris* 2. *C. de hæred. vel act. vend.* aliud tamen est in quæstione præsente, in qua, dum uterque voluit vere hæres esse, etiam ut talis, ex sua voluntate, actiones pati invitus cogitur; iterum ob incertum successionis. Neque est, quod quis existimet, ita fore, ut pactis deferatur hæreditas: nam cum dubium esset succedendi jus, ex pacto neuter, sed ex lege alter, alter ex testamento se hæredem profitetur. Et licet jus nostrum non patiatur, in paganis eundem testatum simul & intestatum decedere, *l. 7. ff. de regul. juris;* id tamen initio tantum inspecto obtinere constat; cæterum novum non esse, ut ex post facto quis pro parte testatus, pro parte intestatus sit, atque pars hereditatis in testamento remaneat, pars altera legitimo cedat hæredi, & ipse tanquam legitimus in ea consideretur, manifestum est ex *l. nam etsi* 15. *in fine ff. de inoff. testam.* frustraque quis fuerit, *in d. l.* 15. id non transactione, sed sententia contigisse excipiens; cum transactio majorem, quam res judicata auctoritatem habeat, *l. 2. ff. de jurejur. l. non minorem* 20. *C. h. t.* & non magis sententia, quam pacto vel transactione hareditas deferatur: sed uti in *d. l.* 15. partim testamento, partim lege delatam esse hæreditatem pronunciatum fuit: ita in casu nostro id transactione declaratum. Neque in aliis quoque juris partibus id insolitum, ut quæ inter se pugnant, in eadem tamen persona ob incertitudinem consistant, ut, puta, libertas & servitus, in quantum pro parte liber pronunciatus, pro parte servus, sui ipsius partem pretio redimere a domino compellitur, *l. duobus* 30. *ff. de liberali causa*. Tantoque magis hæc moribus hodiernis sententia convenit, quod illa, ex naturali pugna testati & intestati depromta, hæsitandi ratio prorsus cessat, unicuique indulta pro parte intestato moriendi libertate. Nec dubitaverim, hæc, quæ de creditoribus, utrumque transigentium pro parte convenire valentibus, dicta sunt, ad legatarios quoque ex juris novissimi principiis producere: licet enim in *l. Imperatores* 3. *ff. h. t.* innuatur, eos scriptum debere hæredem convenire; tamen id ex veteris tantum juris profluxit fundamentis, quibus, cum legata non nisi testamento dari, nequaquam ab intestato deberi possent, non alius quam testamento scriptus ad solvenda testamento relicta compelli poterat; non ille, qui hereditatis partem heredis legitimi titulo obtinebat ac jure; unde & dicitur, eos, *quicquid ex testamento petunt, scriptum hæredem debere convenire*. Sed ex quo placuit, non tantum ab intestato legata relinqui posse, sed & ex testamento data, hærede instituto repudiante, per hæredes legitimos præstanda esse, *novell.* 1. *cap.* 1. 2. nulla amplius ratio superest, cur a creditoribus legatarii separandi forent, pari cum creditoribus jure persecutionem contra legitimum ac testamentarium hæredem post transactionem habituri; maxime cum & ipsi ex quasi contractu, aditione hereditatis, tam scripti quam legitimi hæredis creditores pro legati præstatione fiant.

23. Est & alius transactionis effectus, quod litium sopitarum favore tantam firmitatem habeat, ut neque imperiali rescripto resuscitandæ sint causæ ita finitæ, *l. causas* 16. *C. h. t.* Neque propter instrumenta noviter reperta retractari debeant, quæ transactione placuerunt, *l. sub prætextu* 19. *l.* 29. *C. h. t.* cum nec res judicatæ ex ea causa infirmandæ sint, *l. sub specie* 4. *C. de re judic.* Peregrinus *de fideicommissis, art.* 52. *num.* 99. 100. Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 13. & *tit.* 21. *defin.* 2. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 4. *numer. ult.* Radelantius *Curia Ultraject. decis.* 102. *n.* 4. *& seqq.* adde Sfortiam Oddum *de restitutione in integrum part.* 2. *quæst.* 73. Nec ex eo, quod postea probetur, nullam transigendi subfuisse causam, & indebitum fuisse, de quo transactum est; quia cum lis fuerit vel imminuerit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse, *l. in summa* 65. §. *& quidem* 1. *ff. de condictione indebiti, l. nec intentio* 3. *C. h. t.* arg. *l. si citra* 2. *C. de condict. indeb. l. si non* 6. *C. de juris & facti ignor. l. si transactionis* 11. *C. de non numer. pecun.* Si tamen dolum adversarii in transigendo intervenisse, quaqua ratione, sive novis instrumentis, sive alio probandi modo doceatur, vel instrumentorum suppressio per adversarium facta sit, vel manifesta calumnia, vel justus metus, vel ex falsis instrumentis transactio celebrata appareat, vel intervenerit error calculi, rescissione transactionis averti læsionem ab eo, qui circumventus est, æquitas postulat, nisi super ipso calculi errore transactum sit, *l. qui cum tutoribus* 9. §. *qui per fallaciam* 2. *ff. h. t. l. in summa* 65. §. *& quidem* 1. *ff. de condict. indeb. l. actione* 4. *l. interpositas* 13. *l. sub prætextu* 19. *l. pen. C. h. t. l. unic. C. de errore calculi,* idque ne alias sordidis faveretur concussionibus, jure interdictis, *l.* 1. §. *ff. de calumniatoribus*, Papon. *libr.* 16. *tit.* 3. *in appendice arrest.* 3. Ant. Faber *Cod. d. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 13. Hugo Grotius, inter Respons. JCtur. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *cons.* 304. *revera* 204. *num.* 1. 2. Peregrinus *de fideicommissis art.* 51. *num.* 101. Stockmas *curia Barbant. decis.* 137.

24. Quod si, nullo concurrente adversarii dolo aut calumnia, læsio tamen enormis ultra dimidium ex transactione contigerit; ob eam solam rescindi transactionem jus nostrum haud patitur: adeo ut nec probata quidem quadruplo majore debiti quantitate, transactio infirmanda sit, *l. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff. ad Senatuscon. Trebell.* imo nec probato quidem, nullum omnino debitum transactionis tempore subfuisse; cum utique semper sufficiens subsit causa dationis, ut nempe in posterum a lite discedatur aut abstineatur, secundum ante dicta, *l. nec intentio* 23. *C. h. t. l. in summa* 65. §. *& quidem* 1. *ff. de condict. indeb.* Quo etiam fundamento denegata indebiti soluti repetitio ex causis illis, in quibus ex inficiatione lis crescebat in duplum: in quantum conventus, præstando simplum, de imminente alioquin ob inficiationem præstatione dupli videtur transegisse, §. *ult. Inst. de obligat. quæ quasi ex contractu*. Accedit, quod, cum transactionis tempore negotium requiratur dubium, neque de certis transactio subsistat, dici satis apte nequit, quid eo tempore simplum fuerit, incerto litis eventu nullam æstimationem certam admittente: ut proinde

tunc ultra dimidium quoque læsio haud recte concipiatur; quod tamen omnino necesse, ut rescissioni ob enormem læsionem locus fiat, *l. si voluntate* 8. *in fin. C. de rescind. vend.* Postremo, cum neque jusjurandum, neque sententia ob solam læsionem rescindatur, nec in transactione id admittendum fuerit, cujus non minor, sed æqualis cum jurejurando ac re judicata vis est, *l. non erit* 5. §. *dato* 2. *ff. de jurejur.* §. *item si quis* 11. *Inst. de action. l. res judicata* 2. *Cod. de re judicata*, junct. *l.* 2. *ff. de jurejur. l. non minore* 20. *C. h. t. l.* 1. *C. de condict. indeb* Peregrinus *de fideicommissis art.* 52. *num.* 102. Radelantius *Curia Ultrajectina decis.* 102. *num.* 13. 14. Andr. Gayl *libr.* 2. *observ.* 70. Tyraquellus *de retract. gentil.* §. 24. *gloss. unic. num.* 4. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 21. *defin.* 4. Ant. Matthæus *de obligationibus disp.* 6. *thes.* 19. Stockmans *Curia Brabantina decis.* 137. Vinnius *select. quæstion. lib.* 1. *cap.* 57. & *de transaction. cap.* 8. *num.* 11. 12. 13. Frustra in contrarium annitente Fachineo *libr.* 2. *controv. cap.* 26. Carpzovio *defin. Forens. part.* 2. *constit.* 34. *def.* 1. Berlichio *part.* 2. *conclus.* 42. *num.* 8. & *seqq.* aliisque *ibidem cit.* Non enim ullum pro horum opinione præsidium est in *l. si superstite* 5. *C. de dolo*, quippe quæ de rescissione, non ob enormem læsionem, sed ex dolo patris contingentem, agit; quod & titulus, sub quo *d. l.* 5. continetur, probabile facit; & manifeste evincunt verba legis, doli actionem denegantia non ob id, quod dolus defuisset, sed magis propter paternam verecundiam, quæ, dolo maxime manifesto, non patiebatur, famosam doli actionem a filia in parentem dolosum intentari; sed ejus loco temperatam verbis in factum actionem, *d. l.* 5. junct. *l. non debet* 11. §. 1. *ff. de dolo*. Neque juvat, quod læsio ipsa in se dolum contineat, *l. si quis municipiis* 17. §. *Proculus* 4. *ff. de instit. actione*, eo quod dolus ille non ex proposito fluit, sed tantum ex re, ut vulgo loquuntur: neque in omnibus, nec quantum ad omnis generis negotia, sed in quibusdam tantum læsionis & doli ex proposito comparatio fit in *l. si quis cum aliter* 36. *ff. de verbor. obligat.* Non certe in iis, in quibus super incerto dubioque negotio conventio interposita est, & postea apparet, tempore conventionis ne dimidium quidem fuisse debitum ejus, quod ex conventione ista subsecuta præstari debet. Tunc enim non intelligi quemquam dolo facere, si petat ex conventione; quæ bona fide ab initio super incerto negotio intercessit, ex jurejurando, per reum actori delato, manifestum est: nam si delatum sibi ab adversario jusjurandum actor præstet, recte agit ad id, quod juravit deberi; licet postea is, qui jusjurandum actori detulerat, probare possit, nihil vere debitum fuisse; cum de perjurio non quæratur, si modo tempore jurisjurandi delati & præstiti jurans dolo careat, §. *item si quis* 11. *Instit. de action.* Petit scilicet jurans, non quia ante debitum erat, sed quia cœpit deberi ex conventione, quæ inest jurisjurandi delationi, dum reus illud deferens actori, promisisse intelligitur, se soluturum, si actor juraverit, petita deberi; ac proinde etiam sibi imputare debet, quod tali sub conditione voluerit obligatus esse, ut infra *in tit. de jurejurando, num.* 25. traditum est. Porro eodem modo, quo id in jurejurando obtinet, etiam in transactione admittendum est, cum hæc duo effectu exæquata sint, *l.* 2. *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*. Nam & ex transactione petens, non petit ideo, quia antea debitum erat, sed quia adversarius promisit, se daturum, si alter a lite ulteriore desistat: adeoque nec hic inquirendum, a qua lite, justa an injusta, actor destiterit; sed id unum, an conditio obligationis impleta sit; seu, an a lite destiterit, qui sub conditione desistendi a lite sibi paraverat bona fide jus obligationis. Tota quippe dationis vel promissionis causa in transactione est lis ac abstinentia ab illa lite; seu, ut Paulus ait, *hoc ipsum, quod a lite discedtur*, causa dationis vel promissionis esse videtur, *l. in summa* 65. §. *& quidem* 1. *ff. de condict. indebiti*. Quod si, transactione interposita, alteruter eam servare nolit, si quidem ea nudo pacto celebrata sit, sola inde exceptio de jure Romano competere poterat; aut moribus juxta principia superiori titulo de pactis tradita, actio non magis deneganda foret, quam si ex juris civilis præceptis vel stipulatione, vel datione, adeoque innominato contractu, firmata esset: quo casu ex stipulatu vel præscriptis verbis actionem dari, notum est, *l. cum mota* 6. *l. cum proponas* 17. *l. sive apud* 28. *l. si pro fundo* 33. *C. h. t.* Et si quidem jurejurando munita, varie insuper coërcetur, qui, cum majorennis esset, juratæ noluerit transactioni stare, *l. si quis major* 41. *C. h. t.* Sin pœnæ adjectione, pœnam a refractario, transactionis placita servare detrectante, adversarius exigere potest, aut transactionis nomine data repetere; atque ita totam ex integro causam agere, ac si nulla fuisset pactio facta, *l. si diversa* 14. *l. promissis* 37. *l.* 40. *C. h. t.* Si simul jurisjurandi religione ac pœnali stipulatione, pœnam recte petit & simul transactionis implementum consequi potest, odio perjurii, *l. si quis major* 41. *C. h. t.* quod & obtinet, si non juratæ transactioni pœnæ stipulatio sic adjecta sit, ut, *si contra placita quis venerit, rato manente pacto pœna præstetur*, *l. pen. ff. h. t.* confer Vinnium *de transaction. cap.* 2. Ad hoc vero transactionis implementum totis triginta annis contendi potest, ex quo transactio fuit interposita; cum ex generalibus juris fundamentis actiones inde natæ, tanquam personales, non nisi annorum triginta præscriptione intereant, *l. sicut* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*. Respons. JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 266. Ut tamen electione semel facta videatur sibi præjudicare, sic ut, cœpta ad implementum actione, non amplius pœnæ persecutionem aut a transactione resiliendi potestatem habeat; & vice versa, *l. ubi pactum* 40. in verbis *ante cognitionem causæ C. h. t.* arg. *l. post diem* 7. *ff. de lege commissoria*, Marta *digest. jur. noviss. tom.* 3. *tit. transactio*, *cap.* 52.

LIBER TERTIUS.

TITULUS I.

De Postulando.

SUMMARIA.

1. *Postulat quis vel pro se, etiam olim in Curia Hollandiæ; vel pro alio. Advocatorum laudabile nobile officium, non præjudicat nobilitati.*
2. *Qui in universum postulare probibiti sint; an alibi postulare possit, cui uno in loco advocationibus interdictum est; an, & quando religionis diversitas aliquem ad postulandum faciat inhabilem? Quid si nec adversarius, nec judex probibitos repulerit? Quid si necessario fungatur officio tutelæ aut simili?*
3. *Qui probibeantur in certis quibusdam causis postulare tum civili, tum hodierno jure.*
4. *An quis possit, cognitis prius clientis unius argumentis, causam ejus deserere, & adversæ parti adesse?*
5. *Quæ pœna sit postulantium contra edictum?*
6. *Advocatis salaria debita, etiam non promissa. Non tamen pro iis consequendis licita retentio instrumentorum, (secus pro impensis) nec competit privilegium prælationis. An peti post biennium a lite finita?*
7. *An debitum salarium, si quis in causa sibi cum alio communi postulet, vel in sua vel proximi agnati, cui gratis adesset; si vincat & victus victori in expensas damnetur?*
8. *An annuo salario constituto, & advocato in medio anni moriente, heredes ejus integri salarii petitionem habeant; & quid moribus?*
9. *Advocati quo modo & quando præstent jusjurandum calumniæ?*
10. *Quid juris, si dolo, vel errore juris aut facti advocatus perdiderit clientis causam? quo usque clienti liceat corrigere errorem?*
11. *Advocatum non habenti dandus est a magistratu; qui & jure Romano curabat, ut utrimque esset æqua peritorum acies. Quid moribus?*
12. *Vetitum hodie captare patrocinia per pactum de salario non nisi post victoriam petendo.*

1. POstulare dicuntur, qui suum, vel amici desiderium exponunt, vel alterius desiderio contradicunt apud eum, qui jurisdictioni præest, *l.* 1. §. *postulare* 2. *ff. h. t.* etiam aliquando apud judices pedaneos, sed improprie, *l.* 1. §. *removet* 6. *ff. h. t.* Postulat ergo quis vel pro se, vel pro alio. Pro se postulare uti jus Romanum permisit, ita quoque quondam in Hollandiæ curia id singulis licuisse, constat ex magno privilegio Mariæ Burgundicæ Hollandis concesso 14. Martii 1476. *Placit. vol.* 2. *pag.* 661. *in med.* Qui pro alio postulant, advocati, causarum patroni, aut oratores appellati, litigantibus *adesse* dicuntur, uti magistratus juri dicundo *præesse*; notante Brissonio *antiquit. lib.* 1. *cap.* 20. laudabile ac vitæ hominum necessarium officium obeunt, præmiis principalibus ac privilegiis ob id remunerandi. Vide *l. laudabile* 4. & *tot. C. de advocat. divers. judicum*, & *tot. tit. C. de advocat. divers. judiciorum*. Sunt enim hi juxta constitutionem Imperatorum Leonis & Anthemii, qui, *dum dirimunt ambigua fata causarum, suæque defensionis viribus in rebus sæpe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si præliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim* (inquiunt) *solos imperio nostro militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, & thoracibus nituntur, sed etiam advocatos; militant namque causarum patroni, qui gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam, & posteros defendunt*, *l. advocati* 14. *C. de advoc. divers. judiciorum.* Facessat ergo impudentior quorundam sententia, existimantium, nobilitati, virtute majorum partæ, præjudicare honorificum adeo advocationis munus, nec honeste satis eodem in atrio ostentari fumosas majorum imagines & stantes in curribus Æmilianos, simulque numerosam consistere interrogantium de jure clientium turbam. Perinde ac si dedecori esset, avita atque paterna imitari exempla, ac non belli tantum, sed & togæ artibus ad illud grassari laudis culmen, unde sæpius natalium illustrium splendorem ad posteros suos derivaverunt majores: aut quasi vitio vertendum esset, si quis non alienis tantum, sed & propriis vellet meritis inclarescere. Aliud profecto priscis visum Romanis, aliud statui debere jubet virorum maximorum deprædicatum tantopere, ac encomiis ornatum a rei Romanæ scriptoribus, studium huic arti impensum; aliud dictat illa usque adeo decantata Mucii exprobratio Servio facta, *turpe esse patricio & nobili & causas oranti jus in quo versatur, ignorare*, *l.* 2. §. *Servius* 43. *ff. de orig. juris*. Quod si laudabile nemo negaverit esse illorum institutum, qui amplissimas ab ascendentibus conquisitas, & in se transmissas opes, adaugere diligenter allaborant, non potest non errare, quisquis indecorum putaverit, impetratæ majorum gloriæ propriam addere, præclaris militiæ togatæ factis quærendam. Vide Tyraquellum de *nobilitate cap.* 29. Zypæum *not. juris Belgici lib.* 1. *tit. de postulando*, versu, *unde*; & orationem meam de officio advocati, quondam Ultrajecti recitatam pro inauguratione.

2. Postulare potuerunt omnes non prohibiti. Prohibiti vero in universum fuere servi, minores annis septendecim: superantem namque illos annos completos ætatem prætor moderatam ratus est ad procedendum in publicum; unde & ea ætate vel paulo majore fertur Nerva filius publice de jure responsitasse, *l.* 1. §. *initum* 3. *ff. h. t.* Pro aliis autem postulare interdictum insigniter infamibus: mulieribus, ob sexus verecundiam, prohibitioni huic causam præbente Carfania, vel, ut Valerius Maximus, Afrania, fœmina improbissima ac inverecunde postulante: cœcis quoque, tanquam insignia magistratus videre nequeant ac revereri, *l.* 1. §. *secundo loco* 5. *ff. h.*

t. qualia insignia fuere fasces, secures, sella, prætexta toga, ut pluribus Brissonius *antiquit. lib.* 3. *cap.* 14. 15. Ad hæc illis, qui, cum causarum patroni essent, pacti fuerunt cum cliente de quota litis; quibusve aliam ob causam foro interdictum fuit aut advocationi, *l.* 1. *l. si quis* 5. *C. h. t. l.* 6. *§.* 1. *l. Imperator* 8. *l.* 9. *ff. h. t. l.* 1. *§. pen. ff. de offic. præfecti urbi.* Si cui tamen uno in loco, præsidis unius decreto, advocationibus interdictum sit, alio in loco aut alio coram judice postulare non vetatur, si non cum interdictione concurrat talis infamiæ nota, quæ eum & alibi agentem comitatur, secundum ea, quæ *sequenti tit.* tradentur, *ex ea causa* 9. *ff. h. t.* arg. *l. relegatorum* 7. *§. interdicere* 10. *ff. de interdictis, & relegatis.* Hæreticis quoque, nec non Judæis, Paganis, & universis aliis Religionis Christianæ purioris mysteriis non imbutis, postulandi facultatem ademerunt Imperatores Christiani, *l. ult. C. h. t.* Et quamvis penes nos in aperto sit, dissensum inter Christianos in fundamentalibus aliisve Fidei capitibus neminem a foro excludere, aut patrocinii impartiendi adimere facultatem; tamen si quis alibi ita respondendi de jure licentiam adeptus fuerit, aut summis in jure honoribus decoratus, ut simul se jurejurando ad Religionis Pontificiæ obstrinxerit defensionem, nisi tali Sacramento renunciaverit, eoque solutus sit, ad postulandum admittendus non est, *Placito Ordin. Holland.* 12. *Martii anno* 1591. & 1595. *vol.* 1. *placit. pag.* 523. Cujus etiam decreti vigore quendam apud Hollandiæ curiam cum admitti desiderasset, repulsam passum, ac repetitis demum in Academia Ultrajectina honorum titulis, admissum memini; ipse huic rei in ea universitate tunc temporis superstes. Et hi quidem omnes repellendi sunt, etiamsi pars adversa non intercederet eorum advocationi, sed pateretur eosdem postulare, *l. quos prohibet* 7. *ff. h. t.* neque enim in gratiam adversarii, sed magis propter debitam judici reverentiam, propriamque indignitatem exclusi sunt, ne prætoris auctoritas ineptis hominum sordidorum altercationibus labefactetur. Si tamen neque adversarius contradixerit, neque judex removerit hos postulare prohibitos, non erit inutile, si quid eorum fuerit patrocinio obtentum, arg. *l. filiusfamilias* 8. *§. veterani* 2. *ff. de procurator. l. ita demum* 15. *C. de procurat.* Quemadmodum etiam hi alias prohibiti, quoties necessario fungantur officio, sine edicto prætorii offensa ad postulandum recte accedunt, *l. puto autem* 6. *ff. h. t.* qua ratione insigniter infames, si tutelam curamve administrent, pro his, quorum curam gerunt, audiri æquum visum, *l.* 1. *§. removet* 6. *prope fin. ff. h. t.*

3. Præter hos sunt & alii, qui a quibusdam litibus patrocinio suo juvandis exclusi sunt. Sic etenim neque liberti contra patronos postulare possunt, ob debitam patronis reverentiam; nec decuriones contra patriam suam, *l. qui necessario* 2. *C. de advocat. divers. judicior. l. hi, qui* 10. *ff.* 1. *h. t.*; nec fiscus aut respublica vel potentiores pro privatis, *tot. tit. C. ne liceat potentioribus patrocinium litigantibus præstare, tot. tit. C. ne fiscus vel respubl. procurationem alicui patrocinii causa in lite præstet*; nec assessores, dum eo munere funguntur, *l. ult. C. de assessoribus*; nec judices in causa, in qua judicaturi sunt, *l. quisquis* 6. *C. h. t.* adde Instruction. Cur. Holland. *art.* 231. Curiæ supremæ *art.* 13. Curiæ Ultrajectinæ *tit.* 1. *van President en Raden, art.* 11. Curiæ Flandricæ, *art.* 35. Curiæ Brabant. *art.* 17. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 209. quod & ad prætores urbanos ac paganicos, & tribunalium urbanorum paganicorumque actuarios ac graphiarios extensum, *Placito Ordin. Holland.* 1. *Augusti* 1603. *vol.* 2. *placit. pag.* 1451. Quin tamen hi consilio suo adesse ac patrocinari possunt causis propriis, nec non eorum, quibus tam arcto sanguinis aut affinitatis nexu juncti, ut a litibus eorum judicandis abstinere jussi sint, non videtur dubitandum, cessante prohibitionis ratione: quod & nominatim permisit Instructio Curiæ Brabantinæ *d. art.* 17. uti in causis propriis, dictum placitum Ord. Holl. 1. *Augusti* 1603. Et quamvis jus Romanum fisci advocato licentiam indulserit postulandi pro liberis suis, vel parentibus, vel pupillo suo, contra fiscum, *l. hi, qui* 10. *ff. h. t.* vix tamen est, ut id nunc in Hollandia ei liberum sit, cum in universum vetetur litigantibus ullis suo patrocinio adesse, *instruct. Cur. Holl. art.* 18. Groenewegen *ad d. l.* 10. *ff. h. t.* Denique ex edicto prætoris infamia leviore notati pro extraneis postulare non potuerunt, sed tantum pro se & conjunctis personis, enumeratis in *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *ff. h. t.*

4. An autem is, qui prius uni parti operam addixit, causamque ejus argumentis cognovit, eadem derelicta, tanquam jure non suffulta, possit adversæ parti, quasi justiora foventi, patrocinium præstare, dubitatum est. Qui id licere arbitrantur, sapientis esse prætendunt, suum in melius reformare consilium; candoris esse, suam cum Papiniano sententiam mutare; & in contrariam duci atque trahi fortioribus rationum momentis, juxta *l. si venditor* 6. *§.* 1. *ff. de servis exportandis*, dissimulari sæpe multa, fingi alia, narrationes institui ex mendacibus compositas allegationibus per prius adeuntes; quarum detecta falsitate, non possit non justitiæ cultor ab adversa stare parte. Sic ipsum prætorem, quod interlocutione sua jussit vetuitve prius, non raro deinceps revocare, & contraria tollere sententia definitiva, *l. quod jussit* 14. *ff. de re judicata*, denique rescriptum esse, non prohiberi tutorem adesse pupillo in negotio, in quo advocatus contra patrem ejus fuisset, *l. ult. ff. h. t.* Verum enimvero, uti libens concesserim, prudentis esse, ut meliora, quæ videt, probet, deterioribus repudiatis, ejusque necessitatem causarum patrono imponere solemne illud quod ab eo præstitum, calumniæ jusjurandum, de lite, quam certamine procedente improbam deprehenderit & veritate jureque destitutam, quantocius derelinquenda, *l. rem non novam* 14. *§. patron.* 1. *C. de judiciis*, ita non satis ex honore aut decore advocati, imo nec extra lucri sordidi captari labem, esse existimem, proditorio quodam more parti adversæ operam navare, ac forte clientis anterioris arcana detecta in ipsius exitium convertere & oppressionem. Præsertim, si virorum aliorum disertissimorum non desit copia, nec metuendum sit, ne veritati aut justitiæ præjudicium ex neglecta causæ justioris tuitione generetur. Plane si magistratus imperio accedente quis parti adversæ jubeatur adesse, haud dubium, quin jam a prætore, necessarium munus obeunte, recte ad advocatum, partes mutantem, argumentum produxeris. Idemque fuerit, si non sponte, sed tutorio aut cura-

6. *Quo modo per appellationem infamia suspendatur?*
7. *Evanescit infamia restitutione per Principem aut Senatum, quandoque per prætorem facta: lapsu etiam temporis, cum distinctione.*
8. *An in uno loco infamis ex sententia ubique pro tali habendus sit?*
9. *Non tam facile hodie infamia irrogatur, quam quidem jure Romano. Nec infames sunt privato furti vel injuriæ judicio damnati, licet ad palinodiam; & alia ex moribus.*

1. CUM libera postulandi licentia infamibus titulo superiore denegata fuerit, ordo postulabat ut de infamia ipsa tractatio institueretur: quæ existimationi, dignitatis illæsæ statui, moribus ac legibus comprobato, opposita, nihil aliud est, quam læsio existimationis, *l. si furti* 8. *C. h. t. ex quib. caus. infam. irrog. l.* 2. *C. de pœna jud. qui male judicavit*, junct. *l. cognitionem* 5. *§. existimatio* 1. *ff. extraord. cognition.* Ea vel facti vel juris est. Infamia juris dicitur, quæ ex turpi facto per jus notato irrogatur; idque vel ipso jure, sive civili, sive prætorio, vel judicis sententia; ac variis contingit modis: sic etenim jure infames sunt, qui lenocinium exercent, aut in judicio publico calumniæ prævaricationisve causa quid fecisse judicati sunt; qui bina sponsalia binasve nuptias eodem tempore contractas habent, aut passi sunt, cum jure potestatis patriæ potuissent impedire; qui viduam intra annum luctus ducunt, aut eam ducenti auctoritatem accommodant scientes aut juris errore, *l.* 1. *l. liberorum* 11. *§.* 1. *& seqq. l.* 12. 13. *ff. h. t.* Ad hæc damnati judicio publico, *l. infamem* 7. *ff. de public. jud.* aut furti, injuriarum, vi bonorum raptorum, de dolo malo suo nomine, *d. l.* 1. *ff. h. t.* item expilatæ hæreditatis, *l. si te expilasse* 12. *C. h. t.* sepulchri violati, *l.* 1. *ff. de sepulcb. violato*, insuper in adulterio deprehensi, licet sententia judicis absoluti, *l. palam quæstum* 43. *§. pen. ff. de ritu nupt.* data pecunia paciscentes de delictis non capitalibus, *l.* 1. *l. athletas* 4. *§. ult. l.* 5. *l.* 6. *§*1 *pactusve* 3. *ff. h. t. §. pen. Instit. de pœna temere litigant.* improbi fœneratores, *l. improbum* 20. *C. h. t.* judices per dolum male judicantes, *l.* 2. *Cod. de pœna jud. qui male judic.* tutores sibi filiisve suis pupillas suas matrimonio jungentes, *l. pen. C. de interdict. matrimon. inter pupillam & tutor.* majorennes in scenam aut certamen prodeuntes quæstus gratia, *l.* 1. *ff. h. t.* adde Rævardum 3. *varior. cap.* 11. a transactione jurata recedentes, *l. si quis major* 41. *C. de transaction.* Minores plane ætas in hisce ab infamia liberat, *l. pen. C. h. t.* arg. *d. l.* 41. licet enim minoribus adversus delictum suum non detur restitutio, & eatenus ipsi ætatis suffragio in criminalibus non juventur, neque excusentur, *l.* 1. 2. *Cod. si adversus delictum*, *l. si ex causa* 9. *§. nunc videndum* 2. *ff. de minorib.* 25. *annis*, quandoque tamen propter lubricum judicii veniam indulgeri, ut vel minuatur, vel in universum remittatur pœna, tum ex ipsis illis legibus, tum aliunde manifestum est, *l. qui contra* 4. *C. de incestis nupt. l. si adulterium* 38. *§. fratres* 4. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* Simili modo non notati, qui non lucri, sed virtutis ostentandæ gratia in scenam aut circum prodeunt, *l. athletas* 4. *ff. h. t.* Rævardus 5. *variorum cap.* 14. *pag.* 741. quique non ipsi decertant, sed decertantibus inserviunt, *d. l.* 4. *ff. h. t.* inter quos ibi numerati & illi, qui agitatores sunt, quive equis aquam spargunt; id est, equos cursu incalescentes frigida perfundunt, quo paululum refocillati alacrius cursum repeterent, notante Brissonio *Antiquit. libr.* 1. *cap.* 10. Infames præterea, qui exauctorati sunt detractis insignibus militaribus, aut aliter ignominiæ causa missi militia, Vide *l.* 4. *pr. §.* 1. 2. *& seqq. ff. h. t.* quod si tantum ob id missi fuerint, quod militiæ nomen dedissent, ut se adversario pretiosiores redderent, fori militaris obtentu, vel munerum civilium evitandorum causa, eos infamia ob id non laborare traditum, *l. qui cum uno* 4. *§. non omnis* 8. *ff. de re militari*, *d. l.* 2. *§.* 2. *in fine ff. h. t.* Relegati quoque ignominiam subeunt, uti & plebeji fustibus cæsi, quoties ea punitio ex causa infamante irrogata est; non item si ex alia, *l. cognitionum* 5. *§. minuitur* 2. *ff. de extraordin. cognition.* junct. *l. ictus* 22. *ff. h. t.* Servi post manumissionem ob atrocius crimen, veluti lenocinium, in servitute commissum, *l. athletas* 4. *§. Pomponius* 3. *ff. h. t.* secus, si levius delictum fuit, dum forte quæstum corpore facit ancilla, *l. pen. ff. h. t.* Sed & stellionatus damnati infamiam subeunt, quoties crimen illud cum alio concurrit negotio infamante, veluti depositi vel tutelæ judicio: contra vero, si cum negotio civili non infamante concurrat, veluti pignoratitia actione aut alia simili; qui concursus patet ex *l.* 1. *§. ult. l. tutor* 16. *§.* 1. *l. si quis in pignore* 36. *pr. & §.* 1. *ff. de pignorat. act.* quæ distinctionis ope conciliandæ videtur *l. quid ergo* 13. *§. ult. ff. h. t.* cum *l. stellionatus* 2. *ff. stellionatus.* Ant. Matthæus *de criminib. libr.* 48. *tit.* 18. *cap.* 3. *num.* 5.

2. Denique & illi infames fiunt, qui directa actione mandati, depositi, tutelæ, pro socio, ob dolum damnati sunt; a judice, non arbitro; per definitivam, non interlocutoriam sententiam; expressa condemnationis causa, *l.* 1. *l. quid ergo* 13. *§.* 5. *& h. ff. h. t.* junct. *l. hæ enim* 4. *§.* 1. 2. *ff. de susp. tutor.* non item, si actionibus contrariis, eo quod in iis non tam de perfidia, quam de calculo & indemnitate, quæstio est, *l. furti accipe* 6. *§. ult. ff. h. t.* junct. *l. ei, apud quem* 5. *pr. ff. depositi.* Si tamen & in actione contraria perfidiæ quæstio tractaretur, non dubium, quin & tunc infamia damnatum comitatura sit; veluti, si quis jusserit pro se fidejuberi, indemnitate promissa, ac deinde solutum a fidejussore restituere detrectans, contrario mandati judicio succumbat, *d. l. furti, accipe* 6. *§. mandati* 5. *ff. h. t.* Damnationi tamen ob dolum æquiparandam esse damnationem ob culpam latam in hisce quatuor judiciis, quantum ad infamiæ notam attinet, verius est; eo quod passim in jure nostro latior culpa dolo comparatur, effectu inspecto, eoque sensu dolus esse dicitur, idque in ipsis etiam negotiis, in quibus damnato infamia irrogatur ex dolo, quale est depositum; licet natura sua dolus a lata culpa distet, dum dolus adjunctum habet lædendi propositum, culpa non item, *l. quod Nerva* 32. *ff. depositi*, *l. magna* 226. *ff. de verbor. signif. l.* 1. *§.* 1. *ff. si mensor falsum mod. dixerit.* Neque in hac de infamia irroganda quæstione interesse existimo inter latam culpam versutiæ, & latam culpam negligentiæ; quarum hæc in eo consistit, quod quis ea negligat, quæ ne-

minus diligens paterfamilias fuisset neglecturus; illa vero in eo, quod quis minorem curam rebus alienis, quas servare debebat, quam suis adhibet, sicut & levis & levissimæ culpæ præstationem quandoque includat, in quantum quis in suis rebus summam solitus adhibere diligentiam, fraude non caret, si in alienis modicam tantum, seu mediam, atque adeo minorem diligentiam præstet, etiamsi ex natura negotii ad solam latam, vel tantum ad latam & levem culpam teneri diceretur, *d. l. quod Nerva* 32. *ff. de jure dot.* quo respexisse puto Ulpianum in *l. quod servus* 11. *ff. depositi*; cum ait, depositarium *sine dolo omni reddere debere, hoc est, ut nec culpa quidem suspicio sit*, ita culpam omnem sub dolo complectens, quando scilicet depositarius in suis diligentissimus est. Quod enim ob latam quoque culpam negligentiæ infamia sequatur, ex eo manifestum est, quod errore juris lapsus, & ita faciens edicto prætoris vetita, infamiam subit: quem tamen errorem juris non versutiæ, sed meræ & manifestæ negligentiæ adscribendum esse, nequaquam dubium, *l. liberorum* 11. *§. ult. ff. h. t.* Nec dicam, ipsam latam culpam versutiæ non natura sua, sed solo effectu, dolum esse; dum in dolo plenum apparet lædendi propositum; at in lata culpa versutiæ neque plenum est propositum, neque malevolus ad nocendum directo intentus; sed & hæc ex negligentia originem habet, ac ex segnitie ejus, qui minorem rebus alienis curam adhibet, quam suis. Nec adversatur, quod ob segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, ineptiam remotus infamis non sit, *l. tutor quoque* 3. *§. ult. ff. de suspect. tut.* cum non omnis segnities, inertia, rusticitas culpa lata sit; ac lex recte ad eam segnitiem, inertiam &c. restringatur, quæ ad levem culpam pertinet, & dolo non comparatur. Adde *tit. de susp. tut. num.* 7.

3. Infamia facti est, quæ oritur ex facto, quod per jus notatum non est, sed existimationem alicujus onerat penes viros graves & honestos, *l. bonoris* 2. *ff. de obsequiis parent. & patron. præstandis*, *l. ob hæc verba* 20. *ff. h. t. l. ea, quæ* 13. *C. h. t. l. etsi libidine* 25. *C. ad leg. Jul. de adult.* quam si quis improprie infamiam esse contendere voluerit, non plane refragabimur, dum eam ab ipso jure non proficisci aut infligi, in descriptione monemus, Anton. Matthæus *de criminibus lib.* 48. *tit.* 18. *cap.* 3. *num.* 2. tali vero infamia, seu ignominiæ opprobrio laborant, qui bonis cesserunt, *novell.* 135. *cap.* 1. a juris infamia licet immunes, *l. debitores* 11. *C. h. t.* ne alias beneficium a jure datum in præjudicium & læsionem ejus, cui datum, ab ipso jure contorqueretur, & magis onerosum fieret, quam ipse squallor carceris, a quo liberat obæratum cedentem: utcunque cum actus cujusdam humilis ac ignominiosi solemnitate, ex locorum quorundam usu, cessio peragenda fuerit, Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 21. *art.* 2. *n.* 1. 2. 3. Brunus *de cessione bonorum quæst. principali* 6. *numer.* 4. Petrus Gregorius Tholosanus *syntagm. juris libr.* 22. *cap.* 11. *n.* 5. 6. 13. Papon *libr.* 10. *tit.* 10. *arresto* 5. Groenevvegen *ad l.* 6. *ff. de cessione bonorum*. Sic quoque facti infamia laborare eos, qui intemperata libidine, non liberas, sed ancillas compressisse probati fuerint, de cetero ab infamia juris immunes, rescriptum est *l. & si libidine* 25. *C. ad leg. Jul. de adulter.* sed & infamia facti laborare concubinas, non vero spurios, latius traditum *tit. de inoff. testam. n.* 10.

4. Effectus hujus infamiæ est, quod testimonio fidem minuat, *l. testium* 3. *ff. de testib.* repellat a dignitatibus, *l. neque famosis* 2. *C. de dignitat. l. infamia* 8. *C. de decurionibus l. milites* 3. *C. de re milit.* querelæ inofficiosi locum faciat, ubi præteritis fratribus honestis, personæ institutæ sunt, infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ macula aspersæ, *l. fratres* 27. *C. de inoff. test.* uti ex adverso facit querelam cessare, si ipse frater præteritus istiusmodi turpitudine laboret, arg. *l. in arenam* 11. *l. si filiam* 19. *C. de inoff. testam.* Adde *tit. de inoff. test.* Ut proinde infamia facti privet quidem infamem beneficiis, & a commodis variis repellat, sed pœna proprie dicta non mulctet: lucra quidem subinde impediat, damnis vero nequaquam mactet.

5. Evitatur infamia, si alia pœna gravior per sententiam imponatur; videtur enim duriore sententia cum reo transactum de existimatione ejus, *l. ordine* 15. *ff. ad municipal. l. quid ergo* 13. *§. pœna* 7. *ff. h. t. l. ad tempus ff. de decurion. l. in servorum* 10. *§. ult. ff. de pœnis, l. si Fossidonium* 4. *C. h. t.* quod si non pœna gravior ultra legem, sed sola ordinaria delinquenti imponatur, veluti dupli aut quadrupli in furti actione, non potest sua sententia judex efficere, ne injuriæ aut furti damnatum infamia sequatur, *l. non poterit* 63. *ff. de furtis, l. Divus Severus* 40. *ff. de injuriis, l. ordine* 15. *ff. ad municipalem*, Ant. Matthæus *de criminib. lib.* 48. *tit.* 18. *cap.* 3. *num.* 12. & 15. Evitatur quoque, si non in ipsum facti turpis auctorem, sed procuratorem ejus, aut defensorem, aut tutorem, aut hæredem sententia feratur, *l.* 1. *l. athletas* 4. *§. ult. l. furti* 6. *§. si quis* 2. *ff. h. t.* vel offeratur actori debitum ante litem contestatam, imo ante sententiam; idque illis in judiciis, in quibus infamia non nisi per sententiam infligitur, veluti depositi, tutelæ, mandati, pro socio, cum ista ratione judicia omnia absolutoria sint, *l. si reus* 73. *ff. de procurat.* junct. *§. ult. Instit. de perpetuis & temporal. actien.* si enim ea causa sit, ex qua & citra judicis sententiam ex pactione vel transactione infamia oritur, veluti in privatis delictis aliisque similibus, ablatione debiti vel pœnæ petitæ non declinaret reus infamiæ notam, arg. *d. l.* 4. *§. ult. & l.* 5. *ff. h. t.*

6. Suspenditur infamia, si a sententia, per quam ea irrogata est, appellatum sit; adeo ut, subsecuta condemnatione repetita, a tempore demum confirmatæ per judicem superiorem sententiæ, non retro, inter infames habendus sit; eo quod provocationis remedio extincta fuit sententiæ prioris pronunciatio, *l. furti* 6. *§. sed si furti* 1. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§. ult. ff. de Senatusc. Turpill.*

7. Tollitur vero quæ jam irrogata fuerat, si quis adversus eam specialiter a Principe vel Senatu, quandoque & a prætore restitutus sit; non item, si generalis tantum abolitio fuisset concessa, *l. ult. C. de generali abolit. l.* 1. *§. deinde* 9. & 10. *ff. de postul. l. generalis* 7. *C. de sentent. passis & restit.* Confer Besoldum *in delibat. juris ad pand. lib.* 1. *pag. mihi* 62. & *seqq.* Insuper lapso tempore, si quis ad tempus per judicis sententiam cum infamia relegatus sit aut ordine motus ex causa, natura sua non infamante, *l.* 1. 2. *C. de his*,

qui in exil. dati vel ab ord. moti sunt, *l. generaliter* 3. §. *sed si* 11. *ff.* vel cum natura sua infamaret, duriore pœnæ imposito genere super infamia futuri temporis videatur transactum, *l. ordine* 15. *ff. ad municipalem*, *l. ad tempus* 5. *ff. decurion.* Alioquin, si ipso jure infamia causæ relegationis aut motionis ab ordine cohæreat; vel cum non cohæreret, minor quam per leges pœna fuerit imposita; etiam lapso tempore durabit infamia, *d. l.* 15. *ff. ad municip. d. l.* 5. *ff. de decurion. l. ad tempus* 6. *C. h. t. l. qui cum uno* 4. §. *ad tempus* 4. *ff. de re militari*. Quamvis hæc distinctio ad edictum de postulando non pertineat, quatenus lapso tempore quilibet sine distinctione causæ, ex qua silentium aut exilium fuit irrogatum, postulare potest, *l. Imperator.* 8. *ff. de postulando*, idque non secundum jus, sed ex constitutionibus, in quantum sæpe constitutiones aut benigne aut severe multa contra jus introduxerunt, docente id Cujacio *lib.* 7. *observ.* 19. nisi magis placeat, verba *d. l.* generaliora restringere ad casus illos, in quibus pœna graviore imposita super temporis futuri infamia transactum est, juxta *d. l.* 15. *ff. ad municip. d.* 5. *ff. de decurion. d. l.* 13. §. 7. *ff. h. t.* aut cum Gothofredo in notis ad *d. l.* 8. dicatur, verba illa, *nec adhibetur* &c. non Papiniani esse, sed Triboniani, contra manifesti juris rationem adjecta; dum fieri non potest, ut continuata post reditum infamia ex ipsa infamantis causæ natura, ad postulandum admitteretur reversus, repugnante in universum prætoris edicto. Vide tamen *l.* 3. §. 1. *ff. de decurion.*

8. Sed uti tempore, ita & loco infamiam circumscribi ratio dictat. Proinde uno in loco infamis declaratus, non ubique, sed tantum in territorio ejus, qui sua sententia irrogavit infamiam, pro tali habendus est; alibi iisdem gavisurus juribus, & ad eadem habilis, ad quæ reliqui istius regionis homines, nulla infamiæ aspersi macula, possent aspirare. Et licet hic jus Romanum irrogatæ infamiæ effectum ad omnes regiones porrigere videatur, ut nuspiam postulandi facultas ob infamiæ notam sententia injustam infamato sit libera, arg. *l. ex ea causa* 9. *ff. de postulando*; tamen id ideo tantum obtinuisse certum est, quod plures plurium provinciarum magistratus uni omnes subfuerint supremo Principi, qui toti imperio jus tale constituere potuit, & voluit: alioquin enim, deficiente illa potestate vel voluntate, ex jure communi extra territorium quid statuenti impune non paretur, *l. ult. ff. de jurisdiction.* & ab unius provinciæ præside postulare prohibitum in alia provincia impune postulare posse, Papinianus *in d. l.* 9. *ff. de postuland.* respondit. Adde quæ latius tradidi *tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis*.

9. Ceterum parcius hanc de infamia materiam tractandam censui, quia & parciorem ejus hodie usum esse deprehendi: nam nec infames nunc sunt ob dolum judicio tutelæ, mandati, depositi, aut pro socio, condemnati, Groenewegen *ad* §. 2. *Inst. de pœna temere litig.* Parens meus Paulus Voet *ad d.* §. 2. *n.* 2. Simon van Leeuwen *cens. fort. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 9. nec ullum civile judicium, sive ex contractu, sive ex delicto ad indemnitatem, mulctamve pecuniariam, infamat, nisi id nominatim statuto expressum sit; veluti in vectigalium quorundam fraudatoribus, vel ob circumstantiarum atrocitatem sententia sua judex infamiam nominatim censuerit inurendam: adeo ut & condemnato per actionem injuriarum ad palinodiam sua in dubio fama atque existimatio salva sit, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 159. *gloss.* 1. *in med.* Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 1. *tit. ex quib. causis infamia irrogatur*, Groenewegen *ad l. ult. C. qui & advers. quos in integr. restitui non poss.* Leeuwen *censura forens. dict. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 4. *num. ult.* & *part.* 2. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 10. *in med.* Nec mulier intra annum luctus nubens infamis est, ut latius dicetur *tit. de ritu nuptiarum*. Et generaliter hodie non tam ex causa, quam genere pœnæ, infamiam inferri receptum est, veluti fustigatione, aut alia corporali pœna, relegatione, ad carceres, ad triremes, ad ergastula, ad metalla & similia, damnatione, Groenewegen *ad l.* 22. *ff. h. t.* Leeuwen *d. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 9. & *libr.* 2. *cap.* 15. *num.* 10. 11. quales pœnæ cum in procuratorem delinquentis constitui non possint, sed in ipsum debeant delinquentem decerni, casu quo procuratorem in causis criminalibus intervenire usus admittit, consequens est, ut non magis hodie qui per procuratorem, quam qui pro se ipsi in judicio substiterint, infamiam evitent, Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 1. *tit. ex quib. caus. infam. irrogatur*, Ant. Matthæus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 18. *cap.* 3. *num.* 9. plane sola carceris detentio, sive ob crimen contingat, sive ob civile debitum, sive ad reum constringendum ad facti implementum, infamiam non ingerit; cum nec pœnæ loco tunc habeatur; quippe non tam ad puniendos, quam potius ad continendos homines comparata, *l. aut damnum* 8. §. *solent.* 9. *ff. de pœnis*.

TITULUS III.

De Procuratoribus & Defensoribus.

SUMMARIA.

1. *Quis olim, quis deinde, quis moribus nostris procuratorum usus sit? multa cum advocatis habent communia; an eorum munus nobilitati præjudicet?*
2. *Qui procuratorem dent; an minores, de statu suo litigantes, tutores, procuratores ante litem contestatam? Quid moribus?*
3. *An procurator, ad negotia gerenda datus, possit dare procuratorem ad lites?*
4. *Quis possit esse procurator ad lites? an infamis, miles, mulier?*
5. *An moribus uxor sine mariti consensu constitui ab extraneo possit procuratrix ad litem expediendam, promovendam?*
6. *An minor* 25. *annis possit esse procurator ad lites; an & defensor?*
7. *Firmatur divisio, qua procurator generalis vel* cum libera, *vel simpliciter constituitur.*
8. *Quot modis quis fiat procurator in rem suam? in quibus distet a simplici procuratore?*
9. *Constituitur procurator mandato, quo modo illud tum jure civili, tum moribus, interponatur?*
10. *Si constet deesse mandatum, procurator pro actore*

non admittendus. Si admissus de facto sit, an ratihabitione firmentur, quæ per eum gesta?
11. *Conjunctæ personæ an, & quando pro conjunctis agere possint sine mandato?*
12. *Si constet de mandato, non cavendum de rato; secus si de eo dubitetur.*
13. *Quis ferat impensas litis, si procurator egerit pro alio sine mandato, & succubuerit?*
14. *Intervenit procurator in causis civilibus, nisi judex desideret ipsius litigantis præsentiam; an tunc defungi possit mittendo procuratorem plenissimo mandato instructum? An & quando procurator in casibus reus criminis absens damnari?*
15. *Quid jure hodierno obtineat? a decreto citationis* in persona (*ut loquuntur*) *appellare non licet. In delictis levioribus talis citatio, aut personæ prehensio non decernenda.*
16. *An in popularibus actionibus procurator admittatur?*
17. *An procurator etiam in causa reconventionis defendere teneatur? Domino nocere dolum & negligentiam procuratoris: ipsum tamen actione mandati indemnitatem consequi; quandoque etiam in integrum restitui.*
18. *An procurator succumbens appellare & appellationem prosequi teneatur? quid moribus? an ad agendum datur transigere? aut aliam actionem, quam qua mandata, instituere?*
19. *Jure Romano procurator ad lites litis contestatione fit litis dominus, & ut talis citatur, &c. An ante litem contestatam procurator rei invitus cogi possit, ut litem suscipiat?*
20. *In procuratorem fertur sententia; sed in bonis ejus executio non fit, exceptis paucis casibus.*
21. *Morte procuratoris, vel mandantis, evanescit procuratoris officium. Quo modo tunc moribus mandatum novum interponendum sit?*
22. *Cessat etiam renunciatione procuratoris ex justa causa; maxime si bona ejus, quem defendit, a creditoribus possideri cœperint.*
23. *An mandatum procuratori ad lites datum revocari possit invito procuratore? quid moribus, quibus procuratores non fiunt litis domini? An, si in rem suam procurator sit? Quid si falsus sit procurator?*
24. *An credatur revocatum prius generale mandatum, si dein speciale detur ad certum negotium? quid si mandet Mævio negotium, quod prius Titio mandaverat?*
25. *In quibus differat defensor a procuratore?*

1. PRocuratorum, qui aliena negotia mandato domini administrant, vix ullus olim in judiciis usus fuit; dum quisque suo, nemo alieno potuit nomine experiri, paucis casibus exceptis; sed cum & moribus, & ætas, & necessaria peregrinatio, & forensium negotiorum imperitia, aliæque multæ causæ sæpe hominibus impedimento essent, quo minus rem suam ipsi exsequi possent, per procuratores & agere cœperunt & actiones excipere, *pr. Inst. de iis, per quos agere possumus*; imo imposita fuit illustribus necessitas procuratorem pro se in judicio constituendi, ne præsentia eorum & auctoritas liberam suffragandi potestatem adimat, *l. quicunque* 25. *& auth. hoc jus C. h. t.* & licet olim ex privilegio Mariæ Burgundicæ Hollandorum litigantium arbitrio relictum fuerit, an per se, an per procuratorem in judicio sua tractare vellent, tamen si nunc nostros spectemus mores, non potest quisquam suam in judicio causam ipse curare, sed necesse est, ut in inferioribus judiciis per procuratorem sua expediat; in curiis superioribus in majoris momenti causis Advocati simul & procuratoris, in causis vero levioribus, alterutrius opera utatur; ne magis ex negotiorum forensium imperitia, quam injustitia sua causæ succumbat, *Instructio op. de vordernisse van de justit. voor den Hove van Holl. in kleyne saken, anno* 1579. 21. *Decembr. art.* 23. Merula *prax. lib.* 4. *tit.* 36. *cap.* 1. *num.* 5. Groenewegen *ad l.* 26. *Cod. h. t.* Leeuwen *censura forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 2. *in med.* ex qua eadem ratione & illud nunc obtinet, quod non promiscue quilibet in procuratorem eligi possit, nec privatum sit hoc officium (uti quidem apud Romanos) sed magis publicum; usque adeo, ut & certus in unoquoque tribunali constitutus inveniatur procuratorum stili ac praxeos peritorum numerus, ad exemplum ejus, quod Romanis placuerat in advocatis, extra quos alii non admittuntur ad operam litigantibus in judicio præstandam. Qui etiam, licet dignitate ab advocatis distent, in multis tamen eodem cum illis censentur jure; in quantum in ingressu officii jusjurandum calumniæ tenentur præstare, & superioribus in curiis renovare quotannis, inviti quoque ad procurationem præstandam cogi possunt, & salaria etiam non promissa pro modo litis & operæ ex curiæ cujusque more ac præscripto exigere. Unde & quæ *tit.* 1. *de postulando* circa salaria, & coactionem dicta sunt, huc quoque pertinent. Vide *instruct. Cur. Holland. art.* 71. 75. 78. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 43. 44. Zypeum *notit. juris Belgici lib.* 1. *tit. de procuratoribus*, Christinæum *ad leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 47. Groenevvegen *ad l.* 17. *C. h. t. & ad d. tit. Instit. de iis per quos agere possumus*, parentem p. mem. Paulum Voet *ad tit. Instit. num.* 2. Leeuven *censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 2. *&* 11. Imo, ut advocati officium obiisse non præjudicat nobilitati, secundum tradita in *tit. de postulando*; ita nec nobilitatis jura extingui per id, quod quis in tribunalibus superioribus, quasi Principis consistoriis, procuratoris munere functus fuerit, plures tradiderunt, Andr. Gayl. *d. lib.* 1. *observ.* 43. *num.* 6. 7. 8. Andr. Tyraquellus *de nobilitate cap.* 30. *num.* 4. *& seqq.* Zypæus *notit. jur. Belgici lib.* 1. *tit. de postulando*, versu, *unde & hoc*, Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 47. *n.* 4.

2. Procuratorem constituere potest quilibet, sive paterfamilias, sive filiusfamilias in causis illis, in quibus agere ipse, vel conveniri potest, *l. filiusfamilias* 8. *pr. ff. h. t.* potuit etiam de statu suo litigans, sive in libertatis, sive in servitutis possessione fuisset, idque quantum ad alias actiones extra status controversiam intendendas aut excipiendas, *l. servum* 33. §. *eum vero* 1. *ff. h. t.* non vero ad ventilandam ipsam status controversiam, si fuisset in possessione servitutis; tunc enim potius ei ad libertatem proclamandum fuit, *l.* 1. *C. de assertione tollenda*. Minores & impuberes non nisi tutore vel curatore auctore, *l. neque tutores* 11. *C. h. t.* ut tamen obtenta per procuratorem sine curatoris aut tu-

toris auctoritate constitutum victoria minoribus profutura sit, *l. non eo minus* 14. *C. h. t.* Tutores ipsos quod attinet, & curatores, ipsosque etiam procuratores, ac similes, cum hi ante litem contestatam neque rerum neque litis domini essent, & tamen ad procuratorem constituendum requireretur mandatum *domini l.* 1. *ff. h. t.* etiam procuratores dandi potestate caruerunt: post litem plane contestatam id iis, utpote jam litis dominis ex contestatione factis, permissum fuit, *l. quod quis* 8. *l. neque tutores* 11. *l. nulla* 23. *C. h. t.* sed nostris ac aliorum moribus tutores & curatores etiam ante litem contestatam jure procuratorem in causis pupillaribus constituere receptum, & quotidianum est, Groenevvegen *ad d. l.* 11. *C. h. t. post alios ibi citatos*. Idemque est in procuratore ad lites dato: nam, cum id in procuratoribus ad negotia extrajudicialia receptum fuerit, ut alius substitui posset, *l. si procuratorem* 8. §. *si quis* 3. *ff. mandat.* & nunc per litis contestationem nullus procurator litis dominus fiat, sed tantum minister sit, nulla ratio est, cur non & ante litem contestatam ei substitutio permitteretur; etiamsi nulla substitutionis faciendæ potestas instrumento mandati comprehensa fuerit; ut tamen tutius sit, eam mandandi facultatem mandati literis insertam esse, Instruct. Curiæ Holland. *art.* 90. Curiæ supremæ *art.* 126. Curiæ Ultrajectinæ *art.* 5. *van procureurs art.* 4. Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 25. *num.* 8. Simon van Leeuvven *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 7. licet in Germania etiamnum magis convenienter juri Romano obtineat, non nisi lite contestata procuratorem posse substituere, quoties non invenitur nominatim mandato datum substituendi jus, Berlichius *dec.* 274. *n.* 6. 7. 8. & *seqq.*

3. Illud dubio non caret, an procurator, instructus mandato ad negotia gerenda ac administranda, possit ad lites procuratorem constituere? Decisionem hujus quæstionis ex mandati amplitudine vel angustia dependere existimo. Si enim adeo restricta inveniatur procuratoris ad negotia dati potestas, ut ipse administrandi solum, non vero litigandi & actionis movendæ facultatem habeat; frustra sane fuerit, plus juris in alium ex substitutione transferre desiderans, quam ipse habet, arg. *l. liberto* 31. §. *pen. ff. de negot. gestis*. Si vero liberior ei administratio concessa fuerit, sic ut & eadem ipsi permissa sint, quæ dominus ex utilitate fuisset facturus; nihil impedimenti est, cur non & procuratorem ad lites domini nomine movendas substituat; cum & ipse pro domino litigandi habeat potestatem, ex juris civilis & canonici dispositione, *l. procurator* 58. *ff. h. t. l. nam & nocere* 12. *ff. de pactis* arg. *l. creditor* 60. §. *ult. ff. mandati*, *cap. qui generaliter* 5. *de procuratorib. in* 6. & sistendi seu arrestandi jus tali competere procuratori plenius probatum sit *num.* 33. *tit. de in jus vocando*, Christinæus ad *leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 25. *num.* 7. 8. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 97. *not.* 2. 1.

4. Constitui procurator potest quivis non prohibitus, sive paterfamilias, sive filiusfamilias, *l. filiusfam.* 8. *in sive princip. ff. h.* 1. *cap. qui generaliter* 5. *in med. de procurator. in* 6. Cumque vel ad extrajudicialia negotia procuratores de quibus dentur (alibi) vel ad lites, ad has constitui nequit reus criminis, nondum purgata innocentia, *l. reum* 6. *C. h. t.* nec decurio, *l. si quis procurationem* 34. *C. de decur.*, nec miles, nisi ad communia sui numeri negotia tractanda, quibus inoffensa militari disciplina superesse potest, *l. qui stipendia* 9. *C. h. t. l. filiusfamilias* 8. §. *veterani* 2. *ff. h. t.* nec infamis; ne novo quidem jure: quippe quo sola jussa est cessare exceptio infamis procuratoris, ne lis proteletur, infami interim per judicem repellendo, §. *ult. Instit. de exception.* quod & usus servat in illis saltem, qui publico munere procuratorio funguntur, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 8. *num.* 101. 102. 103. Andr. Gayl *libr.* 1. *obs.* 43. *n.* 7. nec fœmina, *l.* 2. *ff. de reg. juris*. *l. alienam* 18. *C. h. t.* nisi in rem suam, *l. quia absente* 4. *C. h. t.* aut pro parentibus suis ætate aut morbo impeditis, nec quemquam habentibus, qui pro iis experiatur, 1. *fœminas* 41. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 3. *defin.* 4. non item pro liberis; eo quod hisce satis per tutorem, jure ordinario petendum, prospici possit; at non ita ordinario jure parentibus, *d. l. alienam* 18. *C. h. t. l. liberto* 31. §. *pen. ff. de negot. gestis*. Ceterum uti usu fori expeditissimum est, nullam mulierem, nullumque militem durante militia posse solemni ac stato procuratorum judicialium numero adscribi; ita ex adverso nihil vetat, quo minus & miles mandato generali cum libera, etiam litium exercendarum licentiam continente, vel speciali ad rem certam judicio persequendam, instruatur a domino; dummodo ad ea, quæ publice in judicio peragenda sunt, vicaria procuratoris alicujus, in ordinem auctoritate publica cooptati, opera utatur; utpote qua & quilibet alius masculus uti tenetur. Groenevvegen *ad l.* 18. *C. h. t.* adeo ut & uxorem mariti sui mandantis procuratricem eo modo ad lites esse posse, in aperto sit. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 3. Groenevvegen *d. loco*.

5. An vero & maritata mulier sine viri consensu litium alienarum procurationem ex mandato extranei, cujus ea lis est, suscipere possit, sua non caret dubitandi ratione; si enim fœminam viro junctam, & ex eo perpetuæ mariti tutelæ subjectam, ut simpliciter minorennem consideres, consequens fuerit, eam, licet suo nomine lites sustinere nequeat, sed vir pro ea, tamen pro aliis id posse, exemplo minorum, qui decimum & septimum impleverunt annum, (ut mox dicetur) & aliorum plurium, qui suo nomine in judicio stare prohibiti, alieno tamen nomine id jure agunt; sic ut exceptione procuratoria nequeant per adversarium mandantis repelli: quam etiam sententiam hoc ratiocinii genere tuetur Tyraquellus *de legibus connubial. gloss.* 5. *num.* 171. & *multis seqq.* Chassanæus *ad consuetud. Burgundiæ rubrica* 4. §. 1. in verbis, *contractus inter vivos*, *num.* 24. citati a Rodenburgio *tract. de jure conjug. tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 2. Nec ullam animadverto rationem probabilem, cur ab hac sententia recedere voluerit Rodenburgius *d. loco*, ductus argumentis vix speciem quandam, pondus certe nullum habentibus. Nam si innuptam, si viduam, ex alieno mandato ad litium sufflamina & judiciorum prosecutiones faciendas habilem dicas, nec sexus verecundiæ adversari, si tales forensem sectentur turbam, adeant, compellant, litis promovendæ ac finiendæ causa; nec in viri dehonestamentum aut dedecus erit, si ista quoque uxor, se

licet inscio, tractet; cum non aliam in nuptis, quam virginibus viduisque, observandam decentemque sexui verecundiam requirere liceat aut invenire, nec probrosum esse queat in nupta, quod verecundiæ congruum in innupta habetur. Nam quod Constantinus *in l. maritus* 21. *C. h. t.* rescripsit, maritos posse sine mandato pro suis uxoribus in lite subsistere; *ne fœminæ litis persequendæ obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreverenter irruant, & conventibus virorum vel judiciis interesse cogantur*; non eo mulieres repulsæ sunt; sed sola mariti de pudicitia uxoris suæ forte formidolosis, data potestas subsistendi pro ea in judicio, & ita efficiendi, ne ipsa *cogatur* judiciis interesse. At, instat ille, *interest mariti, non defraudari uxoris opera, quam domesticis illa rebus impendere addicta est*; id vero futurum, si judicialia posset sine mariti consensu negotia tractare, familiaribus neglectis. Verum quid quæso aliud inde, quam ut maritalis potestatis jure vir, si hanc alienorum curam, ab uxore susceptam, sibi gravem putet atque damnosam, impediat id ipsum, suamque domi uxorem contineat? Adversarium saltem ejus, qui mulieri hæc mandata dedit, tangere nequit ea ratio, nec ei inde asseri jus aliquod repellendi exceptione procuratoria, lites protelante, talem mulierem, quamdiu vir ipse, cujus solius interest, haud intercedit.

6. Minorem annis viginti quinque, si modo annum impleverit septimum ac decimum, non magis a Procuratorio munere, quam a postulando arceri, vel inde constat, quod olim ea ætate potuerit a domino minore manumitti servus procuratoris habendi gratia, §. *justæ* 5. *instit. quib. ex caus. manumitt. non licet*, *l. si collactaneus* 13. *ff. de manumissis vindicta*. Nec est, quod *d. leges* de procuratore ad negotia interpreteris; cum ita nulla subesset justa causa manumittendi, per consilium ex dictamine legis Æliæ Sentiæ probanda: dum æque servos ac liberos, impuberes æque ac puberes, extrajudicialibus potuisse negotiis præfici, ex institoribus tabernarum, & servis dominorum suorum actoribus atque dispensatoribus, in aperto est, *l. sed & si* 7. §. 1. & 2. *l.* 8. *ff. de institor. actione*, §. *pœna* 7. *in fin. Inst. de injuriis l. Lucius* 24. *ff. depositi*, *l. legato generaliter* 37. *ff. de legat.* 2. Neque metuendum fore, ut judicia redderentur elusoria; si forte minor annis viginti quinque, lite perperam administrata, restitutionem impetraret: cum enim ex ea lite sive bene sive male administrata nullum procuratori, sed tantum mandanti damnum immineat, dum executio sententiæ non in procuratorem, sed ipsum mandantem dirigenda est, *l. si se non* 4. *ff. de re judic.* vanus ille restitutionis metus est, nulla minoris læsione apparente. Neque contradicit hisce Jurisc. in *l. cum mandat.* 24. *ff. de minoribus*; dum ait, lædi quandoque posse minorem procuratorem, si scilicet impensas servare nequeat ab eo, cujus procurator fuit, & ideo quoque restituendum esse. Etenim primo quidem lex illa non de procuratore ad lites, sed ad extrajudicialia negotia, debiti forte solutionem, agit. Sed & si de judiciali acciperetur procuratore, non redderetur judicium illa restitutione elusorium; cum minor non veniret restituendus contra sententiam, quæ non minori, sed domino mandanti tantum obesse poterat; verum potius contra mandatum susceptum, in cujus executione impensas faciens læsus erat, adeoque magis adversus factam a se impendiorum solutionem. Et quamvis jus canonicum minores annis 25. a procuratorio repellat munere, quantum ad negotia judicialia, *cap. qui generaliter* 5. *in fine, de procurator. in* 6. tamen id usu non servari verius est, dum etiam publico procuratorum ordini non minus, quam advocatorum numero, adscribi minores experientia testatur, Sande *dec. Frisic. libr.* 1. *tit.* 3. *defin.* 3. Ne dicam, hanc juris canonici dispositionem non aliunde, quam ex vetere communi interpretum errore suam traxisse originem; ut proinde nec mirum sit, errore hoc circa juris Romani placita nunc magis illustrata discusso, etiam displicuisse in foro hoc Bonifacii rescriptum. Aliter tamen sese res habet in defensoribus mandato destitutis; quippe qui suo cuncta periculo tractantes in judicio, & sententiæ executionem patientes, *d. l.* 4. *ff. de re judic.* ejus debent ætatis esse, ut restitutio ex capite minorennitatis locum non inveniat, adeoque majorennes; ne alioquin & ipsis & fidejussoribus eorum per in integrum restitutionem succurratur, atque ita irrita redderentur judicia, *l. minor* 51. *in princ. ff. de procurat. & defensorib. l. exigenda* 12. *C. h. t.*

7. Est autem procurator alius generalis, alius specialis, quæ divisio ad extrajudicialia æque ac ad judicialia negotia pertinet. Specialis dicitur, qui ad certam causam vel actum expediendum datus est. Generalis, cui omnia negotia gerenda sunt demandata. Et hic iterum vel *cum libera administratione* constituitur, vel simpliciter, non addita liberæ administrationis potestate. Cum libera quidem administratione datus omnia fere potest, quæ ipse dominus; sic ut non modo urgente necessitate, sed & suadente domini mandantis utilitate, res domini alienare possit, & in accipientem dominum transferre, *l. creditor* 60. §. *ult. ff. mandati*, *l. procurator* 58. *ff. h. t.* §. *qua ratione* 43. *Instit. de rerum divis. l. qua ratione* 9. §. *nihil* 4. *ff. de acquirendo rerum dominio* (unde & *plene* ei mandatum dicitur in *d. l.* 60. §. *ult. ff. mandat.*) sola donationis licentia ei denegata; cum donare potius sit *perdere*, quam *administrare*, *l. contra juris* 28. §. *ult. ff. de pactis*, *l. filiusfamilias* 7. *pr.* & §. 3. & §. *pari autem* 4. *ff. de donat.* At is, cui simpliciter res administrandæ mandatæ sunt, nec mobilia, nec immobilia, nec servos, sine speciali domini mandato alienare potest, exceptis solis fructibus & aliis rebus, quæ facile corrumpi possent, *l. procurator tutorum* 63. *ff. h. t.* Frustra ad subvertendam hanc procuratorum divisionem allegatur, eum, qui *administrationem* habet, alienare posse, *l. pen.* §. *sed & si* 3. *ff. de divers. temporal. præscript.* non amplius posse eum, cui *libera administratio* concessa est, *l. si convenerit* 18. §. *ult. l.* 19. *ff. de pignorat. act. l. filiusfam.* 7. *ff. de donation. l. contra* 28. §. *ult. ff. de pactis l. si pater* 12. *ff. quæ in fraud. credit. l. si quis hac* 41. §. 1. *ff. de rei vind. l. si in servus* 14. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l. si liberam* 10. *C. quod cum eo, qui alien. potest. l. sicut re* 8. §. *an pacisci* 5. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l.* 1. §. 1. *ff. quæ res pign.* Considerandum enim, in servis ac filiisfamilias, concessionem *administrationis* circa peculium; & *libera administra-*

tionis, idem valuissé, *l. naturaliter* 13. *ff. de condict. indeb.* junct. *d. l. si convenerit*, 18. §. *ult.* & *l.* 19. *ff. de pignorat. act.* nam, cum eo ipso, quo peculium iis concessum erat, illud simpliciter administrare ipso jure potuerint, cum illud vel ignorante domino acquirerent, *l. quam Tuberonis* 7. §. 1. *l. non solum* 49. *ff. de peculio*, & contrahendo dominum obligarent, invitum quoque vel ignorantem, peculio tenus, ex certis juris principiis; ac alteri tanquam procuratori possent mandare peculii administrationem, *l. servum* 33. *ff. h. t.* necesse erat, ut, data per patrem dominumve *administratione*, non alia quam *libera administratio* intelligeretur: ne alias illud tantum videretur ipsis datum, quod & sine datione competebat ipso jure. Quæ cum aliter in procuratore se habeant, ab illis ad hunc non recte argumentum fit. De cetero inter administrationem distinctum a nostri juris auctoribus fuisse, ac plus potuisse illos, qui liberam, quam qui non liberam habebant seu simplicem bonorum administrationem, vel ex ipsis illis legibus, quæ de servorum filiorumque familias peculiis agunt, ac supra adductæ sunt, evinci potest; dum non probabile, tot locis *liberæ* administrationis mentionem esse, si non & alia administratio non libera esset. Sed nec illud in contrarium movere debet, quod, quæ uno in loco tribuuntur procuratori generali *cum libera*, eadem alibi permissa inveniantur procuratori generale mandatum habenti, absque ulla liberæ administrationis mentione: ita procuratorem generalem cum libera *solvere* posse & *exigere*, adeoque etiam judicio experiri; & *alienare*, *vendendo*, *aliud pro alio permutando*, *l. procurator, cui* 58. *l.* 59. *ff. h. t. l. qua ratione* 9. §. *nihil* 4. *ff. de acquir. rer. domin.* §. *qua ratione* 43. *Instit. de rer. divis.*, eadem posse eum, cui universorum administratio commissa, absque ulla *liberæ administrationis* mentione; veluti solvere, *l. quodlibet* 87. *ff. de solution. l. si procurator* 6. *ff. de condict. indebit.* judicium movere, *l. sed si unius* 17. §. *procuratorem autem* 16. junct. §. 15. *ff. de injuriis*, alienare fructus & alias res, quæ facile corrumpi possunt, *l. procurator tutorum* 63. *in fine ff. h. t.* Sciendum etenim, negari non posse, quin multa sint communia procuratori generali *cum libera*, & ei, cui simpliciter universorum administratio sine *liberæ* adjectione demandata fuit; adeoque verum esse, quod uterque & solvere possit, (sicut utrique etiam solvi potest, *l. vero* 12. *l. qui hominem* 34. §. *si Titium* 3. *ff. de solution.*) & exigere judiciumque movere, & alienare ex quadam necessitate fructus aliasque res, quæ facile corrumpuntur: sed id non impedire, quo minus in aliis differentia sit. Qua ratione procurator generalis *cum libera* alienare potest, non modo ex necessitate res facile corrumpendas, sed etiam alias quascumque permutando, vendendo, negotiando, aliis modis operando ad domini mandantis utilitatem: si modo id agat, ut administrandi animo, & ex bona fide, non fraudulenter alienet, ut ante dictum ex *l. creditor* 60. §. *ult. ff. mandati*, *l. procurator* 58. *ff. h. t.* contra vero generalis *sine libera*, cui res administrandæ datæ sunt, hac regula regitur, quod res domini neque mobiles, vel immobiles, neque servos, sine speciali domini mandato alienare possit, sed tantum fructus aut alias res, quæ facile corrumpi possunt, *d. l. ff. h. t.* Ille res domini mandantis potest pignori obligare bona fide pro debitis ejus, quoties id exigit utilitas domini, arg. *d. l.* 60. §. *ult. ff. mandati*, *l. si convenerit* 18. §. *ult. l.* 19. *ff. de pignorat. act.* Hic demum pignori obligandi potestate gaudet, si ei universorum bonorum administratio permissa sit a tali, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *l. solutum* 11. §. *ult. l.* 18. *ff. de pignor. act.* Adeoque ex quadam necessitate, dum domini talis conditio erat, ut nancisci sine pignore creditum non posset; quippe quod non facile datur ab eo, qui sine pignore fidem invenit apud creditores. Ad hoc ille jusjurandum deferre potest, *l. jusjurandum* 17. §. *ult. ff. de jurejurando*. Ex eoque fundamento etiam transigere; tum quia jusjurandum vicem transactionis obtinet, *l.* 2. 31. *ff. de jurejurando*; tum quia plus est, jusjurandum deferre posse, quam transigere; dum & illis, quibus jusjurandi delatio denegata fuit, transactio nihilominus, bona fide facienda, concessa est, puta, administratoribus rerum civitatis, *l. jusjurandum* 34. §. *defensor* 1. *ff. de jurejurando*, junct. *l. præses* 12. *C. de transact.* Adde *tit. de transaction. n.* 2. Hic vero neque transigere potest, neque per consequentiam argumenti superioris jusjurandum deferre, *l. mandato generali* 60. *ff. h. t.* Quo modo etiam procurator fisci, qui generale quidem mandatum, sed non plenum cum alienandi potestate habet, nihil agere dicitur, quoties venditionis aut transactionis causa quid agit, *l.* 1. §. 1. *de offic. procurat. Cæsaris*. Et quamvis in *d. l.* 17. §. *ult. ff. de jurejurando* scriptum sit, procuratorem jusjurandum deferre posse, si universorum bonorum administrationem sustineat, nulla *liberæ* administrationis mentione injecta; tamen illum locum, qui Pauli est, de eo, qui *liberam* administrationem habet, accipi oportere, necesse est; cum idem Paulus tradiderit, mandato generali non contineri transactionem decidendi causa interpositam, *d. l.* 60. *ff. h. t.* quæ duo consistere simul non possent secundum ante dicta; nisi *d. l.* 17. §. *ult.* acciperetur de eo, qui plenum, adeoque generale *cum libera* mandatum habet. Nec recte exceperis, etiam procuratorem generalem *sine libera* transigere posse, quia ei solvi potest, *l. rescriptum* 10. §. *ult. l.* 11. 12. 13. *ff. de pactis*, uti id de solutione jam supra monitum. Non enim in *d. ll.* transactionem, sed pactionem ei, cui & solvi potest, permissam lego: a paciscendi vero licentia ad transigendi facultatem argumentatio efficax non est. Jure namque paciscitur etiam simplicem, non liberam, habens universorum administrationem, sic ut & paciscendo possit domino nocere, secundum *d. ll.* quia si pacto, non de dubiis, sed ceteris negotiis interponi solito, nocuerit domino; regressus per actionem mandati domino læso competit ad indemnitatem. At non transigit nisi qui generale mandatum *cum libera* habet; quia transactione per eum bona fide facta super re dubia liteve incerta, sine juris liquidi remissione, apparere non satis potest damnum transactione illatum, argumento eorum, quæ de transactione, ob enormem læsionem non rescindenda, traduntur *in tit. de transact. num.* 24. ideoque nec ulla mandati actio domino ad indemnitatem ex ea causa videri potest comparata esse: unde nec credendum, mandantem illis omni-

bus, quibus paciscendi licentiam dare voluit, etiam transigendi potestatem concedere voluisse, quippe adversus paciscentes quidem, at non ita contra transigentes, regressum habiturum. Leve vero est, quod in Basilicis textus Græcus legis 58. *ff. h. t.* non habeat verba *liberæ administrationis*, aut similia, cum & alia plurima in istis libris prætermissa sint, auctoribus versionis Græcæ compendio verborum passim studentibus.

8. Est & procurator in rem suam; qui scilicet negotia expedit non ad mandantis, sed propriam utilitatem, *l. si se non 4. pr. ff. de re judicata*, *l. quia absente 4. C. h. t. l. jusjurandum 17. §. ult. ff. de jurejur.* sive ei actiones mandatæ seu cessæ sint, quibus deinde tanquam actor experiatur, *d. l. 4. C. h. t. tot. tit. ff. & Cod. de hared. vel act. vendita*, sive se pro reo liti obtulerit, & in se transtulerit periculum judicii, *d. l. 4. ff. de re judicata*, *l. sed & si 25. §. item si rem 17. in med. vers. quid tamen*, *ff. de petit. hæredit. l. si actor 29. ff. h. t. l. quia etiam 3. §. ult. ff. de alienat. judicii mut. causa*, sive denique conventus fidejussor aut constitutor reum principalem, pro quo intercessit, constituat procuratorem, ut ab eo defendatur; cum & talis suo periculo defendat, *l. licet 42. §. ea obligatio 2. ff. h. t. l. idemque 10. §. generaliter 12. ff. mandati*. Ut tamen inter hos nonnihil intersit; nam cum alius mediante actionis cessione, in prioris jus agendi habentis locum substituitur, id etiam invito & prohibente debitore fieri potest, *l. nominis 3. C. de hared. vel. act. vendita*, *l. 1. C. de novationibus*. At cum pro debitore alius sese offert in judicio ex debitoris voluntate, non ut nudus defensor rei, sed ut talis, in quem redundaret onus & executio condemnationis, subducto & liberato principali debitore; non nisi actoris consensu concurrente id fieri posse, verius est; ne alias minus idoneus pro idoneo obtrudatur invito: ideoque, si actor malit dominum potius convenire, quam eum, qui in rem suam procurator est, dicendum est, id ei licere. Ita Ulpianus *in d. l. si actor 29. ff. h. t.* arg. *l. ratio 2. C. de hared. vel act. vendita*. Quibus non obest vulgata regula, qua actori non debet licere, quod reo non permittitur, *l. non debet 41. ff. de regul. juris*. Fallit namque axioma illud illis in casibus, quibus alia debitoris, quam creditoris ratio est: quod hic obtinet; cum debitor alium suo loco in idoneum substituendo, deteriorem reddere posset creditoris conditionem: at debitor semper eodem modo liberetur solvendo ante & post cessionem; nec ejus causa deterior cessione fiat. Ceterum distat procurator in rem suam a simplici procuratore, non in eo tantum, quod in rem suam constitutus in judicio ad propriam subsistat utilitatem, &, si reus sit, in eum detur judicati actio, *l. si se non 4. ff. de re judicata*, sed &, quod sumptu suo proprio litem exerceat; cum ex adverso simplex procurator litigat ipsius domini mandantis impensis, Ant. Matthæus *de auction. lib. 2. cap. 5. n. 24. in fine*.

9. Ad constituendum procuratorem mandato opus est, eoque vel expresso per literas, aut per nuncium, aut apud acta præsidis & magistratus interposito. Paulus *recept. sent. lib. 1. tit. 3.* vel tacito; quale tacitum mandatum licet non colligatur ex solo silentio ejus, cui mandatur, *l. filiusfamilias 8. §. inter l. ff. h. t.* tamen ex silentio præsentis & sua negotia geri scientis intercessisse præsumitur, sic ut, cuicunque permiseris rem tuam agere aut defendere, is tuus procurator intelligatur; *§. procurator 1. Instit. de iis, per quos agere poss.* arg. *l. si remunerandi 6. §. si passus 2. l. qui patitur 18. ff. mandati*, *l. si fidejussor 6. C. eod. tit.* sed usu invaluit, dubitationis omnis tollendæ causa, ut mandata procuratorum ad lites instrumento publico perscripta edantur sive coram tabellione & testibus, sive (ut Geldri & Transisulani & Brabantini requirunt) apud acta confecto; Zypæus *notit. jur. Belgici lib. 1. tit. de procuratoribus circa princip.* Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect. 10. num. 11. vers. hinc etiam*, & *ad §. ult. Instit. de iis, per quos agere possumus*, *n. ult.* Sim. van Leeuwen *cens. forens. part. 2. lib. 1. cap. 5. num. 8.* quibus consequens est, ut per testes mandatum ad lites hodie non recte probetur, ne, dum testium examine & dilationibus tempus absumitur, interim negotium principale protelетur. Vide Mascardum *de probation. conclus.* 1014. ver. *mandatum probetur nec ne per testes*.

10. Non ergo ad judicium quisquam tanquam procurator pro actore admittendus est, si constet, eum mandato carere, etiamsi de rato cautionem obtulerit; quod & hodie obtinere tradit Groenewegen *ad §. 3. Inst. de satisdation.* sic ut vel tacente adversario, judex illud exigat, &, si falsus procurator inveniatur, eundem repellat, nec controversiam per eum tractari patiatur, *l. licet 24. C. h. t.* etsi enim in pœnam contumaciter non caventis de damno infecto constitutum inveniatur, quod cavere detrectans nequeat procuratori, cautionem pro alio exigenti, procuratoriam opponere exceptionem, *l. inter quos 39. §. alieno 3. ff. de damno infecto*; id tamen non impedit, quo minus judex ex officio repellat eum, quem deprehenderit mandato carere. Quod si quis, cum mandato careret, ac de illo constaret mandati defectu, admissus nihilominus fuerit, jure nullum est, quicquid a falso procuratore gestum fuerit, *d. l. licet 24. C. h. t.* nec confirmatur sententia ratihabitione ejus, pro quo lata; utpote qui jus objiciendi sententiæ nullitatem, adversario semel quæsitum, ratihabitione sua auferre nequit. Licet enim ratihabitio similis habeatur mandato, ac retrotrahatur prorsus & confirmet jam gesta, *l. ult. Cod. ad Senatuscons. Macedon. l. semper qui 64. ff. de reg. juris*; non tamen id procedit, si per eam adimeretur tertio jus quæsitum; sed demum, cum sibi soli quis sua præjudicat ratihabitione. Sic etenim, cum & bonorum possessio pro altero petita esset sine mandato, ratihabitio interponi non potuit post lapsum istius diei, intra quem fuerat bonorum possessio petenda; non alia, ut opinor, de causa, quam quod sequenti jam gradui post lapsum diei cœperat locus esse, cui proinde quæsitum prætoriæ hæreditatis petendæ jus ratihabitione intempestiva non fuit tollendum, *l. bonorum 24. ff. rem ratam haberi*. Plane, si contra falsum procuratorem lata fuisset sententia, nihil obstaret, quo minus eam dominus sua posse ratihabitione confirmare, cum ita suo tantum juri renunciet: quam etiam ratihabitionem vel ex eo colligere licuerit, si a sententia, contra falsum procuratorem dicta, dominus ad superius appellaverit tribunal, *l. cum minor 3. §. ult. ff. rem ratam haberi*. Quemadmodum etiam pendente adhuc incer-

to litis eventu ante sententiam dominus rata habere potest a falso procuratore gesta; dum necdum ulli jus est quæsitum, adeoque nec ratihabitione tunc interposita quicquam videri possit adversario ademtum, *l. licet verum* 46. *ff. de judiciis*. Sic ut & tacita hic possit ratihabitio sufficere, dum dominus eam litem, quam procurator inchoavit, ultra persequitur, *l. non tantum* 5. *ff. rem ratam haberi*, Fachineus *controvers. lib.* 8. *cap.* 61. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 44. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 8. *de procuratoribus, defin.* 10. *num.* 4. *in notis*, Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 14. *num.* 121. *& multis seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 47. *n.* 3. qui postremus, licet in Camera judicatum narret, ratihabitionem omni in casu post sententiam debuisse admitti, *d. obs.* 47. *num.* 5. debiliora tamen ejus fundamenta esse, ex supra dictis colligi potest: nam etsi quædam sit negligentia ejus, qui minus diligenter de mandato inquirens, falsum procuratorem adversus se in judicio subsistere passus est; major tamen cum sit ipsius falsi procuratoris culpa, absorbetur illa levior negligentia per falsi procuratoris culpam majorem.

11. Conjunctis tamen personis hoc datum fuit, ut etiam sine mandato agere volentes pro conjuncta persona admittantur: quales sunt liberi, parentes, fratres, affines, liberti, *l. sed & hæ* 35. *ff. h. t. l. exigendi* 12. *C. h. t. l. si quis apud* 3. §. *sed forte* 3. *ff. judicatum solvi.* Instructio Curiæ Brabant. *art.* 525. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 1. *art.* 25. *num.* 13. *& seqq.* maritus pro uxore, *l. maritus* 21. *C. h. t. l. ult. Cod. de pactis conventis*, consors quoque ejusdem litis pro ceteris consortibus, si prius hi litem contestati fuerint; non vero ante litem contestatam, *l. commune* 2. *C. de consortibus ejusdem litis.* Dummodo hæ personæ de raro cautionem interponant, *d. l.* 21. *C. h. t. l.* 2. *C. de consort. ejusdem litis, l. si autem* 8. *pr. ff. de negotiis gestis*, excepto marito nomine uxoris paraphernalia exigente, qui ne cautione quidem de rato onerandus, *d. l. ult. C. de pact. conventis.* Modo etiam in plerisque his casibus voluntas ejus, pro quo conjuncta persona experiri vult, non sit contraria, *l. Pomponius* 40. §. *ult. ff. h. t.* Unde, licet maritus pro uxore recte agat sine mandato; tamen, si uxor negotium certum certamve litem marito mandaverit, quia hoc ipso tacite prohibuisse videtur, ne is alia tractaret, ideoque etiam id solum exsequi debuit, quod procuratio emissa præscripsit, *l. maritus* 21. *in fin. C. h. t.* Modo denique de ordinariis juris remediis & actionibus intentandis quæstio sit: nam si extraordinarium foret implorandum in integrum restitutionis auxilium, aliudve simile, nulli præter patrem pro filio illud licet absque mandato implorare, cognatis ceteris & affinibus non aliter, quam concurrente ipsius restituendi voluntate, *l. patri* 27. *in princ. ff. de minor.* 25. *annis.*

12. Quod si de mandato procuratori dato constet, superflua est de rato cautio, *l.* 1. *C. h. t. l. si procuratorem* 65. *ff. h. t.* nisi mandatum sufficiens non sit, dum forte generale est, cum speciale requireretur, velut in operis novi nunciatione, *l. de pupillo* 5. §. *qui procuratorio* 18. *l. cum procurator* 13. *ff. de operis novi nunciatione*, restitutionis petitione, *l. quod si de* 26. *ff. de minorib.* Sed si de mandato dubitetur, admittendus ita demum fuit procurator, si caverit de rato, *l.* 1. *C. h. t.* Atque ita, licet in Hollandia vicinisque locis non nisi mandato legitimo instructi procuratores publici pro actore vel appellante litem inchoare possint, Instruct. Curiæ Holl. *art.* 52. Curiæ supremæ *art.* 169. *reglement op de expeditie van justitie voor de Hoogen Rade* 7. *Junii* 1658. *art.* 20. tamen, si mandatum aliqua ex parte defectu laborare deprehenderetur, veluti non solemniter, sed privata tantum epistola comprehensum, aliove aliquo modo imperfectum; admitti interim eos pro domino, sub cautione de mandato pleniore ac legitimo exhibendo cum ratihabitione actorum, testatur Leeuwen *censur. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 4.

13. Quibus autem in casibus conjunctæ personæ sine mandato admittuntur, secundum jam dicta, vel publici procuratores destituti mandato, sese sistunt & actionem intentant aut appellationem prosequuntur; si quidem succumbant, ac in expensas condemnentur, ipsi ferunt; nec a conjunctis personis, aliisve, pro quibus egerunt, repetendi jus habent, arbitraria insuper pœna coercendi, si publico procuratoris munere fungentes pro extraneis sese ita obtulerint ad agendum, arg. *l. si se non* 4. *ff. de re judicata*, Instruct. Curiæ Holl. *art.* 52. Jacobus Coren *observat.* 3.

14. Intervenire potest procurator in omnibus causis civilibus, nisi circumstantiæ exigant ipsius domini præsentiam, *l. in pecuniariis* 56. *C. h. t.* & hoc judex decernat: adeo ut, reo se non sistente, judex iterato eum citari jubens, carceris comminationem addere possit in contumaciæ casum; suadente id non tam judicii & propositæ actionis qualitate, quam potius neglecta ac spreta jus dicentis auctoritate, cui omni modo parere oportuit; ut ait Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 10. Joh. Papon *lib.* 24. *tit.* 3. *arrest.* 9. Alphonsus de Azevedo *ad constit. reg. Hisp. lib.* 4. *tit.* 3. *leg.* 15. *num.* 2. Quo tamen casu defungi videtur reus, si plenissimo mandato munitum miserit procuratorem, & ita instructum, ut præsentiam mandantis supplere queat, & ea agere, dicere, fateri, quæ mandans, si præsens esset: nisi & tunc aliter ex causa judex decernat. Jason *ad d. l.* 26. *C. h. t. n.* 3. 4. 5. Barbosa *in collectaneis Cod. ad d. l.* 26. *n.* 5. Azevedo *d. loco.* In causis vero criminalibus non admittitur procurator: sive ex parte rei, ne reo absente judicia redderentur elusoria; sive ex parte accusatoris, ob eandem rationem, si ob crimen non probatum vi inscriptionis subjiciendus esset talioni, *l. pen.* §. 1. *ff. de publicis judiciis, l.* 1. *ff. an per alium causæ appell. reddi poss.* Paulus 5. *sentent. tit.* 16. §. 11. nisi illustris agat aut conveniatur; vel uxor ejus aut liberi vivente patre vel marito, §. *in summa* 10. *Instit. de injuriis*, *l. ult. C. de injuriis*, vel allegandæ tantum sit justa absentiæ causa, *absens reus* 71. *ff. h. t. d. l. pen.* §. 1. *ff. de public. judic.*, vel denique reus absens condemnari possit, *l. servum quoque* 33. §. *publice* 2. *ff. h. t.* in qua lege sine urgente ratione Cujacius pro *innocentiam* substituit *absentiam*; cum regula vera sit, ubicunque absens damnari potest, ibi quemvis verba pro eo facientem & innocentiam excusantem audiendum esse. Defendi vero potest absens, & ita pro eo procurator intervenire, primo quidem, si

lis cum ipso reo præsente contestata fuerit; ac de tempore illo, quod litis contestationem sequitur, accipienda est regula verbis paulo generalibus tradita in *l. reos* 3. *C. de accusation. reos* scilicet *capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi posse, ex judiciorum publicorum lege*; uti & quod traditum in *l. lege Cornelia* 4. §. *idem* 2. *ff. ad leg. Cornel. de sicar. in absentes, qui spadones fecissent, tanquam lege Cornelia tenerentur, pronunciandum esse*. Si enim ab initio absentes fuerint, ne accusari quidem eos absentes potuisse, rescriptum est in *l. si quondam* 15. *C. ad leg. Iul. de adulter.* sed tantum requiri debuisse patet ex *l.* 1. *& tot. tit. ff. de requir. reis & absent. damnand.* &, si maxime ab initio præsentes fuerint, & crimen contra eos præsentes inchoatum sit, eos quidem absentes in numerum reorum referri posse rescriptum fuit *l. adulteram* 13. *C. ad leg. Iul. de adulteriis*, sed tamen & in numerum reorum jam relatos absentes defendi non potuisse, Papinianus respondit *l. miles* 11. §. *ea, quæ* 2. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* Lite ergo demum contestata, si forte non carceri fuerint inclusi rei, sed vel fidejussoribus commissi, vel nudæ suæ repromissioni, procuratorum ope eos defendi potuisse absentes existimo. Neque quicquam adversus hæc, & receptam *d. l.* 33. §. 2. lectionem (quæ & in Basilicis servatur) facit, quod illic dicitur *innocentia excusari*, quasi nulla innocentiæ, sed absentiæ excusatio sit. Etenim innocentiam excusare nihil aliud est, quam pro innocentia rei accusati verba facere, ipsumque a criminis insimulatione excusare, & ut innocentem tueri. Neque insolitum prorsus Ulpiano est, etiam durioribus uti loquendi modis, quos justa interpretatione si non adjuveris, vix ab ineptia Jurisconsultum excuses: quid enim, obsecro, durum est, si non illud, quod idem dixit; *fidejussi pro te, & solvi, mandati te si condemnavero, famosum facio? l. furti* 6. §. *mandati* 5. *in fine ff. de his, qui not. infam.* nam nec fidejussor damnare poterat, nec famosum facere judicis erat; fidejussor petebat atque impetrabat damnationem, non ipse damnabat. Quæ ideo tantum noto, ut pateat, quam male ob duriorem loquendi rationem ad emendandi remedia mox recurratur. De cetero, non de sola absentiæ excusatione, sed de defensione respectu criminis ipsius impacti, Ulpianum in *d. l.* 33. §. 2. tractare, non una ratione evincitur: primo namque id ex præmissa in *d.* §. 2. *in pr.* regula, *quod publice utile sit, absentes a quibuscunque defendi*, non inepte colligitur, quam generaliter conceptam, de defensione ratione litis principalis intelligi oportere, patet ex *l. exigendi* 12. *C. h. t.* §. *si vero reus* 5. *Instit. de satisdat.* Sed & secundo generalis assertio, *quod & in capitalibus defensio detur*, id satis evincit; cum sola absentiæ excusatio non nisi improprie defensio sit, magisque ad defensionis faciendæ tendat dilationem. Quibus accedit pro recepta lectione, quod Ulpianus in *d. l.* 33. §. 2. provocat ad rescriptum Imperatoris Alexandri Severi, sub quo floruit; quod in *l.* 3. *C. de accusationibus* propositum, nullam absentiæ mentionem habet, sed definit, *reos capitalium criminum absentes etiam per procuratorem defendi, leges publicorum judiciorum permittunt*; quæ verba generaliora sunt, quam ut ad nudam restringerentur absentiæ excusationem. Denique id ipsum recte ex Ulpiani restricta petieris locutione in *d. l.* 33. §. 2. non enim generaliter ait, semper & omni casu, pro reis absentibus innocentiam excusari posse; sed cum limitatione, *ubi quis absens damnari potest*: quæ supervacua prorsus fuisset, si de sola absentiæ excusatione definitionem Ulpianus proposuisset; quia & tunc, cum necdum absens damnari potest, cum necdum lis est contestata, ac tantum requiritur reus absens gravioribus in criminibus, absentiæ justa ratio per alios allegari potest, ut a contumacia excusetur, & bona ob absentiam in fiscum non cogantur. Quo modo generaliter absens reus causas absentiæ per procuratorem reddere potest, *l. absens.* 71. *ff. h. t.* & licet secundum Papinianum, *in l. accusatore* 13. §. 1. *ff. de public. judiciis*, *ad crimen judicii publici persequendum frustra procurator interveniat, multoque magis ad defendendum* (scilicet ante litem contestatam secundum ante exposita) *excusationes tamen absentium ex Senatusconsulto judicibus alleganturx; & si justam rationem habeant, sententia differtur*; non ea, quæ condemnationem vel absolutionem a crimine complectitur, sed qua post annum bona absentium in fiscum coguntur ex præscripto, *l.* 2. *& ult. ff. de requirendis reis vel absent. damnand.* Ut proinde aliud in innocentiæ defensione, aliud in excusatione absentiæ servetur, quarum illa non nisi post litem contestatam, ex quo absens damnari potest, in capitalibus admissa est; hæc vero & ante & post litem contestatam locum invenit, *d. l.* 13. §. 1. junct. *l. inter* 10. *ff. de public. judiciis*. Sed & secundo absentes condemnari, atque ita per procuratorem defendi possunt, si pœna intra relegationem ex crimine imponenda sit, ut puta, infamia, pecuniaria pœna, bonorum omnium aut partis publicatio, *l.* 1. *ff. an per alium causæ appellat. reddi possint, l. absentem* 5. *ff. de pœnis*. Nec huic contrarium est, quod domino permissum dicitur pro suo servo ad bestias damnato provocare, & per procuratorem reddere provocationis causas, *l. Lucius* 18. *ff. de appellation.* cum id in servis criminis reis singulare sit, quod per procuratorem domini æque ac per dominum possint defendi, *l. servus* 11. *ff. de publicis judiciis, l. si non defendantur* 19. *ff. de pœnis, l. si cuidam* 2. *C. de accusationibus*. Cum autem in *d. l.* 1. *ff. an per alium causæ appellat.* ambigua sit verborum illorum sententia, *sed & si ea causa sit, ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi; sed ipsum adesse auditorio debere sciendum est*, utrumne excludant an includant relegationis pœnam; pendere existimem totam hujus dubii resolutionem ex eo, utrum relegatio in absentem constitui possit, nec ne. Et quia duo relegationum genera esse Ulpianus monet in *l. relegatorum* 7. *ff. de interdictis & relegatis*, alteram, qua in insulam quis relegatur, alteram, qua ei provinciis interdicitur, non etiam insula assignatur; non ineptum fuerit, in illa quidem relegatione, qua certa assignatur insula, procuratorem excludere; eo quod non magis hæc, quam alia quævis corporalis aut capitalis pœna in absentem efficaciter decerni potest: at in ea, qua interdicitur simpliciter provinciis, procuratorem pro eo intervenire, nihil vetat; cum hoc relegationis genus æque ac infamia aut pœna pecuniaria in absentem decer-

ni queat, & executionem habere; quo casu reum ipsum ex necessitate juris non debere auditorio adesse, docet *d. l.* 1. Confer aliorum opiniones enarrantem Ant. Matthæum de *crimin. libr.* 48. *tit.* 13. *cap.* 4.

15. Nec longe ab hisce Romani juris principiis recedunt hodierni mores, quibus obtinuit, procuratorem in causis criminalibus non posse pro reo intervenire, nisi hoc specialiter a judice fuerit impetratum; sed reus ipse citatus, ut corpore præsens sit, (*gedaagde in persoon*) etiam sese præsentem sistere debet, donec necessitatem præsentiæ ei petenti judex remiserit. Ut tamen præsens ipse Advocati opera aut procuratoris ministerio uti, ex judicis concessione possit, dum forte negotiorum forensium imperitus est. Et hæc ita, si de crimine criminaliter & extra ordinem accusatio fiat. Simon van Leeuwen *censur. forens. part.* 2. *lib.* 2. *cap.* 2. *nu.* 3. 4. & *seqq.* Merula *praxi libr.* 4. *tit.* 36. *cap.* 1. *numer.* 4. 5. 6. Petrus Vromans *tract. de foro competente libr.* 2. *cap.* 4. *n.* 3. Wassenaar *pract. judic. cap.* 27. *n.* 4. 6. 8. 9. 18. Adeo vero parendum isti jussioni judicis, ipsius rei præsentiam injungentis, ut nec appellari a tali decreto in Hollandia possit, juxta instructionem Curiæ Holland. *art.* 217. Considerandum interim, non ita facile a judice concedendum esse illis, qui officii nomine accusant & criminum pœnas persequuntur, ut extra ordinem accusationem moveant; sed demum, si convenienter Romano juri pœna corporalis irroganda sit, vel ad carceres, aut triremes, aut ergastula condemnatio, probato crimine, probabiliter est secutura. Nam si pecuniaria aut infamiæ, vel relegationis (quæ nunc non ad certum locum fit, sed proprie certorum locorum interdictio est) pœna plectendus veniret convictus confessusve reus, non nisi ordinario modo de crimine agendum foret, neque tunc reus etiam absens prohibendus est procuratoris auxilio suam causam tueri: sicut & *in persona* citatis liceat ante sistendi diem petere licentiam sese per procuratorem defendendi, remissa præsentiæ necessitate. Vide Wassenaar *pract. judic. d. cap.* 27. *numero* 6. & 14. Leeuwen *censur. forens. d. part.* 2. *libr.* 2. *cap.* 2. *numer.* 9. 10. Jul. Clarus *libr.* 5. *recept. sentent. §. fin. quæst.* 28. *n.* 1. & *quæst.* 32. *fere per tot.* Farinacius *quæst.* 99. *n.* 66. 67. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 180. & *part.* 5. *consil.* 34. *pag. mihi* 122. *in med.* & prolixissime Menochius *de arbitr. judicum lib.* 1. *quæst.* 80. Et est profecto, quod subinde doleas merito, non modo per inverecundas delictorum minimorum exagerationes ab illis factas & arte confictas, qui nomine publico accusantibus a consilio sunt atque ministerio, indeque subsecutas incarcerationis aut in persona citationis comminationes, viam pandi ad concussiones & nimias ac iniquas, nec delicti levitati satis convenientes pecuniarum extorsiones: sed & judices ipsos quandoque nimis faciles existere in admittendis hisce extra ordinem movendis accusationibus, & vel apprehensione vel citatione personali decernenda.

16. Populares quod attinet actiones, in iis pro reo quidem procuratorem jus Romanum admisit, non vero pro actore; nam cum in hoc actionum genere cuilibet ex populo competat agendi potestas, nec minus mandatario, quam mandanti; non visum fuit, alieno nomine agentem audiri, cui suo proprio nomine datum erat a lege experiundi jus; nisi is populari actione contendere cupiat, cujus privatim interest; tunc enim non quasi popularis, sed quasi privatæ actionis, procuratorem constitui posse responsum est *l. licet in* 42. *l. non cogendum* 45. *§.* 1. *ff. h. t. l. qui populari* 5. *ff. de popularib. action.* & quia suspecti tutoris postulatio quasi publica, seu popularis est, *§. consequens* 3. *Inst. de suspect. tut.* hinc etiam non facile per procuratorem tutor ut suspectus accusatur; nisi constet, ei a tutore mandatum nominatim, *l. non solum* 39. *§. ult. ff. h. t.*

17. Officium procuratoris est causam domini diligenter expedire, non tantum in conventione, sed & in reconventione, ita ut reconventionis intuitu teneatur de rato cavere, *l. servum quoque* 33. *§. ait prætor* 3. & 4. *ff. h. t.* etiamsi procurator in rem suam factus sit, secundum distinctiones in *tit. de judiciis* plenius propositas. Quod si cliens dolo aut negligentia procuratoris sui ad lites constituti succubuerit, aut alias in damno hæserit, quod potuisset per exactiorem procuratoris diligentiam evitari, ad læsionis totius reparationem quin domino condemnandus sit, haud videtur dubitandum: ita scilicet exigente ordinaria mandati, quo constituitur, natura, arg. *l. a procuratore* 13. *l. in re mandata* 21. *C. mandati*, *reglement op de expeditie van justitie voor den Hoogen Rade* 7. *Junii* 1651. *art.* 37. Mynsingerus *centur.* 5. *observ.* 53. Treutlerus *vol.* 1. *disp.* 9. *thes.* 12. Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 45. Neostadius *de pactis antenuptial. observ.* 1. *in notis*, vers. *patronum*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad princip. Instit. de oblig. ex quasi delicto num.* 3. dolum etenim procuratoris in lite mandata commissum nocere domino, si in ipso negotio mandato factus sit, dum procurator mandati fines non egrediebatur, certum est, *l. si procurator* 10. *C. h. t.* Ut tamen domino per in integrum restitutionem videatur succurrendum, si procurator solvendo non sit: non tantum, cum adversarii dolus & corruptio concurrit; quo casu & actio & exceptio doli læso danda foret, *l. si procuratorem* 8. *§. sed & si* 1. *ff. mandati*, *l. si procurator* 9. *ff. de doli mali & met. except.* sed &, si nullus adversarii dolus intercesserit; quod nostris præsertim moribus admittendum est: nam cum hodie certi tantum, ac non ita multi procuratores passim constituti sint, vix est, ut litiganti possit imputari, quod talis procuratoris publice probati opera usus sit. Vide Neostadium *d. loco*.

18. Succumbens autem in lite procurator appellare tenetur ab iniqua sententia; at appellationem prosequi obligatus non est, *l. invitus* 17. *C. h. t.* arg. *l. dominus* 9. *l. si actor* 10. *C. de appellation. cap. non injuste* 14. *extra, de procuratoribus*, nisi ad omnem causam datus sit, quo casu & rationes appellationis ac causas reddere potest, arg. *l.* 2. *ff. an per alium causæ appell. reddi poss.* Quamvis apud nos, multasque gentes nunc fere supervacua sit illa quæstio, an appellationem teneatur prosequi, dum singulis in tribunalibus certus est constitutus procuratorum numerus, extra quem nulli alii, adeoque nec in inferioribus admissi judicii, admittuntur, Groenewegen *ad l. constitutio* 27. *C. h. t.* quod & consentaneum est constitutioni Græcæ Zenonis, quæ est *lex* 27. *C. h. t.* unde & finitum censetur procu-

ratoris officium, æque ac judicis, post latam sententiam, Joh. Papon *lib.* 6. *tit.* 4. *arrest.* 7. Ant. Thesaurus *decis. Pedemont.* 107. *in addition.* adeo ut, si maxime idem in inferiore pariter ac superiore judicio, tanquam procurator publice constitutus atque admissus utrobique, causam agere possit, novo tamen mandato ad causam appellationis agendam instruendus sit; nisi statim ab initio appellationis etiam faciendæ & prosequendæ mandatum ei datum appareat. Ant. Thesaurus *decis. Pedemont.* 202. *n.* 3. Jac. Coren *observat.* 34. *n.* 11. 30. *& seqq.* Cui consequens est, ut etiam ad litem in inferiore judicio tractandam procurator datus, ibique succumbens, non possit ad appellationem prosequendam in superiore auditorio alium constituere, ad causas illic agendas publice constitutum; nisi ea potestas nominatim esset mandato data, *d. l.* 27. *C. h. t.* nam cum post sententiam finitum sit procuratoris officium, juxta ante dicta; qui, quæso, alium suo substituet loco ad expediendum illud, cujus intuitu ipse nullo invenitur mandato instructus? certe ut plus juris alteri per mandatum conferret, quam ipse ex domini mandato habet, juris nostri ratio non patitur. Mantica *de tacitis & ambig. convent. libr.* 7. *tit.* 22. *numer.* 21. 22. 23. Qua occasione sciendum quoque, ad egendum constitutum procuratorem transigere non posse, *l. transactionis* 7. *C. de transaction.* nec aliam in judicium actionem deducere, quam quæ mandato comprehensa est, arg. *l. maritus* 21. *in fine C. h. t.* nisi ea actioni mandatæ tanquam accessoria cohæreat: qualis est ad exhibendum actio, si rei vindicatio mandata sit; vel interdictum de tabulis exhibendis, si mandatum sit, ex testamento legatum peti, *l. ad rem* 56. *l. ad legatum* 69. *ff. h. t.*

19. Fit autem procurator jure Romano protinus a lite contestata litis dominus, & ut talis citatur, *l. procuratoribus* 22. *l. nulla dubitatio* 23. *C. h. t.* Quod non ita est in procuratoribus ad negotia extrajudicialia, ubi illa litis contestatio haud invenitur: nam cum per litis contestationem quasi contraheretur, *l. licet* 3. *§. idem scribit* 11. *ff. de peculio*, & per eam cum ipso debitore factam quædam fieret novatio; consequens erat, ut procuratore interveniente & litem contestante delegatio quædam crederetur intercessisse, *l. delegare* 11. *§.* 1. *ff. de novat. & delegat.* & procurator actoris quodammodo tanquam creditor, procurator vero rei, tanquam debitor surrogatus, atque ita litis dominus intelligeretur. Quin & ante litem contestatam citari ac cogi procurator ad lites potest, ut litem suscipiat, si procurator rei sit, ac de mandato ei per reum dato possit doceri, dum reus pro eo consentiente cautionem *judicatum solvi* exposuit, nec justa causa subest, cur defensionem declinet, veluti inimicitia &c. *l. filiusfam.* 8. *§. procuratorem* 3. *ff. h. t. l. si defunctus* 15. *ff. h. t.* eo quod hoc in casu procurator non fuit adstrictus vinculo cautionis, quam ipse non præstitit, sed dominus pro eo. Quemadmodum & ad defendendum præcise cogi potest is, qui cum tanquam conjuncta persona pro alio actionem instituisset, & de rato cavisset, reconventionem patitur: nam cum illic semel sese liti sponte ingesserit, ac actio mota ad finem perduci nequeat sine defensione in reconventione, *l. servum* 33. *§. ait prætor* 3. *ff. h. t.* non mirum fuit, ipsum omnino ad defensionem fuisse compellendum; & de eo agit *l. sed & hæ* 35. *ult. ff. h. t.* quod tamen ita accipiendum, si omnino voluerit intentam pro alio actionem promovere ac ad finem perducere; nam si ipsam malit actionem omittere, cogendus non foret ad defensionem, *d. l.* 35. *§. ult.* versic. *nisi & agendum ff. h. t.* eo quod hæc sola procuratoris in reconventione non defendentis pœna est, quod actio ei denegetur, *l. mutus* 43. *§. pœna* 4. *ff. h. t.* Plane, si procurator, tantum ad rei defensionem accedens, ipse cautionem judicatum solvi interposuerit, ad litem suscipiendam haud compellitur; sed sufficit, cautionis eam committi clausulam, quæ est de re boni viri arbitratu defendenda, & ita actionem dari ex stipulatu ad id, quod interest ob rem non defensam, *l. non cogendum* 45. *ff. h. t. l. Titius* 76. *ff. h. t.* licet hac de re dissensus fuisse videatur, ut colligi potest, si jungatur *l. mutus* 43. *§. ult. & l.* 44. *&* 45. *ff. h. t.* adde Pacium *enant. cent.* 2. *n.* 31.

20. Insuper ferenda fuit in procuratorem sententia, si is litem fuisset contestatus, tanquam in litis dominum, *l.* 1. *C. de sentent. & interlocut.* Confer Groenewegen *ad d. l.* 1. *C. de sent. & interlocut.* licet executioni danda fuerit in bonis domini; nisi se procurator in lite pro alio obtulerit, aut ipse judicatum solvi satisdederit, aut in rem suam procurator sit constitutus, *l. si se non* 4. *in princ. ff. de re judicata*, *l. si procurator meus* 28. *l. Plautius ait* 61. *ff. h. t.* Adde Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 7. *defin.* 1. aut denique litis occasione deliquerit, atque ita fuerit ad pœnam damnatus, arg. *l. qui proprio* 46. *item contra* 5. *ff. h. t.*

21. Cessat procuratoris officium morte ejus, secundum ordinariam mandati naturam, evanescente scilicet industria, quæ in procuratore electa est, *§. item si adhuc* 10. *Inst. de mandato.* Adde *tit. mandati*, eoque casu nunc penes nos moris est, ut citetur is, cujus procurator fato functus est, ad id, ut alium constituat defuncti loco, convenienter *legi ultima §.* 1. *C. h. t.* Merula *praxi civil. lib.* 4. *tit.* 83. *cap.* 6. *num.* 4. Groenewegen *ad l. ult. §.* 1. *C. h. t.* Similiter morte mandantis, sive actoris, sive rei, re integra, uti mandatum, ita & procuratoris officium finitum creditur; non item, si res amplius integra non sit, arg. *d. §.* 10. *Instit. de mandato.* Et hinc ab Ulpiano responsum, compellendum esse procuratorem ad judicium accipiendum, si defunctus sit dominus ante litem contestatam, postquam judicatum solvi stipulationem pro suo procuratore sciente nec contradicente dedisset; *l. si defunctus* 15. *ff. h. t.* ac rescriptum ab Imp. Juliano, procuratorem post causam in judicio agitatam, id est, cœptam, etiam post excessum ejus, qui agendam vel defendendam litem mandaverat, posse inchoatam causam jurgiumque finire, *l. nulla dubitatio* 23. *C. h. t.* Usu tamen in his, aliisque regionibus, atque ipsa Germania receptum est, ut mortuo litigantium alterutro, citetur hæres ejus ad reassumendam causam in eo statu, in quo relicta est. Qua de re nos latius in *tit. de judiciis* agemus.

22. Cessat quoque per renunciationem procuratoris justas ob causas factam, quales sunt inimicitiæ capitales inter mandantem ac procuratorem, adversa valetudo, peregrinatio necessaria, absentia reipublicæ causa, *l. filiusfamilias* 8. *§. ult. & ll. seqq. l. mu-*

tus 43. §. *ult. l.* 44. *ff. b. t.* uti &, si bona illius, quem defendit, a creditoribus jam sint possessa, *d. l.* 43. *§. ult. ff. b. t.* eo quod tunc per creditores missos, aut curatorem bonis illis datum, omnia administranda, litesque exercendæ sunt, *l. creditore* 14. *pr.* & §. 1. *ff. de rebus auctorit. jud. possidendis.* Secus, si reus quidem jam solvendo esse desierit, sed necdum passus sit missionem in possessionem bonorum, cessante tunc superiore ratione. De qua facti specie intelligenda *l. Titius* 76. *ff. b. t.* Quod enim Pacius *enantioph. cent.* 2. *num.* 46. opinatur, in *d. l.* 43. §. *ult. ff. b. t.* narrari tantum Labeonis sententiam, sed per subsequentem leg. 45. reprobari nequaquam probabile est; cum per *d. l.* 45. tantum in eo rejiciatur Labeonis opinio, quod existimaret, procuratorem post satisdationem quandoque cogi ad reum defendendum ac judicium accipiendum; cujus contrarium Paulus in *d. l.* 45. cum Sabino asserens, ait nullas prætoris partes esse ad compellendum defendere.

23. Revocationem mandati quod spectat; invito quidem adversario quin omni in parte judicii fieri possit, & ita procuratoris officium evanescere, haud dubium: at enim in constituendo procuratore non requiritur adversarii assensus, ita nec in eo removendo voluntas ejus exigenda est, arg. §. 1. *Instit. de iis, per quos agere poss.* An & invito procuratore id fieri possit, quæstionis est. Ante litem quidem contestatam, domino liberam potestatem mutandi procuratorem concedit Paulus, sic ut vel alium constituere, vel ipse judicium suscipere possit, *l. ante litem* 16. *ff. b. t.* causa tamen cognita, si pro reo absente defensor interveniret, dum forte propter præstitam de judicato solvendo cautionem cœpit ejus interesse, *lib. is, cujus* 64. *ff. b. t.* Post litem vero contestatam neque domino, neque hæredi ejus id licet, nisi justa causa subsit: nam cum procurator per litis contestationem factus sit litis dominus, æquum visum fuit, eum non temere ab illa depelli lite, & illud quæsitum quale quale litis dominium eidem invito sine causa auferri, *l. procuratoribus* 22. *C. b. t. l. post litem* 17. *ff. b. t.* causæ autem justæ quamplurimæ recensentur; puta, capitales inimicitiæ, morbus, peregrinatio, ætas, ut & si suspectus sit procurator, adversario jungatur affinitate, vel hæres ei existat, vel latitet, vel publico privatove judicio, aut majore re sua distringatur, & aliæ plures. Vide *d. l.* 12. *C. b. t. d. l.* 17. *§. ult. l.* 18. 19. 20. 21. 22. 23. *ff. b. t.* dummodo dominus mandatum ex causis hisce revocans refundat procuratori impensas in litem factas, quarum intuitu alioquin concessa Procuratori actorum retentio, *l. quæ omnia* 25. *in fine*, *l.* 26. *ff. b. t.* adde & *tit. de postulando.* Sed cum nostris moribus procuratores non tam domini litis sint, quam potius ministri, magis est, ut in omni parte judicii mandatum eis datum revocari possit, etiamsi nulla ex supradictis causis subsit aut allegetur: ut post alios tradit Groenewegen *ad l.* 22. 23. *C. b. t.* Nullo tamen modo licita mandati revocatio, si quis in rem suam procurator datus sit, *d. l. quæ omnia* 25. *in fine*, *l. procuratore in rem* 55. *ff. b. t.* vel mandans non omnia judicia procuratore transferre velit, sed quædam transferre, quædam relinquere, cum juste procurator hanc domini *inconstantiam* (sic legendum) recuset, *l. in causa cognitione* 27. *ff. b. t.* Uti ex adverso in omni parte judicii sine ulla causæ redditione falsum procuratorem jure dominus a lite repellit; arg. *l. licet* 24. *C. b. t.* imo, ut Ulpiani verbis utar, *si mandatum non est, cum neque in judicium quicquam deduxerit, nec ea comprobasti, quæ invito te acta sunt, tibi non præjudicant; ideoque translatio earum litium non est tibi necessaria, ne alieno facto onereris*, *d. l. in causa* 27. *ff. b. t.*

24. Quod si procuratori datum primo fuerit mandatum generale, ac postea aliud speciale detur ad certum aliquod negotium, certamve litem tractandam, non est existimandum, per illud speciale subsecutum mandatum videri revocatum generale prius: neque enim mandatum speciale subvertit ex sua natura mandatum generale, aut vice versa, sed sæpe generali speciale addendum est, dum in casibus quibusdam mandatum generale non est sufficiens, sed speciale requiritur. Neque in dubio præsumenda est voluntatis mutatio, adeoque nec mandati consensu initi revocatio; sic ut, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc teneatur, *l. eum, qui* 22. *ff. de probationibus*, quod pluribus confirmat Augustinus Barbosa *Axiomat. juris usufrequent.* 230. verbo, *voluntas, num.* 7. & in specie de procuratore Menochius *de præsumtionib. lib.* 2. *præsumt.* 36. Ant. Thesaurus *dec.* 107. Mantica *de tacit. & ambiguis convent. lib.* 7. *tit.* 22. *num.* 43. Aliter, quam judicandum foret, si quis duobus diversis temporibus diversos duos constituisset procuratores: posteriorem enim dando videtur prohibuisse, ne prior ultra gerat, si modo prior mandati istius posterioris ignarus non sit, *l. si quis, cum procuratorio* 31. *§. ult. ff. b. t. cap. non injuste* 14. *extra, de procurator.*

25. Distat autem a procuratore defensor; quippe qui & sine mandato reum defendit, si modo præstet cautionem judicatum solvi: neque enim quisquam alienæ rei defensor idoneus sine satisdatione intelligitur, *l. unic. C. de satisdando*, *l. qui proprio* 46. §. *qui alium* 2. *ff. b. t. §. si vero* 5. *Instit. de satisdation.* quandoque etiam cautionem de rato, si defensor sit ejus, qui rei vindicatione conveniebatur, *l. Pomponius* 40. §. *sed & is* 2. *ff. b. t.* Neque idoneus quisquam defensor est sine mandato, nisi viginti quinque annis major; cum alias & ipsi & fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurri posset, atque ita elusorium reddi judicium, ut ante dictum, *l. minor* 51. *ff. b. t.*

TITULUS IV.

Quod cujusque universitatis nomine vel contra eam agatur.

SUMMARIA.

1. *Quid sit universitas? in uno conservatur; durat in successoribus; qui tenentur ex factis prædecessorum.*
2. *Universitates habent patrimonium, cujus intuitu agunt, debent, conveniuntur, cavent, cautionem petunt, ut privati; si probatæ, non si toleratæ tantum, velut Judæorum, Anabaptistarum &c.*
3. *Si universitatis parti jus novæ universitatis tribuatur, manet pro rata debitrix debiti ante separationem contracti.*

4. *An & quando singula universitatis membra, & an in solidum singula conveniri possint pro debito universitatis?*
5. *Universitatis negotia in civilibus & criminalibus tractantur per syndicum, qui variis nominibus designatur. Utilitas ejus traditur.*
6. *Alius præter syndicum pro universitate non agit, quisque tamen eam potest sine mandato defendere.*
7. *Quis creet syndicum? qui gaudeant suffragii jure? quot debeant tempore creationis præsentes esse? an pater filio, aut vice versa, an quis sibi ad honores suffragium dare possit?*
8. *Syndici similes procuratoribus in agendo, defendendo, cautionibus, revocatione, impensis recuperandis, quas tamen non repetunt, si turpis mandati executores fuerint.*
9. *Quæ hodiernorum syndicorum officia sint, & qui eligi possint?*

1. UNiversitas alia rerum est, ut grex, peculium, hæreditas; alia hominum, veluti collegium, licitum municipium, civitas, vicus, pagus. Quales hominum universitates licet non nisi a pluribus inchoari possint, *l. Neratius* 85. *ff. de verb. signif.* tamen si ad unum caput redierint, etiam jus omnium membrorum in unum censentur recidisse, & stat nomen universitatis, *l. sicut* 7. §. *ult. ff. h. t.* Quin & durare censenda est, etiamsi omnia mutata sint membra ejus, aliaque in eorum locum surrogata; quod eleganter ab Alfeno adstructum, *l. proponebatur* 76. *ff. de judiciis.* Quibus consentaneum est, ut & suffecti collegio teneantur ac executionem patiantur, quoties prædecessores collegii nomine condemnati sunt, Neostasius *Curiæ supremæ dec.* 123. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 5. *fere in pr.*

2. Utuntur vero universitates plerumque privatorum jure, ac privatorum loco habentur, *l. bona civitatis* 15. *l.* 16. *ff. de verbor. signif.* Ut tamen patrimonium suum proprium, arcam communem, res communes, ad reipublicæ exemplum dicantur habere *l.* 1. §. *ff. h. t.* Hinc et debere possunt, & ipsis deberi; ipsæque privatis actionibus, finium regundorum, familiæ erciscundæ, aliisque prope infinitis, & conveniri, & missionem in bona communia pati, si non defendantur, cautiones quoque pro re nata exigere, vel exactas præstare *l.* 1. §. 2. *l. sicut municipium* 7. *l.* 9. 10. *ff. h. t.* Non tamen hoc jus standi in judicio, aut patrimonii possidendi, habent universitates illæ, quæ toleratæ quidem, at non probatæ sunt; quales Anabaptistarum, & aliarum sectarum, itemque Judæorum; quibus & ideo, si quid legatum fuerit, non debetur, *l.* 1. *C. de Judæis*; arg. *l. cum senatus* 20. *ff. de rebus dubiis*, iisque juris ac justitiæ administrationem apud nos fuisse denegatam, cum sibi relicta persequi vellent, testis est Jacobus Cosen *observ.* 9. arg. *tit. ff. de colleg. & corpor. l. conventicula* 15. *C. de episc. & cleric.*

3. Quod si pagorum plurium junctorum universitas debitum contraxerit, & Princeps dein pagum aliquem ab ista separans universitate, eundem privilegio peculiaris seu novæ universitatis duxerit muniendum esse; non tamen existimandum erit, illam universitatis pristinæ partem, sic jure novo auctam seu separatam, etiam eo ipso subductam esse oneri æris alieni, ante contracti, ac pro rata exsolvendi, neque enim in injuriam alterius beneficia tribuere Princeps solet, *l. nec avus* 4. *C. de emancipatione liberorum*, nec jus agendi pro rata adversus eam universitatis pristinæ partem, semel creditori quæsitum, potest adimere, §. *ult. in med. Instit. de his; qui sui vel alieni juris sunt*, atque ita in nobili quadam facti specie judicatum commemorat Neostadius *Curiæ suprem. dec.* 10.

4. Interim, quod universitas debet, singulos seu singula ejus membra non debere, & quod universitati debetur, singulis non esse debitum, Ulpianus tradidit, *l. sicut* 7. §. *si quid* 1. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 6. *defin.* 24. Grotius *de jure belli ac pacis lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 1. Nisi universitas se ipsam & singula membra nominatim pro debito obligaverit; quo casu etiam membra singula pro debito universitatis conveniri posse receptum est, sic ut & singuli cives, & singulorum bona, pro talis debiti solutione impetranda queant arresto seu detentione gravari, Christinæus *ad. leg. Mechlinienses tit.* 1. *art.* 42. *in notis nu.* 1. Pechius *de jure sistendi cap.* 4. *n.* 17. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 84. Groenewegen *ad d. l.* 7. *ff. h. t.* Nec tantum pro virili portione, sed & pro solido debito singulos eo casu conveniri posse, verius est; recuperaturos dein ab universitate non modo id, quod expenderunt, sed & damni, quod ita passi sunt, æstimationem, Peckius & Christinæus *d. locis*, *Sententien van den Hoogen en provincialen Rade decis.* 71. tum, quod iniquum fuerit, in tot debitores distringi universitatis creditorem, & particularem ei ac minutim fieri solutionem pro civium frequentiorum numero, qui simul & semel una numeratione universitati toti in creditum abiit, arg. *l. tutor* 41. §. *Lucius* 1. *ff. de usuris*, tum etiam quia in eo casu, quo universitas simpliciter debitrix est, nec singuli cives nominatim obligati fuerunt, tamen pro rata parte singuli quodammodo tenentur, in quantum, pro rata singuli ob universitatis suæ angustias ac inopiam conferre debent, unde æs alienum exsolvatur. Quod & naturali ratione ductus Seneca jam olim animadvertit. *Ego*, inquit, *illi non tanquam proprium debeo, sed quomodo unus e populo, non tanquam pro me solvam, sed tanquam pro patria conferam, & singuli debebunt non tanquam proprium, sed tanquam publici partem*, *lib.* 6. *de beneficiis cap.* 19. Si ergo ulterior accesserit civium singulorum obligatio, ineptum esset, non in amplius teneri singulos, quam si nulla talis obligandi formula fuisset adjecta, frustra dissentiente Carpzovio, *defin. forens. part.* 2. *constit.* 6. *defin.* 26. argumento *l. reos promittendi* 11. §. *ult. ff. de duobus reis constituendis.* Non enim ibi de illis agitur, qui etiam collective (ut loquuntur) obligati erant, aut de creditore, qui solidi debiti exigendi jus habebat; uti id est in nostro casu, in quo, uti universitas in solidum debebat, ita & singula membra eodem modo obligata fuisse secundum jam dicta præsumendum fuit, nisi aliud actum esset. Quæ omnia ita obtinent, si modo ejus auctoritatis sint, qui nomine universitatis contraxerunt, ut & cives singulos, ac bona eorum obligare potuerint; quod uti extra dubium est, si membra singula in sui ac rerum suarum obligationem pro debito universitatis nominatim consenserint; Zoesius *tit. ff. de rebus crediti.*, *num.* 45. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 6. *defin.* 52.

Ita solis universitatis administratoribus illud jus denegandum esse, quoties de membrorum singulorum assensu non apparet, non sine ratione contendit Andreas Gayl. *de arrestis imperii cap.* 9. *n.* 8. eo quod obligare personas singulas, non respicit plerumque utilitatem publicam; neque Princeps neque magistratus neque respublica extra eam in bonis singularium personarum quicquam juris habet, multoque minus universitatum administratores. Nisi inveterata consuetudine, civibus haud contradicentibus, illam obligandi potestatem magistratui universitatis acquisitam fuisse, in aperto sit. Sed si in civium singulorum obligatione manifesta appareat utilitas publica, non dubium, quin Princeps jure majestatis singulorum personas ac bona possit pro universitatis debito obnoxias reddere, quo utilitatis fundamento nititur, quod pro tribus civitati, vico, pago impositis, ac sua die non solutis, cives & incolas ac bona eorum detineri distrahique per Hollandiam sancitum est *placito Ordin. Holl. ult. Martii* 1588. cum id jam ante decreto Comitis Lycestr. Holl. Gubernatoris constitutum esset 28 *Martii* 1586. Adde *tit. de reb. cred.*

5. Ad Causas universitatis agendas constitui solitus fuit syndicus universitatis, *l. item* 6. §. *si decuriones* 1. *in fine ff. h. t. l. munerum civilium* 18. §. *defensores* 23. *ff. de munerib. & honoribus*, qui & universitatis actor, *l. item* 6. §. 2. 3. *ff. h. t.* & ecdicus, *l. sancimus in* 30. *C. de episcop. audient.* & defensor appellatur, *l. munerum civilium* 28. §. *defensores* 23. *ff. de muner. & honorib.* & procurator universitatis, præcipue si monasterii actor sit, *nov.* 123. *cap. si quando*, 27. quales etiam apocrisiarii dicti, *nov.* 123. *cap. reverendissimi* 25. *novell.* 6. *cap. & illud* 2. & responsarii *d. nov.* 123. *cap. si monachus* 42. *nov.* 133. *cap. oportet* 5. Nec tantum in civilibus, sed & criminalibus causis intervenit, quoties universitati crimen impingitur: licet enim pro privatis in crimine non nisi sub distinctionibus, titulo præcedenti traditis, procurator admittatur; tamen, quia universitas ficta tantum persona est, nec se tueri potest, ex necessitate syndicus fuit & in crimine pro ea audiendus, Wesembecius *paratitl. ff. h. t. n.* 6. Est ergo syndicus, qui causam universitatis agit aut defendit ex mandato universitatis: quem ab actore quandoque in eo separant, quod actor certæ causæ, syndicus universis negotiis tractandis, præfuerit, arg. *d. l. item* 6. §. 1. 2. *ff. h. t.* licet alio sensu dicti fuerint apud Græcos syndici, qui ad leges suadendas a populo electi erant, ut docet Car. Sigonius *de republica Atheniensium, lib.* 4. *cap.* 6. *fere in princip.* Hos vero actores seu syndicos constitui, universitatis interfuit; tum quia supervacuum & inutile visum fuit, plures a propriis abstrahi negotiis, & communi vacare causæ universitatis, cui tractandæ potuit unus sufficere: adeo ut & olim, cum nondum licebat alieno nomine in judicio experiri, tamen pro universitate licuerit, *pr. Inst. de iis, per quos agere poss.* tum quia universitas ipsa personæ tantum vicem gerens, uti naturaliter consentire non poterat, *l.* 1. §. 1. *de libertis universitat.* ita nec naturaliter agere pro se aut defendere, sic ut actoris seu syndici interventu opus fuerit, arg. *d. l.* 1. §. 1. & *l.* 1. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* tum denique, ne dissensu perpetuo turbarentur negotia universitatis, si per omnia ejus membra tractarentur; dum prona ad dissentiendum est hominum indoles, ac plerumque, quot capita, tot sensus variantes, arg. *l. quia poterat* 4. *ff. ad Senatuscons. Trebell.*

6. Alius præter actorem universitatis nomine experiri nequit, sic ut actionem moveret, *l. nulli* 3. *ff. h. t.* quamvis universitatem sine mandato defendere unusquisque possit, si modo præstat cautionem judicatum solvi; eo quod alioquin præter agentes mitteret in possessionem bonorum corporis illius; quod non defenditur, ac tandem etiam ea juberet venire, *l.* 1. §. *pen. & ult. ff. h. t.* sic ut primo quidem mobilia, dein immobilia, ac his quoque deficientibus vel non sufficientibus, tandem incorporalia jura, & credita universitatis, distrahenda forent, eo modo, quo id in privatis debitoribus constitutum est, *l. an civitates* 8. *ff. h. t. l. a Divo Pio* 15. §. *in venditione* 2. *ff. de re judicata.*

7. Creatur syndicus vel a lege, dum lex municipalis certum designavit ordinem, ut, verbi gratia, vel seniores vel juniores ex ordine decurionum tractent universitatis causas, *l. nulli* 3. *ff. h. t.* eo modo, quo & in legationibus obeundis ordo præscriptus fuit, *l. sciendum* 4. §. *ordine* 5. *ff. de legation.*, vel, lege cessante, ordine decurionum, si talis ordo universitati præsit, *d. l.* 3. *ff. h. t.* alioquin a singulis universitatis membris seu municipibus, arg. *l. si municipes* 2. *ff. h. t.* vel etiam ab eo, cui totus ordo aut municipes dederunt eligendi potestatem; cum & is videatur ab universis electus, qui ab eo constitutus est, cui ordo negotium eligendi demandavit, *l. item* 6. §. *si decuriones* 1. *ff. h. t. cap. cum in veteri* 52. *extra, de electione & electi potest.* Qua autem forma conscribendum sit instrumentum mandati, quo syndicus constituitur, quæve in eo exprimenda sint ac observanda, vide Wesembecium *paratitl. ff. h. t. num.* 7. Ceterum quoties actor constituendus est, requisitum quidem, ut omnes, quibus suffragii jus competit, vocati sint, arg. *l. observare* 2. *C. de decurionibus*, etiamsi vel minorennes essent, vel fœminæ, quoties consuetudo his quoque indulsit suffragandi potestatem, alioquin curatores minorum: sed necessaria non fuit omnium præsentia, verum duas partes tertias totius ordinis adesse suffecit, connumerato etiam eo, qui ex decreto actor constituitur, *l. nulli* 3. *l.* 4. *ff. h. t. illa decreta* 2. *l.* 3. *ff. de decretis ab ordine faciend. l. nominationum* 46. *C. de decurionibus.* Uti nec omnes præsentes consentire opus fuit; dum, quod major decrevit præsentium pars, omnes censentur decrevisse: majore numero minorem ad se trahente, *l. quod major* 19. *ff. ad municipalem, l. item si unus* 17. §. *ult. ff. de receptis, qui arbit. recep.* Atque hic patris suffragium filio, & vice versa, prodesse jura sinunt, licet filius in patris sui esset potestate; cum non quasi domestica persona, sed quasi decurio hoc faciat; nisi lex municipii vel perpetua consuetudo prohibeat, *l. illud* 5. *l.* 6. *ff. h. t.* Sed ut alicui suum proprium prodesset suffragium ad honorem munusve impetrandum, neque in hoc syndici munere decernendo, neque in ulla alia honoris munerisve specie demandanda, jus Romanum indulsit; quin potius disertis vetitum verbis, ne prætor, neve præses se ipsum judicem specialem, aut tutorem det, *l. ult. ff. de offic. prætorum l. præses* 5. *ff. de officio præsi-*

dis, *l. prætor* 4. *ff. de tutor. & curat. dat. ab his.* Ac frustra sunt, qui in iis quidem casibus, quibus uni soli electio competit, suffragium proprium inutile esse concedunt, dum de his agere vident allegatas leges; sed vim proprio tribuunt suffragio, quando a plurium consensu electio dependet. Ista etenim distinctio cum nulla inveniatur lege, vel legis argumento firmata, recipienda non est; præsertim quia utrobique non modo ingestionis & ambitionis impudentis vestigia apparent; sed & suspicione non caret usque adeo publicum affectare munus. Nullum certe adjutorium suffragio proprio Paulus tribuit *l. plane* 4. *ff. h. t.* Non enim, quem decernent, numerandum ait, ut majore suffragantium numero electus dici possit, sed tantum ad id, ut duæ partes tertiæ dicantur adfuisse, quo numero non præsente, frustra fuisset in suffragia itum, jure tamen canonico cum cautum esset rescripto Innocentii III., in pari suffragiorum dissensu illum, cui suffragii jus erat, suo assensu efficere posse, ut competitori extraneo præferatur; *c. qua in jure* 33. *extra, de electione & electi potestate*, quid, quæso, mirum, si aliquando ex septenario electorum numero Maximilianus II. & Ferdinandus II. suo fuerint suffragio in Imperatoriam evecti dignitatem? quid mirum, si sub hujus juris Pontificii auctoritate multis in locis illa suffragii proprii adeo adblandientis licentia inveniatur usu comprobata?

8. Quia vero syndicus in tractandis universitatis causis fungi dicitur procuratoris partibus, *l. item* 6. §. *ult. ff. h. t.* consequens fuit, ut & in plerisque eadem in eo recepta dicamus, quæ in privatorum procuratoribus obtinere tradidimus; præsertim, cum privatorum loco civitates habeantur, *eum, qui vectigal.* 16. *ff. de verbor. significat.* Hinc, si idoneus sit, aut alia subsit justa causa, removeri potest, revocato mandato per eosdem, a quibus illud datum est; de rato etiam cavet, si de mandato dubitetur; defendere quoque cogitur universitatem, quoties illa convenitur vel reconvenitur, *d. l.* 6. §. *ult. ff. h. t.* & quamvis de rato cavere haud teneatur, cum mandato instructus est; tamen quin judicatum solvi cautionem interponere debeat, si defensor existat, haud videtur dubitandum; cum in universum nemo, secundum veterem regulam, alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligatur, §. *si vero reus* 5. *Instit. de satisdation.* Sed &, uti privatorum procurator impensas & damna repetere potest: ita quoque indemnes servari syndicos ratio dictat, si quæ de suo impenderint: quippe quæ in communem universitatis erogata utilitatem, non syndicum, sed ipsam universitatem, quam is repræsentavit, gravare debent: eo modo, quo id non tantum in procuratoribus, sed & tutoribus, curatoribus, aliisque similibus, secundum vulgatissima juris principia receptum est. Jacobus Coren *observat.* 3. *numero* 16. *& seqq.* Nisi illiciti mandati, ab universitate interpositi, executor fuerit: tunc enim, uti universitas ipsa mandando delinquens punienda est, *l. metum autem* 9. §. *animadvertendum* 1. *ff. quod metus causa*, arg. *l. si usus fructus* 21. *ff. quib. mod. ususfr. amitt. l. semper adversus* 15. *C. si in sepulchro* 2. *ff. quod vi aut clam*, ita & syndicus mandatarius, quippe qui non debebat illiciti mandati executor esse: nec, si quam pœnam ipse sustinuerit, regressus ullus ei adversus universitatem de indemnitate dandus est, etiamsi illa ei indemnitatem promisisset; tum, ne alioquin impunitatis fiducia ad delinquendum invitetur contra juris dictamen; tum quia mandatum rei turpis, contra bonos mores interpositum, non est obligatorium inter mandantem ac mandatarium, §. *illud quoque* 7. *Institut. de mandato*, ac vulgo traditum est, maleficiorum fidejussorem accipi non posse, *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejussoribus.*

9. Qualia vero hodiernorum syndicorum officia sint, magis nunc in politicis quam juridicis civitatis negotiis tractandis explicandisque consistentia, aut ad summum in salutaribus de negotio universitatis litigioso consiliis magistratui universitatis suggerendis, usu magis, quam certis regulis aut præceptis discendum est; eo solummodo observando, quod vix hodie actor pro universitate videatur audiendus, si de ejus mandato dubitetur, licet de rato cautionem interponat, Groenewegen *ad l.* 6. *ff. h. t.* quodque necesse non sit, syndicum universitatis suæ civem originarium esse, ut eligi possit, sed & peregrinum constitui posse, experientia teste, & adnotante Wesembecio *in paratitl. ff. h. t. num.* 5.

TITULUS V.

De Negotiis Gestis.

SUMMARIA.

1. *Quid sit negotiorum gestor? utilitas ejus. Quorum negotia geri possint, ut inde competat actio negotiorum gestorum?*
2. *Quid sit actio directa negotiorum gestorum, cui detur, contra quos, etiam contra eos, qui gesserunt mandato tertii, quique tertii, negotia geri mandarunt.*
3. *Ad quid tendat hæc actio? an & quales usuras gestor præstet ratione pecuniæ a debitoribus domini exactæ?*
4. *Gestor plerumque præstat culpam levissimam, quandoque tantum latam ac levem; & quid moribus obtineat?*
5. *Non tenetur de casu fortuito, nec de periculo nominis si pecuniam bene collocaverit; nisi insolita gesserit; & paucis aliis in casibus.*
6. *An, & quando teneatur de non gestis? Tenetur ex parata absentis pecunia solvere absentis creditoribus, ac sibi ipsi, si creditor sit; si debitor absentis sit, a se ipso debet exigere; & quæ pœna sit, si hæc negligat?*
7. *An gestor debitores absentis judicio cogere possit ad solvendum? & quid operetur ejus interpellatio extrajudicialis?*
8. *Quid sit, quibus, & contra quos detur actio contraria? tendit in genere ad indemnitatem & impensas, earumque usuras.*
9. *Impensas repetit gestor, licet utiles esse desierint. Quid si plus justo impenderit? quid si sui commodi causa gesserit aliena? explicatur* l. 6. §. 3. ff. h. t.
10. *Cessat actio contraria, si initio inspecto nulla utilitas domino acquiri potuerit; quod exemplis docetur: nisi ratihabitio secuta sit.*
11. *Item si inviti & prohibentis negotia gesta. Quid moribus, si alius suo sumtu fuisset gesturus? Si*

pietatis intuitu; quod exemplis illustratur, atque etiam limitatur.

12. *Quid juris, si quis negotia Titii gesserit tanquam Mævii? & quid si Mævius gesta rata habuerit? quid si crediderit, se ex officii necessitate gerere, vel ex mandato, cum nulla necessitas aut mandatum subesset?*

13 *Quid juris, si quis aliqua negotia gesserit tanquam sua?*

14. *An mandati, an magis negotiorum gestorum actio sit, si dominus gesta rata habuerit?*

1. NEgotiorum gestor est, qui absentis vel ignorantis negotia sine mandato gerit, *l. qui servum* 41. *ff. h. t.* quandoque, licet improprie, *procurator* appellatus, *l. si quis offerenti* 58. *ff. de solutionibus*, ac *voluntarius procurator* a Cicerone in *Bruto cap.* 15. *pag. mihi* 296. Et licet vulgo culpæ adnumeretur, immiscere se rei ad se non pertinenti, *l. culpa est* 36. *ff. de reg. jur. l. idem juris* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* culpa tamen non est, si quis aliena gerat negotia in gratiam & utilitatem non suam, sed domini; usque adeo, ut utilitatis causa dicatur receptum esse, eos, quorum negotia gesta sunt, etiam ignorantes obligari; ne alioquin absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia; quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod impendisset, nullam habiturus esset actionem, §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contract. l. si quis absentis* 5. *ff. de oblig. & action.* Qua de causa etiam actio negotiorum gestorum non directa tantum, sed & contraria merito introducta fuit, §. 1. *Instit. de obligation. quæ quasi ex contractu*, cujuscumque negotia gesta fuerint; etiam necdum nati, sed adhuc in utero existentis, *l. cum pater* 29. *ff. h. t.* aut ab hostibus capti. *l. successori* 12. *l. atquin* 19. §. *ult. l.* 20. *ff. h. t.* aut furiosi, vel infantis, *l. ait prætor* 3. §. *& si furiosi* 5. *l. si furiosus* 46. *ff. de oblig. & act.* aut jam defuncti adeoque hæreditatis jacentis, *l. ait prætor* 3. *pr.* & §. *hæc verba* 6. *l. successori* 12. §. 1. *l. nam & Servius* 21. §. *qui negotia* 1. *ff. h. t.*

2. Directa negotiorum gestorum actio est personalis, bonæ fidei, §. 28. *Inst. de action.* ex quasi contractu, §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu*, civilis; tum quia nuspiam a prætore introducta dicitur; tum quia nulla in jure nostro prætoria occurrit actio, quæ bonæ fidei sit, qualis tamen est hæc negotiorum gestorum. Quamvis enim Ulpianus in *l.* 3. *in pr.* dicat, *prætor ait &c. judicium eo nomine dabo*, & hoc edictum necessarium fuisse, *l.* 1. *ff. h. t.* non tamen inde sequitur, eam edicto prætorio originem debere; nam & eodem modo in *l.* 1. *pr. ff. commodati*, idem Ulpianus dixit: *ait prætor, quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo*; nec tamen ulli dubium, quin commodati actio civilis sit, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. commodati.* Idemque de intercessionibus mulierum Vellejano Senatusconsulto vetitis, & tamen edicto perpetuo declaratis, observare licet ex *l. cum ad eas* 19. *C. de Senatusc. Vell.* Competit autem domino, cujus negotia gesta sunt, seu ei, cujus interest, hoc judicio experiri, *l. actio* 47. *pr. ff. h. t.* adversus eum, qui sine mandato actoris negotia ejus gessit; etiamsi mandatum alicujus extranei, seu tertii intercessisset. Qua ratione, si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam ab alio acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum actio mihi adversus eum competit, *l. si pupilli* 6. §. *si quis pecuniam* 2. *ff. h. t.* Sed & adversus eum, qui aliena negotia geri mandavit, hæc actio datur, *l. nam & Servius* 21. §. *ult. ff. h. t.* Nec refert, cujus sexus sit, qui gessit; eo quod mulier extrajudicialia negotia tractare potest, eodem modo, quo eam institorem esse obtinuit, *l. ait prætor* 3. §. 1. *l. liberto* 31. §. *pen. l. hæres viri* 33. *ff. h. t.* junct. *l. sed & si* 7. §. 1. *l.* 8. *ff. de instit. act.* Pupillum quoque negotia aliena gerentem post constitutionem D. Pii hac actione in id quod locupletior factus est conveniri, docet *l. ait prætor* 3. §. *Pupillus* 4. *ff. h. t.* Si plures gesserint, contra singulos datur pro sua tantum parte, *l. cum alicui* 26. *ff. h. t.* arg. *l. Lucius Titius* 46. §. *Sempronii* 1. *ff. de administrat. & princ. tutor.*

3. Tendit vero hæc actio ad id, ut gestor reddat rationes administrationis, §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu*, arg. *l. qui proprio* 46. §. *procurator* 4. *ff. de procurator.* & restituat omne id, quod ad ipsum ex administratione pervenit, sive sors sit, sive usura, aliudve lucrum, arg. *l. si negotia* 11. *l. atquin* 19. §. *pen. ff. h. t. l. idemque* 10. *si procurator* 3. *ff. mandati*, etiamsi plus justo, vel etiam id, quod indebitum erat, pro alio tanquam gestor accepisset, *l. si autem* 8. §. *item si* 1. *l. si quis negotia* 23. *ff. h. t.* Illud insuper, quod culpa ejus factum, quominus perveniret. Ad hæc usuras gravissimas, si domini pecunias in suos usus converterit. Quamvis enim in bonæ fidei judiciis usuræ regulariter non maximæ, sed tantum ex more regionis, adeoque vulgares, ob moram præstari soleant; tamen id hic jure singulari obtinuit propter insignem gestoris, pecuniam dominicam sine ejus voluntate possidentis, malitiam ac fraudem, *l. qui sine usuris* 38. *ff. h. t.* atque ita non obstat argumentum a procuratore desumtum, qui nummos mandantis in suos convertens usus, non maximas sed tantum vulgares usuras præstat, *l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *ff. mandati*, minus enim peccare videtur procurator, qui, cum ab initio nummos ex mandato ac voluntate domini cœpisset possidere, eosdem deinceps in suos convertit usus, quam quidem gestor, qui sine voluntate domini primitus pecuniam adeptus est, arg. *d. l.* 38. *in fine ff. h. t.* ubi & gestor tantum ad usuras vulgares tenetur, cum pecunias, sibi sine usuris creditas per eum, cujus negotia post gerere incipiebat, a se non exegisset; quod & cautum in *l. si pupilli* 6. §. *ult. in fine ff. h. t.* eo quod satis esset, ex non usurario debito usurarium facere. Quemadmodum nec ultra vulgares eum teneri æquum videtur, quoties non clanculum pecuniam in suos convertit usus, & latenter sibi paravit commodum, sed palam sibi adscripsit, quasi ipse sibi collocans fœnori dominicam pecuniam, ac se ex mutua pecunia obligans domino, arg. *l. quoties* 9. §. *non tantum* 7. *l. non existimo* 54. *ff. de admin. & peric. tut.* Quod si pecunias exactas gestor fœnori collocaverit, non modo usuras, quas exegit, restituere cogitur, sed & nominum periculum ad eum spectat, quoties aliqua in eo culpa deprehenditur, quod minus idoneo nummos crediderit, *l. litis contestata* 37. §. 1. *ff. h. t.* Sed si neq. fœnori col-

locaverit, neque in suos converterit usus, sed otiosas habuerit pecunias, non nisi ad ordinarias usuras tenetur, *d. l. atquin* 19. §. *pen. l. liberto* 31. §. *qui aliena* 4. *ff. h. t.* nisi ea domini consuetudo fuerit, ut pecunias penes se haberet otiosas, quo casu nec gestor, easdem penes se repositas asservans, usurarum nomine quicquam præstat, *l. qui semisses* 13. §. *ult. ff. de usuris*, vel nisi justa causa subfuerit, propter quam gestor pecunias exactas seposuerit; veluti, si periculum erat, ne prædia in publicum committerentur, ne pœna trajectitiæ pecuniæ augeretur, aut ex compromisso committeretur, *l. debitor* 13. *ff. h. t.*

4. Culpam quod attinet, levissimam per eum regulariter præstandam esse, tum evidentes juris phrasiologiæ, tum analogia dictat. Sic enim in *l. si mater* 24. *de usuris* dicitur, *omnem debere diligentiam præstare*. Et in *l. contractus quidam* 23. *ff. de regul. juris*, cum enarrasset Ulpianus contractus varios, in quibus præstanda erat præter dolum latamque culpam etiam levis, velut emtionem, pignus, tutelam, & alia, subjungit tandem *negotia gesta*, additque verba hæc emphatica *in his quidem* (his scilicet postremo loco positis negotiis gestis) *& diligentiam*. Per quam diligentiam non aliud designare potuit, quam culpæ levissimæ absentiam; cum de lata ac levi jam ante egisset. Ac ne quis dubitet, idem ille Ulpianus eodem utitur loquendi modo circa commodatum, in quo levissimam præstari culpam inter omnes constat. Sic enim *l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati, sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto &c. & dolus & culpa præstatur. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur; & ideo verior est Quinti Mutii sententia existimantis, & culpam præstandam esse & diligentiam*. Nec dicam Justinianum quoque, secutum exemplum Ulpiani, eadem de commodato ac negotiorum gestione pronunciare quantum ad culpæ præstationem: etenim, cum in §. 2. *in med. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio* dixisset, *at is, qui utendum accipit, sane quidem exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur: nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire*, deinde §. 1. *Instit. de obligationibus, quæ quasi ex contractu*, tractans de negotiis gestis, ait; *& contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem, quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia*. Et sane, si mandatarius de culpa levissima conveniri possit, *l. a procuratore* 13. *l. in re mandata* 21. *C. mandati*, rationem non video, cur non & ille, qui sponte sese administrationi alienorum negotiorum ingessit, de levissima deberet culpa respondere, præsertim cum aliunde constet, illos, qui ex natura contractus tantum de lata vel levi culpa tenerentur, tamen, si se sponte obtulerint, ad levissimam obstringi. Depositarius nihil præter dolum ac latam culpam præstat, *d. l.* 23. *ff. de regul. jur. d. l.* 5. §. *ff. commodati*, §. *præterea* 3. *Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* sed si se obtulerit deposito, levissimam, *l.* 1. §. *sæpe evenit* 35. *ff. depositi*. Tutor de levi culpa communiter tenetur; de levissima tamen, si oblata satisdatione solus administrationem suscepit, *l. qui injuriæ* 55. §. *qui alienis* 3. *ff. de furtis*. Quod autem non nisi latæ levisque culpæ per gestorem præstandæ mentio injicitur in *l. tutoris* 20. *C. h. t.* hanc nostram nequaquam subvertit sententiam; cum hæc lex non limitate loquens, sed tantum minus dicens, ex aliis legibus plenius definientibus, ac supra allegatis, supplenda sit. Uti nec eandem turbat rescriptum Impp. in *l. quicquid.* 7. *C. arbitrium tutelæ*. Nam nec illic ulla addita invenitur particula taxativa, ut loquuntur, excludens culpæ levissimæ præstationem: & si maxime eam subaudiamus, singulare quid in ea negotiorum gestorum actione, quæ ob curæ, etiam non sponte susceptæ, sed vel invito delatæ, administrationem movenda est, & ex rationis paritate cum actione tutelæ passu pari visa fuit incidere debere, esse potestatis. Vana quoque ratiocinatio est, exacta in negotiis alienis gerendis culpæ levissimæ præstatione, futurum, ut negotia absentium plerumque negligerentur, cum insigni publico privatoque incommodo. Id enim quam non verum sit, mandati contractus abunde docet: in quo licet levissima culpa præstanda sit, *d. l.* 13. *&* 21. *C. mandati*, non tamen desunt, qui ex mandato aliena negotia suscipiunt curanda, amicitia illa, ex qua mandatum originem trahit, mandatarium impellente ad ea ex mandato suscipienda, arg. *l.* 1. §. *ult. ff. mandati*, quæ proinde, deficiente mandato, etiam sponte amicus eadem officii & amicitiæ ratione permotus, tractabit libenter; invitatus per leges fiducia recuperandi erogata, juxta *d.* §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu*, non autem impunitate negligentiæ committendæ. Quibus accedit, quod ita, non plerumque, at saltem frequenter, cum hominibus comparatum est, ut quemadmodum plus de facultatibus suis sperant, quam in iis est, ita quoque de industria sua & in alienis gerendis diligentia; quo fit, ut non gravate ad absentis amici negotia curanda stimulentur, propriæ diligentiæ præsumtione fidentes. Sunt tamen casus, quibus nihil præter dolum ac latam culpam a gestore præstandum est. Puta, si accesserit ad negotia amici jam neglecta, ac alioquin peritura, aut deteriora futura cum domini detrimento *l. ait prætor* 3. §. *interdum* 9. *ff. h. t.* vel si quis a prætore executor aut curator alieno negotio datus fuerit, *d. l.* 3. §. *si executor.* 8. *ff. h. t. l. prætor ait* 9. §. *est præterea* 5. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Denique gestoris successores, si inchoata per defunctum negotia ad finem perducant, arg. *l.* 1. *ff. de fidejuss. tutor. l. curatoris* 17. *C. h. t.* Quibus tam varie pro circumstantiarum diversitate in jure nostro definitis, non desunt, qui hodie in universum arbitrio judicis relinquendum arbitrantur, qualis in negotio uncquoque gesto culpa præstanda sit, pro varia ejus conditione ac qualitate, Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 26. *n.* 5.

5. De casu fortuito, uti plerumque nullus ex natura contractus vel quasi, ita nec gestor obstrictus est, *l. sive hæreditaria* 22. *ff. h. t.* Qua ratione, si gestor pecuniæ dominicæ administrationem habuerit, & eam fœnori collocando nomina contraxerit, periculum nominum illorum non præstat, ubi fortuitis casibus debitores ita fortunas suas amiserunt, ut desierint solvendo esse, nec appareat negligentia gestoris, quod maturius creditum non repetierit, ut ante dictum, *l. litis* 37. §. 1. *ff. h. t.* Nisi tamen novum

negotium, quod non erat solitus absens dominus facere, hic nomine ejus gerat, veluti fœnerando pecunias, quas dominus erat solitus habere otiosas, aut venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo; nam, si quod damnum ex ea re secutum fuerit, gestorem gravabit: si quod lucrum, proderit domino: ut tamen, si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens dominus lucrum debeat cum damno pensare, *l. si negotia* 22. *ff. h. t.* (secus quam est in societate, *l. de illo* 23. §. 2. *& ll. seqq. ff. pro socio*). Sic & casum præstat, si pecuniam ex venditione prædiorum, aut a debitoribus absentis exactam, non exsolverit absentis creditoribus; atque ita ea penes gestorem reposita manens sine culpa ejus perierit, *l. debitor meus* 23. *ff. h. t.* uti &, si prædonem potius ageret quam gestorem, non domini contemplatione, sed sui lucri causa, improbe ad negotia gerenda accedens, *l. si pupilli* 6. §. *sed & si quis* 3. *ff. h. t.* arg. *l. fidejussor* 32. verbis, *non etiam casum, quia prædo fidejussor non videtur*, *ff. h. t.* & generaliter, quoties non potest dominum convenire actione contraria, nisi quatenus is locupletior factus est. Erroneum autem est tum quoque de casu fortuito gestorem teneri, cum id pacto speciali actum fuerit; repugnante scilicet gestionis hujus, quasi contractum constituentis, natura, quo minus sine præcedente domini mandato tale pactum gestionis initio conciperetur. Unde & vix dubitandum, quin *l. negotium* 22. *C. h. t.* fugitiva sit, per incuriam compilatorum illic posita, cum debuisset ad titulum mandati esse translata; nisi malimus illam legem intelligere de pacto speciali non ab initio, sed post negotium jam gestum interposito: quemadmodum ita pacti specialis mentio est in negotiis gestis in *l. sed an ultro* 10. *pr. ff. h. t.*

6. Nec tantum conveniri potest gestor propter ea, quæ gessit; sed & de non gestis, seu neglectis, si modo gerere debuerit. Gerere vero debuit & perficere ea, quæ inchoavit: nova inchoare non tenetur; nam, ut ajunt Impp. *in l. tutori* 20. *C. h. t.* & iisdem prope verbis Papinianus in *l. tutoris* 39. §. *qui se negotiis* 2. *ff. de administr. & peric. tutor. huic propria voluntas finem administrationis facit; & satis abundeque sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur*, adde *l. sed & cum* 16. *l. nam & Servius* 21. §. *si vivo* 2. *ff. h. t.* Nisi alius ea inchoaturus fuisset, qui nunc, quod alium gerere videret, destitit; vel nisi sequens negotium neglectum priori perfecto fuerit connexum, sic ut alius vir diligens illud quoque fuisset gesturus, *l. si pupilli* 6. §. *ult. ff. h. t.* vel denique gestor ab initio sic accesserit, ut omnia gereret absentis negotia, *l. sed & cum* 16. *ff. h. t.* Proinde si fuerit creditor ejus, cujus gerit negotia, ac paratam habeat absentis pecuniam, non aliis tantum absentis creditoribus, sed & sibi ipsi, solvere jubetur; tum ut evitet nummorum periculum; tum ut interrumpat ulteriorem usurarum cursum, *l. debitor meus* 13. *ff. h. t.* junct. *l. divortio* 35. §. *illum* 2. *ff. h. t.* Idemque est, si redhibitoriam habeat actionem vel ea actione teneatur, & vel res redhibenda vel pecunia restituenda inveniatur in rebus absentis *d. l.* 36. §. *sed nec* 2. *ff. h. t.* Et si pecuniæ fuerit debitor, a se quoque exigat necesse est, sic ut a se non exigens non tantum efficiat, ut debitum non usurarium, nisi nominatim ei usuræ remissæ essent, *d. l.* 6. §. *ult. l. divortio* 35. §. *ult. l. qui sine usuris ff.* 38. *h. t.* vel non solitus fuerit dominus pecunias suas fœnerare, arg. *l. qui semisses* 13. §. 1. *ff. de usuris*, sed & tempore vel morte extinctum exigi nihilominus hac actione possit, *l. si autem* 8. *l. atquin* 19. *ff. h. t.* quasi jam ex eo tempore, quo negotia geri cœperunt, actio tempore vel morte periens, transfusa esset in negotiorum gestorum actionem. Quæ & in marito post divortium debitore dotis obtinent, si uxoris suæ negotia gesserit, & a se ipso dotem non exegerit eo tempore, quo in solidum facere poterat, *l. divortio* 35. *ff. h. t.* Quin imo, si gestor imprudens ab alio emerit rem absentis, cujus negotia curabat, ac eam absentis esse ante impletam usucapionem cognoverit; injunctum ei, ut aliquem subjiciat, qui ab ipso petat rem absentis nomine absentis: ut ita & absenti res sua salva sit, & gestori actio ex stipulatu de evictione committatur. Nec videbitur dolum malum fecisse in hac subjectione; quia ideo hoc facere debuit, ne teneretur negotiorum gestorum actione, *l. atquin* 19. §. *cum me* 3. *ff. h. t.* nec fraudem facere intelligitur, qui fraudem aut damnum evitat & excludit, *l. cum pater filios* 77. §. *Titio fratri* 31. *ff. de legat.* 2.

7. An autem ab aliis absentis debitoribus exigere possit quod illi debent, dubio non caret. Judiciali quidem interpellatione gestorem eos non posse efficaciter convenire, verius est; cum neque debitor tuto alteri solvat quam creditori, nec solvendo liberetur, si creditor solutionem ratam non habuerit, *l. dispensatorem* 62. *in fine ff. de solution.* Neque ullus, quam mandato carere constat, actionis pro alio in judicio movendæ facultatem habeat, *l. si pupilli* 6. §. *ult. ff. h. t. l. tutori* 20. *in fine C. h. t. l. naturalis* 5. §. *sed si facio* 4. *ff. de præscriptis verbis*, nisi gestor fuerit conjuncta persona ejus, cujus res curat, ac proinde sine mandato agendi potestatem habeat, nec admodum onerosum ei fuerit de rato cavere, quo casu non tantum potest, sed & debet exigere, si sic ab initio accesserit gestor, ut omnia gereret absentis negotia, *l. si autem is* 8. *ff. h. t.* junct. *l. sed & hæ ff. de procurator.* Sed hæc non impediunt, quo minus quilibet etiam extraneus negotiorum gestor debitores absentis extrajudiciali denunciatione ad solvendum interpellet, ad eum saltem effectum, ut creditori videantur debitores ex eo interpellationis tempore moram fecisse, subeantque vulgatas moratorum pœnas, *l. si quis solutioni* 24. §. *ult. ff. de usuris*, *l. si pupilli* 6. 2. *item quæritur* 9. *ff. h. t.* Nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri, sicuti cum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens manifesti furti actionem mihi parat; item cum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem; ut eleganter ratiocinatur Paulus in *d. l.* 24. *in fine ff. de usuris*. Sed cum vix ulla hodie interpellationis extrajudicialis utilitas pecuniaria sit, ut latius *tit. de usuris* monstrandum erit; nec conjunctæ personæ sine mandato nunc ad agendum pro aliis admittantur, ut monitum *tit. de procuratoribus*; minorem hæc quæstio nostris in foris usum invenit. Adde Groenewegen *ad l.* 8. *ff. h. t.*

8. Contraria negotiorum gestorum actio gestori competit, ejusque hæredibus, adversus dominum, cujus absentis aut ignorantis negotia gesta sunt; &

si quidem pupilli sint gesta negotia, non in pupillum, sed potius tutorem: nam cum tutor ipse ex officii necessitate debuerit gerere, gestum censetur tutoris negotium, dum curatur id, quod pupilli est, *l. si pupilli* 6. *in pr. l. litis contestatæ* 37. *ff. h. t.* nisi locupletior factus appareat litis contestatæ tempore pupillus, *l. contra* 2. *C. h. t. d. l.* 6. *in pr.* & *d. l.* 37. *ff. h. t.* vel hæreditaria sint gesta negotia, cum postea pupillus hæres existeret; eo quod initium cujusque negotii gesti spectandum est *l. nam & Servius* 11. §. 1. junct. *l. Pomponius* 15. *ff. h. t.* Ad id ut indemnis servetur, ac præstetur, quod nomine gestionis ei vel abest vel abfuturum est; ne officium ipsi damnosum sit, *l. si quis* 2. *ff. h. t.* Proinde, si se pro domino absente obligaverit, aut bona sua, recte petit, se vel rem suam ab eo liberari nexu, *d. l.* 2. *l. si quis mandatu* 28. *ff. h. t.* arg. §. *tutores* 2. *in fine Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, quandoque etiam, sibi actiones cedi, *l. qui injuria* 53. §. *qui alienis* 3. *ff. de furtis*, aut caveri sibi de restituendo eo, quod abfuturum est gestionis intuitu, *l. liberto* 31. §. *inter* 1. *ff. h. t.* arg. *l. si mandatu* 45. §. *item si* 2. *ff. mandati*. Præcipue vero comparata fuit hæc actio, ut gestor necessarias & utiles impensas recuperet (in quibus utilibus etiam est sumtus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, *l. quæ utiliter* 45. *ff. h. t.*) una cum usuris, quas vel ipse præstitit nomine pecuniæ, in usum domini ab aliis mutuo acceptæ erogatæque, vel ex sua pecunia, in utilitatem domini expensa potuisset percipere, *l.* 2. *in fine*, *l. atquin* 19. §. *pen. ff. h. t. l. ob negotium* 18. *C. h. t. l. & in contraria* 37. *ff. de usuris*. Nec contrarium probari potest ex *l. quid ergo* 3. §. *plane* 2. *ff. de contraria tutela & utili act.* quippe cujus non alia mens est, quam compensari debere usuras pecuniæ, quam tutor in usus pupilli accepit mutuam, cum illis usuris, quas tutor ex pecunia pupilli non fœnori collocata, cum collocanda fuisset, debuisset percipere. Hodie tamen ad sumtuum erogatorum usuras non a tempore erogationis, sed demum litis contestatæ, condemnari eum, cujus negotia gesta sunt, communiter receptum est, Groenewegen *ad l.* 18. *C. h. t.* uti id vulgo in aliis quoque causis obtinere, dicetur *tit. de usuris*.

9. Utrum vero adhuc duret erogatorum utilitas, nec ne, nihil refert: sufficit enim, si quis utiliter gesserit, etsi effectum non habuit negotium, & ideo si insulam fulsit, vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta sit, vel servus obierit, aget nihilominus negotiorum gestorum, si modo ab initio utiliter erogatum sit; nam si nec ab initio apparuisset ulla utilitas, deneganda foret hæc actio contraria: utut enim eventum non spectamus, tamen utiliter saltem debet cœptum esse, *l. sed an ultro* 10. §. 1. *ff. h. t. l. si servum* 10. *C. h. t.* arg. *l. quod si servus* 3. §. *unde recte* 7. & §. 8. *l. servus in rem* 17. *ff. de in rem verso*. Unde & si ultra, quam oportuerat, impenderit, id solum recuperat, quod erogare debuerat, *l. si quis negotia* 25. *ff. h. t.* Sed nec illud prætereundum, eum, qui proprii commodi causa alienis sese immiscuit negotiis, non ultra hac actione recuperare, quam quatenus is, cujus negotia sunt, locupletior inde factus fuerit, *l. si pupilli* 6. §. *sed & si* 4. *in fine ff. h. t.* in cujus paragraphi fine ut pro *actionem*, legendum credam *retentionem*, quasi illic de malæ fidei possessore sermo esset, qui nullam pro impensis repetendis actionem habet, induci nequeo: eo quod admissa tali emendatione, non minor, quam servata lectione vulgata, difficultas est. Etenim, si malæ fidei possessor impensas fecerit animo gerendi negotia eorum, quorum res est, ordinariam habiturus est actionem negotiorum gestorum, non in id tantum, quatenus is, cujus res est, locupletior factus fuerit, sed in solidum illud, quod initio inspecto utiliter impensum est, secundum ordinariam illius actionis naturam. Sin desit illud gerendi negotii alieni propositum, impensas necessarias in solidum recuperare potest; utiles neque in solidum, neque pro parte, quatenus inde dominus locupletior factus est, sed tantum tollendi licentiam habet ex bono & æquo, quatenus id sine rei ipsius læsione fieri potest: quod aperte satis ab Imp. Gordiano innuitur in *l. domum* 5. *C. de rei vindicat.*; dum inquit, *ejus autem, quod impendit, rationem haberi non posse, merito rescriptum est: cum malæ fidei possessores ejus, quod in rem alienam impenderunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint, sin autem utiles, licentia eis permittitur sine læsione prioris status rei eos auferre*. Adeoque, si in *d. l.* 6. §. 3. *ff. h. t.* ageretur de male fidei possessore, ille vel omnes impensas retentione deberet recuperare, casu quo essent necessariæ secundum *d. t.* 5. vel nullas, ac ne quidem, quatenus dominus inde locupletior factus est, si tantum essent utiles, *d. l.* 5. & §. *ex diverso* 30. *in fine Insit. de rerum divis.* cum tamen *in d. l.* 6. §. 3. sive actio sive retentio generaliter dicatur dari in id, quo dominus locupletior factus est. Hæc cum ita sint propius est, ut in *d. l.* 6. §. 3. negemus agi de malæ fidei possessore; sed potius de negotiorum gestore, qui non possidebat rem alienam, sed tantum alterius negotia curabat, tractabat, simulato quidem gerendi proposito in domini utilitatem, re ipsa autem lucri sui causa in proprium commodum usumque intenta mente. Talis ergo, uti non conveniebatur rei vendicatione vel aliena simili in rem petitione, qua rerum alienarum possessores ad restitutionem adigi solent; sed directa negotiorum gestorum actione, prout habet *d. l.* 6. §. 3. ita & contrariam ei dari negotiorum gestorum actionem, æquum erat, sed quia non omnia aderant gestionis requisita, dum *non commodo domini, sed suo lucro studebat*, ideo quoque minus consequebatur, illud scilicet tantum, in quo dominus locupletior erat. Id saltem manifestum est, neque in *d.* §. 3. neque in tota lege sexta, ullam fieri mentionem possessoris malæ fidei, sed ejus, qui *improbe sui lucri causa ad negotia mea accessisse; negotia mea gessisse non mei contemplatione, sed sui lucri causa* probatur. Neque novum est, eum quoque, qui in fraude est, ac improbe facit, actionem habere ad indemnitatem, seu ad id, ut extra damnum sit. Sic enim furti quidem actionem furi leges denegarunt, ne ex sua lucretur improbitate, *l. itaque* 12. §. *sed furti* 1. *ff. de furtis*, commodati tamen dederunt repetitionem, *l. ita ut* 16. *ff. commodati*.

10. Cessat in universum hæc actio contraria, si nulla prorsus utilitas initio inspecto potuerit ad do-

minum pervenire: veluti si indebitum solverit, vel plus quam debitum erat, *l. si quis negotia* 25. *ff. h. t.* vel si quis pecuniam pro debitore solvit, cum debitoris interesset, eam non solvi; forte ob jus retentionis aut similem causam, *l. cum pecuniam* 43. *ff. h. t.* etsi crediderit, se id, quod domino utile est, curare, *d. l.* 10. *in fine ff. h. t.* vel, si voluptatis causa tantum sumtus factus sit, *l. ex duobus* 27. *ff. h. t. l. quod si servus* 3. §. *sed si mutua* 4. *ff. de in rem verso*, nisi tamen respectu rerum inutiliter, aut voluptatis tantum causa, aut etiam male gestarum, ratihabitionem dominus interposuerit; impensa enim qualiscunque rata habita reddenda est, *l. Pomponius* 9. *ff. h. t.*

11. Cessat quoque, si quis inviti & prohibentis negotia gesserit; idque quantum ad erogata post prohibitionem factam; non item ratione eorum, quæ necdum facta prohibitione expensa sunt, *l. ult. C. h. t. l. si autem is* 8. §. *Iulianus* 3. *ff. h. t.* Sed cum iniquum videatur alterum cum alterius jactura locupletiorem fieri; magis illud hodie videtur admittendum, ut eatenus saltem repetitio concedatur, quatenus inde dominus locupletior factus est; exemplo ejus, qui cum malæ fidei possessor esset, impensas fecit, ut alibi dicetur. Ita post Zypæum, Christinæum, aliosque Groenewegen *ad l. ult. C. h. t.* Ad hæc denegatur, si probetur, alium de suo sumtus tales fuisse facturum, *l. contra* 2. *C. h. t.* vel si pietatis intuitu, non animo repetendi, sumptus fecerit, quod in dubio præsumendum est in matre liberos alente, aut tutores liberorum suorum suspectos postulante, aut liberis tutorem non habentibus petente, *l. Nesennius* 34. *l. is, qui amicitia* 44. *ff. h. t. l.* 1. & *l. alimenta* 11. *C. h. t.* in patre filio studiorum causa sumtus subministrante, *l. quæ pater* 50. *ff. familiæ ercisc.* in marito, uxoris ægræ in curationem erogante, *l. quod in uxorem* 13. *C. h. t.* Ut tamen repetitioni locus sit, si quis horum docere queat, se ab initio non pietatis intuitu, sed repetendi animo expendisse, *d. l. Nesennius* 34. *in fine ff. h. t.* aut impendia illa faciens habeat administrationem rerum ad eum, in cujus usum utilitatemque impendit, pertinentium; nam & tunc non de suis, sed ejus bonis, cujus gratia impendit, erogasse censendus est, arg. *l. ult. ff. de petit. hered.* Sande *dec. Frisic. libr.* 2. *tit.* 8. *defin.* 5. adde Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 10. *defin.* 22. & *seqq.* imo in dubio hunc repetendi animum in matre, suspectos liberorum suorum tutores postulante, præsumendum hodiernis moribus esse, tradit post alios Groenewegen *ad d. l.* 1. *C. h. t.*

12. Ceterum, ut huic actioni locus sit, necesse non est, ut præcise habeat animum obligandi illum, cujus negotium vere gestum est; sed sufficit, quod ejus opinionis ac voluntatis fuerit, ut aliena negotia gerat: quid enim, si se Titii negotia gerere arbitretur, cum ea non Titii, sed Mævii essent? adversus Mævium hoc casu efficaciter agi, responsum est, *l. item si* 5. §. 1. *l. si pupilli* 6. §. *si Titii* 8. *ff. h. t.* arg. *l.* 29. *comm. divid. l. qui utiliter* 45. §. *ult. ff. h. t.* quin & adversus ipsum Titium, si is id, quod gestum est, ratum habuerit: facit namque ratihabitio negotium ejus, cujus illud ab initio non erat, sed per errorem contemplatione ipsius gestum fuit, *l. si pupilli* 6. §. *item quæritur* 9. & §. 10. *ff. h. t.* qui Titius & ipse post ratihabitionem vicissim ei, cujus negotium vere erat, sic tenebitur hac actione, ac si ipse gessisset, arg. *l. ait prætor* 3. §. *ult. l. nam &* 21. §. *ult. ff. h. t.* Quod si se ex officii necessitate crediderit ad gerendum negotium obstrictum esse, cum nulla talis subesset necessitas, adhuc huic actioni locum fore placuit, *l. ait prætor* 3. §. *hac actione* 10. *l. atquin* 19. §. *si libere* 2. *ff. h. t. l. curatorem* 6. *C. h. t.* Denique, si existimem, errore lapsus, mandatam mihi fuisse gestionem, cum mandatum deesset, etiam tunc ad hanc negotiorum gestorum actionem confugiendum esse, juris nostri auctores tradiderunt, *l. item si* 5. *pr. ff. h. t.* Adde *l. fidejussor* 32. *ff. h. t.*

13. Magis illud controversum est, an actio hæc danda sit, si quis aliena negotia gesserit, tanquam sua; veluti si se hæredem putans, æs alienum hæreditarium hæreditariis suo nomine exsolvat creditoribus. Hoc tamen casu potius est, ut ei conditio indebiti adversus creditorem detur, quam negotiorum gestorum actio adversus hæredem; eo quod ista solutione verus hæres, aut in genere verus debitor liberatus non fuit, *l. cum quis sibi* 38. §. *de peculio* 2. *ff. de solutionibus*, *l. si pœna* 19. §. *quamvis* 1. *ff. de condict. indeb.* Nec his adversatur, quod Africanus hoc casu negotiorum gestorum actionem videtur concedere, ratione addita, quod debitor eo solutione liberatus sit, *l. ult. ff. h. t.* quodque possessori hæreditatis, ad restitutionem hæreditatis damnato, concessa fuerit deducendi soluti licentia, *l. in restituenda* 4. *l.* 5. *C. de petit. hæreditat.* Commode namque (ut Africanum cum se ipso & rescriptis conciliemus) *d. l. ult.* ut ut simpliciter loquentem, acceperimus de hæreditatis possessore, qui æs alienum non suo proprio, sed hæreditario nomine solvit. Cum ex adverso in *d. l.* 38. §. 2. *ff. de solutionibus*, de eo tractet hæreditatis possessore, qui non *alieno*, sed *suo nomine indebitam pecuniam* solvit, ut verba legis habent. Qualis distinctio, an suo nomine solverit, an non suo nomine, etiam confirmari potest ex *l. si quid possessor* 31. *ff. de petit. hæred.* junct. *l. hæreditas* 50. §. 1. *ff. eod. tit.* Vide Cujacium *ad Africanum, tract.* 7. *ad d. l.* 38. §. 2. *ff. de solution.* & *tractatu* 8. *ad d. l. ult. ff. h. t.* Ant. Fabrum *rational. ad l. ult. h. t.* Donellum *comment. jur. civilis libr.* 14. *cap.* 13.

14. Quod si dominus id, quod nomine ipsius gestum est, ratum habuerit, adhuc superesse negotiorum gestorum actionem post ratihabitionem, auctor est Imperator in *l. si pecuniam* 9. *C. h. t.* & Scævola *in l. Pomponius* 9. *ff. h. t.* quasi ratihabitione tali nihil actum fuisset, non interesset, utrum rata haberentur gesta, nec ne, *l. si sis, qui* 50. *ff. mandati, si pupilli* 6. §. *sed si ego* 6. *ff. h. t.* Contra mandati actioni tunc locum fore, quia ratihabitio mandato principali comparatur ac prorsus retrotrahitur, arguit, *l. semper qui non prohibet* 50. *ff. de regul. juris, l. ult. C. ad Senatusconsult. Macedon. l. licet verum* 56. *ff. de judiciis.* Quicquid hic Pacio *enant. cent.* 2. *num.* 53. aliisque placuerit, videndum ego arbitror qua mente ratihabitio interposita sit. Si enim eo animo, ut in mandatum abiret negotiorum gestio, actio mandati haud deneganda foret: at, si illud defuerit propositum, non aliud competeret, quam, quod ab initio natum fuit, negotiorum ge-

storum judicium. Quomodo & in aliis ex mente agentium dijudicari debere, quale intercesserit negotium, colligi potest ex traditis ab Ulpiano in *l. juris gentium* 7. *§. quod fere* 12. *ff. de pactis*, qui in quæstione dubia, & nostræ non multum dissimili, an pactum, an vero stipulatio crederetur intercessisse, ait; *quod fere novissima parte pactorum ita solet inferri* rogavit Titius, spopondit Mævius; *hac verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis; ideoque ex stipulatu nascitur actio: nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium.*

TITULUS VI.

De Calumniatoribus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit calumniator, quid actio in factum de calumniatoribus, & ad quid tendat?*
2. *Quibus competat, quibus non?*
3. *Contra quos detur? non contra eos, qui pecuniam dederunt, ut alteri lis moveretur.*
4. *Quid jusjurandum calumniæ? qui id præstent & quo modo? quæ pœna recusantium?*
5. *Nec a judice, nec ab adversario remitti potest. An judicium sit nullum si illud exactum non sit, & ita nec præstitum?*
6. *Iurant & advocati de calumnia, & procuratores.*
7. *De vetere duplici actione calumniæ.*
8. *Quo modo hodie calumnia coerceatur? quæ olim apud Romanos, quæ in Hollandia seculis superioribus fuerint sponsiones in lite.*
9. *Si appellans ex parte succumbat; an, & quo usque ad calumniæ pœnam teneatur?*

1. CAlumniator in criminalibus est qui falsa crimina scienter intendit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. ad Senatusc. Turpill.* in civilibus omnis ille, qui per fraudem alteri litem iniquam facit sive agendo, sive excipiendo. Sed hoc in titulo strictiore sensu calumniator dicitur, qui pecuniam aut rem aliam accepit, ut, vel ne, litem per calumniam moveret. Idemque est, si pecuniam quidem non acceperit, sed obligatione quadam liberatus sit, vel gratuita pecunia ei utenda data, aut minoris res vendita vel locata. Nec refert ante litem contestatam, an vero lite pendente acceperit, *l.* 1. *§.* 2. *ff. b. t.* nec, utrum ei datum sit, an ipse alteri dari jusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit: generaliter enim si quid omnino compendii sensit, calumniator est, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *ff. b. t.* Denique nec interest, impleverit illud, ob quid faciendum vel non faciendum accepit pecuniam, an non; cum ipsa pecuniæ calumniosa perceptio delictum ponat, *d. l.* 3. *§.* 1. *ff. b. t.* cujus coercendi gratia comparata fuit actio prætoria in factum de calumniatoribus, intra annum in quadruplum, post annum in simplum acceptæ pecuniæ; nisi tales sint termini, ut data condici possint; quo casu necesse non est, post annum in simplum hanc dari actionem, *l.* 1. *l. in heredem* 5. *§.* 1. *ff. b. t.* computatur autem hic annus a tempore quidem dationis, si quis dederit, ne sibi lis moveretur; a tempore vero scientiæ, si dederit alius, *l. annus* 6. *ff. b. t.* Nec quadruplum mere pœnale est, sed inest ei ipsa res seu id, quod datum est, *d. l.* 5. *§.* 1. *ff. b. t.* nisi quis dederit, ne alteri lis moveatur, tunc enim & is, qui dedit, repetere data potest, & insuper ei, propter quem datum, ne calumnia ei fiat, in quadruplum actio salva est, *l. si quis ab alio* 7. *ff. b. t.*

2. Competit hæc actio ei, cui per calumniam lis movenda erat; ut & illi, qui dedit, ne sibi lis moveretur; adeo ut, si quis & a te pecuniam acceperit, ut negotium mihi faceret, & a me, ne mihi faceret, duobus mihi judiciis de calumnia obstrictus sit, *l. & generaliter* 3. *§. ult. ff. b. t.* Non tamen ei datur, qui dedit, ut alteri calumnia fieret; quippe, qui ne data quidem condicere potest, cum turpiter fecerit, *d. l.* 3. *§. ult. ff. b. t.* uti nec ei, qui quid dedit, ne tertio lis moveretur; quippe qui solam habet datorum repetitionem, *l. si quis ab alio* 7. *ff. b. t.* nec denique hæredibus; cum exemplo actiones injuriarum meram ultionis persecutionem contineat: ut tamen datorum condictio hæredibus deneganda non sit quoties defunctus dedit, *l. hac actio* 4. *ff. b. t.*

3. Intentanda autem adversus eos, qui pecuniam acceperunt, ut, vel ne alteri calumniam facerent, ut ante dictum. Non tamen contra hæredes eorum, nisi quatenus ad eos pervenit: ut enim ex delictis defunctorum hæredes teneri noluit Romani juris dispositio, ita nec lucrari quicquam permisit; sed potius turpia lucra hæredibus extorqueri jussit, licet crimina morte extinguerentur, *l. in heredem* 5. *pr. ff. b. t.* Sic nec hac actione conveniri potest parens aut patronus *l. paren.* 5. *ff. de obsequiis parent. & patron. præst.* nec is, qui dedit, ut alteri lis moveretur: quamvis enim ipse videatur movisse litem, qui mandat alteri calumniam, & ob id ei pecuniam subministrat; tamen quia delictum hac actione coercendum non in lite per calumniam mota, sed tantum calumniosa pecuniæ vel commodi alterius perceptione consistit, etiamsi negotium factum non sit, *d. l.* 3. *§.* 1. *ff. b. t.* is quidem, qui pecuniam dedit, amittit eam in pœnam malitiæ, sed huic in quadruplum judicio non subjicitur.

4. Ceterum, quo magis in universum omnis calumnia a judiciis abesset, ac reprimeretur temeritas litigantium, inductum fuit, ut in ingressu litis jusjurandum calumniæ interponatur; quod non veritatis, sed credulitatis est, de bona fide litigantis conceptum; actore quidem ex animi sui scientia ac sententia jurante, *se non calumniæ causa litem intendere*; reo vero, *se non calumniæ causa ad inficias ire*, *l. cum & judices* 2. *in med. princ. & §.* 2. *C. de jurejurando propter calumniam dando*, *l. inter* 44. *§. qui familiæ* 4. *ff. familiæ erciscundæ*, conjuncta tam rei quam actoris formula in utroque litigante, quoties in judiciis duplicibus, veluti familiæ erciscundæ ac similibus, actores simul & rei sunt, *d. l.* 44. *§.* 4. *ff. famil. ercisc.* tutoribus etiam ac curatoribus non aliter ad lites pro pupillo admittendis, quam si hoc jusjurandum interposuerunt, *d. l.* 2. *§. quod observari* 2. *C. de jurejuran. propt. cal.* Quod si id actor subire noluerit, quasi improbus litigator, ab instituta cadit actione, & a limine judicii depellendus est, *d. l.* 2. *§. quod si actor* 6. *C. de jur. propt. cal. dando*, sin reus recuset, pro confesso habetur, *d. l.* 2. *§.* 7. *C. eod. tit.* Nec ulli hæc jurandi necessitas jure novo remissa est, *novell.* 49. *cap. quia*

igitur 3. quamvis jure veteri parentes ac patroni immunes fuerint, *l. de die* 8. *ff. jubetur* 5. *ff. qui satisd. cog. si patronus* 16. *ff. de jurejurando*, *l. qui bona fide* 13. *§. penult. ff. de damno infecto*. Quarum legum cum manifestus sensus sit, & lectio constans, merito in *l. jusjurandum* 34. *§. qui jusjurandum* 4. *ff. de jurejurando* pro *neque patrono, neque parentibus*, legendum esse, *aeque patrono atque parentibus*, ab aliis jam observatum est. Uti & immunes fuerint clerici, quippe qui in universum jurare prohibiti, *l. cum clericis* 25. *§.* 1. *C. de episc. & cleric.* & jure feudali nec dominus a vasallo, nec vasallus a domino hoc jusjurandum exigere potest, *lib.* 2. *feud. tit.* 33. *§.* 1.

5. Et quamvis jusjurandum veritatis adversarius adversario, ac testi adversus se producto remittere possit, eo quod ista ratione suo tantum juri renunciat, & quasi causam adversario donat; hoc tamen calumniae sacramentum nec a parte adversa, nec a judice remitti potest: cum non privati cujusque, sed publicam concernat utilitatem, ne litibus iniquis, ac per calumniam confictis, perstreperent tribunalia, sed & lites diminuerentur & calumniatores, *l.* 2. *§. sed quia* 4. *& §. sic enim* 8. *C. de jurejur. propter calumn. dando*. Si tamen hoc calumniae jusjurandum, cum exigi deberet, neque per adversarium exactum fuerit, non ideo judicium ipso jure nullum erit, aut sententia invalida, arg. *l. filius familias* 8. *§. veterani* 2. *ff. de procurator.* quod & jure Canonico nominatim cautum *c.* 1. *in med. de jurejurand. calumnia in* 6. Perezius *tit. C. de jurejur. propter calumn. dando*, *n. quid ergo* 10. Rittershusius *ad novell. part.* 9. *c.* 19. *n.* 15. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 85. *n.* 2.

6. Ceterum non ipsi tantum litigantes hoc jusjurandum interponere jubentur, sed & advocati ipsorum, ut dictum *tit. de postulando*. Procuratores quod attinet quamvis id non generaliter aut diserte in jure civili tantum inveniatur, ut de calumnia jurent; quia tamen & tutoribus & advocatis imposita fuit haec jurandi necessitas, nulla ratio est, cur non & procuratores ad id adacti fuissent; praesertim, cum ipsi fierent litis domini; hujusque rei argumentum esse arbitror, quod, si quis procuratorio nomine cautionem de damno infecto exigeret, jurare debuerit, *non calumniae causa id eum, cujus nomine cautum postulat, fuisse postulaturum*, *l. qui bona* 13. *§. si alieno* 13. *ff. de damno infecto*. Quicquid fuerit secundum jus Romanum; jure saltem Canonico injunctum ipsis, ut non tantum nomine domini, sed & suo, hoc jusjurandum interponant, *cap. in appellationis* 2. *in med. de juramento calumniae in* 6. Perezius *d. tit. C. de jurejur. propt. calumn. dando num.* 5. 6. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 88. *in pr.* quem de hoc jurejurando ex usu fori plura tractantem vide *d. lib.* 1. *observ.* 83. *& seqq. usque ad observ.* 91. Et cum nostris ac aliorum moribus aeque publicum sit procuratoris, quam advocati officium, etiam in ingressu muneris jusjurandum calumniae praestare compelluntur, annuatim deinceps stato tempore repetendum, Instruct. Curiae Holl. *art.* 71. Curiae Ultraject. *tit.* 5. *van Procureurs art.* 1. Brabant. *art.* 287. 288. *art.* junct. 322. 323. Flandriae *art.* 153. 154. 155.

7. Fuit insuper jure Romano nota actio de calumnia, ei accommodata, cui quaestio servitutis improbe mota erat, ad poenam arbitrariam usque ad exilium, *l. cui necessitas* 39. *§. ff. de liberali causa*, *l. si tibi* 31. *C. eod. tit.* Fuit & vetus actio calumniae adversus actores in decimam litis partem, quae postea abrogata, *§.* 1. *Inst. de poena temer. litig. l.* 2. *§. sic enim* 8. *C. de jurejur. propt. calumn. dando*; jure tamen novissimo ex parte reducta est, *novell.* 112. *cap. ad excludendas* 2.

8. Hodie autem in Hollandia vix usus est jurisjurandi calumniae per ipsum actorem aut reum praestandi ante litem contestatam. Sed cum ad interrogata pendente lite respondere jubentur litigantes, huic jurijurando locus est; qua de re latius *ad tit. interrog. in jure facien.* De cetero temeritas ac calumnia litigantium hodie plerumque coercetur damnatione in expensas litis, de qua *tit. de re judicata* dicetur: ad haec mulctis in unoquoque foro constitutis adversus eos, qui temere appellationem a sententiis judicum inferiorum, aut reductionem ab arbitrorum definitione petierint, aut reformationem, aut revisionem, aut reauditionem, (sit venia verbis in foro receptis) aut restitutionem, aut mandata poenalia contra executionem sententiae, aut alia, de quibus novissime placitum Ordinum Hollandiae Zelandiaeque vulgo, *nader provisionell accord tusschen Holland en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 36. *& seqq. usque ad art.* 46. Adde Instruct. Curiae Ultraject. *tit. van appel. art.* 2. 3. & *tit. van revise art.* 1. Placitum *Ordin. genral.* 24. *Maii* 1680. Quale genus mulctandi eos qui temere ad superiorem judicem provocaverint, etiam antiquitus placuisse Romanis, docet Brissonius *antiquit. lib.* 2. *cap.* 18. nec longe hinc abeunt depositiones antiquae pecuniarum in prima lite, ac interpositae in appellatione sponsiones, secundum quas victus amissione depositarum pecuniarum mulctabatur. De quibus Raevardus *lib.* 5. *varior. cap.* 10. Quales sponsiones inter actorem & reum, pecunia deposita, etiam in Hollandia seculis superioribus probatas fuisse, sic ut easdem recusans sive actor sive reus in lite succumberet, & sponsione facta succumbens pecuniam sponsione depositam amitteret, docet Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 115. 116.

9. Quod si appellans a sententia variis constante capitibus, in nonnullis vincat, succumbat in aliis; arbitrio judicis videtur definiendum, an, & quatenus appellationis temerariae mulcta cessare debeat; quod & habet Instruct. Curiae supremae *art.* 221. Curiae Ultraject. *tit. van appell. art.* 9. Uti ex adverso, si enormis & continuata appareat litigantis calumnia, judex extraordinariam calumniae poenam imponere potest, arg. *l. pen. ff. h. t.* quod & cautum Instruct. Curiae Holland. *art.* 213. Ultraject. *tit. van. appel. art.* 2. *in fine*, atque ita temerarium quempiam litigatorem ob insignem calumniam, praeter ordinariam, frivolae appellationis mulctam, in trecentos florenos, in ornamentum subselliorum auditorii publici erogandos, fuisse condemnatum, testis est Neostadius *Cur. suprema dec.* 88. *in fine*.

LIBER QUARTUS.

TITULUS I.

De in integrum restitutionibus.

SUMMARIA.

1. *Quanta æquitate nitatur restitutio? quid sit, & quot modis impetretur?*
2. *Cujus jurisdictionis sit restitutio? qui jure Romano possint restituere? non minor magistratus contra sententiam superioris; quisque tamen contra suam.*
3. *Quis jure hodierno restituat, ubi de incidentibus in lite quæstio est?*
4. *Quis, ubi adversus negotia principalia, contractus, aditiones hæreditatum, & similia, restitutio facienda sit? An judices Universitatis Leydensis?*
5. *Non supremos, sed ordinarios judices, cognoscere de justitia restitutionis ex mandato supremorum, & confirmare restitutionem?*
6. *Quid agendum, si quis restitui velit adversus negotium, quod non apud judices, sed arbitros compromissarios ventilatur?*
7. *Quis censeatur judex competens, ad id, ut ei examen causæ restitutionis ac confirmatio committatur? sive adversus summo jure valida, sive adversus summo jure nulla, restitutio petatur?*
8. *Si contra sententiam restitutio petatur, an examen committi possit ipsi judici, qui sententiam tulit? an & ei, qui judicante superior est?*
9. *Qui petere possint restitutionem? an procuratores, & quale in iis requiratur mandatum? an persona conjunctæ sine mandato? an syndici, bonorum curatores, tutores &c.?*
10. *Petitur contra lædentes, quandoque & contra tertios possessores? An contra tertios possessores? An contra hæredes, remissive?*
11. *Non datur restitutio, si tantum modica sit læsio. Quæ gravior censenda sit læsio, arbitrio judicis committendum.*
12. *Non datur, si alia ordinaria remedia supersint; nisi remedium ordinarium & extraordinarium, non infamans, adversus eundem competat, vel restitutio pinguior sit.*
13. *Non etiam, si quis ipso jure tutus sit; nisi ex abundanti, secundum mores.*
14. *An iterum petere possit, qui semel repulsam est passus, ex eadem causa? an ex alia? an si causæ prioris pleniores cœperit habere probationes?*
15. *An contra parentes & patronos detur restitutio? quid moribus?*
16. *Intra quadriennium petenda restitutio, exceptis quibusdam casibus, quibus brevius aut longius tempus a jure præfinitum est.*
17. *An facultas petendæ restitutionis duret quadriennio, si actio extincta, contra quam restitutio petitur, breviori tempore duret, vel pauci tantum dies ad agendum superfuerint ante natum agendi impedimentum?*
18. *Currit quadriennium, licet absens sit is, contra quem restitutio petenda, si modo procuratorem vel defensorem reliquerit.*
19. *Ex quo tempore quadriennium computandum sit in singulis restitutionum causis, & an ignorantibus id tempus currat?*
20. *Quid moribus observetur circa tempora petendæ restitutionis, etiam, cum ea petitur adversus negotia ipso jure nulla?*
21. *Quis sit effectus restitutionis? probatur, non esse judicium duplex, rescindens & rescissorium, qualiscunque fuerit causa restitutionis.*
22. *Restituendi cum re etiam fructus. Et vicissim is, contra quem restitutio fit, indemnis servandus est; qua occasione de recuperandis impensis, redintegrandis actionibus, & quales actiones ei, contra quem restitutio fit, non redintegrentur? an restitutione adversus emtionem pro parte impetrata, adversarius a tota possit emtione recedere?*
23. *An impetrata restitutione adversus sententiam, ea quoque infirma sit, quatenus damnosa fuit ei, contra quem restitutio facta est?*
24. *Restitutio facta strictam recipit interpretationem. An minor, qui mutui accepti nomine usuras solverat, adversus mutuum restitutus usuras solutas repetere possit, si in restitutione mentio usurarum facta non sit?*
25. *An pendente petitione restitutionis, sententia vel negotium, contra quod ea petitur, executioni dari possit? & quid moribus obtineat?*
26. *Quot sint justæ causæ restitutionis? & quid, si plures in eandem personam & rem concurrant?*
27. *Nemo invitus tenetur petere restitutionem, a petitione cœpta potest desistere, & jam impetratæ renunciare; quo casu nec adversarius sentit effectum restitutionis, quæ ei ex consequentia profuisset.*
28. *Ubi de negotiis tractetur, in quibus dubium, an majorennibus subveniendum sit?*
29. *Cujus loci statuta sint observanda in restitutione concedenda vel deneganda per distinctiones varias explicatur.*

1. Restitutio in integrum nulla eget commendatione, cum se ipsam ex æquitate sua satis commendet *l. 1. ff. h. t.* nisi enim naturalis subsit ac appareat æquitas, quæ suadeat concedi restitutionem, & iniquam faciat adversarii causam, deneganda foret. Et licet restitutionis beneficium præter juris civilis, in naturali ratione fundati, particulares regulas, per quas ad generalem æquitatis normam pervenitur, videatur indulgeri; ita ut inde etiam extraordinarium appelletur remedium: quia tamen negotii gesti quædam adjuncta & circumstantiæ efficiebant, ut illarum regularum particularium æquitas cessaret, nihilque superesset præter jus strictum, rigidum, atque durum; ex sola æquitate generali introductus fuit usus in integrum restitutionis, *l. pen. ff. h. t. l. 1. in pr. ff. de minor. 25. annis, l. 1. pr. ff. ex quib. causis majores.* Quæ est redintegrandæ

rei seu causæ actio, Paulus, *recept. sent. lib.* 1. *tit.* 7. *in pr.* atque tunc consideratur quatenus a læsis intenditur, & a magistratu petitur; actionis vocabulo tam late sumto, ut & extraordinarias officii judicialis implorationes complectatur, quæ non habent juris ordinarii executionem; juxta *l. pecuniæ verbum* 178. *§. actionis* 2. *ff. de verbor. signif.* quamvis & verum sit, opposita exceptione, restitutionis auxilium peti posse, quo casu non tam redintegrandæ rei actio, quam potius exceptio, dicenda foret. Describitur aliter (in quantum a magistratu conceditur) in pristinum statum repositio & negotii instauratio, *l.* 2. *C. si adversus transact.* vel amissæ causæ redintegratio, *l. adolescentiæ* 2. *C. in quib. caus. in integ. restit. necess. non est;* est enim remedium extraordinarium, quo prætor vi sui officii & jurisdictionis, naturalem secutus æquitatem, homines læsos aut circumventos ex justa causa in pristinum statum reponit, perinde ac si nullum negotium damnosum gestum esset, vel saltem indemnes eos servari jubet. In pristinum quidem statum fit restitutio dupliciter, puta cum vel sine actione instituta extra ordinem prætoris imploratur auxilium, quo implorato, demum fit in jus vocatio adversarii; quod accidit in minoribus, qui postulant prætoriam cognitionem, eaque concessa adversarium vocant, *l. minor* 39. *ff. de eviction. l. quod si minor* 24. *§. ult. ff. de minor.* 25. *annis*, vel adjectione per prætorem comparata, ac in judicium deducta impetratur negotii rescissio, & restitutio amissæ rei; quod in metu & dolo & absentia justa contingit; quo pertinet metus ac doli actio, & rescissoria. Indemnitas vero læsis præstatur, cum, intacto ac illibato negotio gesto, (veluti alienatione, quæ judicii mutandi causa facta est) lædens læso tantum in id, quod interest damnatur, actione in factum ob id inducta.

2. Restitutiones hæ species sunt illius jurisdictionis, in qua magis mixtum imperium, quam jurisdictio dominatur: unde & soli majores, at non municipales magistratus restitutionis faciendæ potestate gaudent: multoque minus pedanei judices proprie dicti, omni carentes jurisdictione, arg. *l. ea, quæ* 26. *pr.* & *§.* 1. *ff. ad municipalem*. Adde *tit. de jurisdictione*, licet non desint, qui jure quidem Pandectarum hæc obtinere, sed jure Codicis municipalibus quoque magistratibus hoc restituendi jus competere autumant. Oddus *de restitutionibus part.* 1. *quæst.* 32. *art.* 3. 4. 5. Illud plane constat, mandatariis jurisdictionis, qui improprie dicuntur judices dati, ex vi mandatæ jurisdictionis potuisse competere restitutionis concedendæ potestatem; eo quod hæc restituendi facultas ordinariæ potius, quam legalis seu legitimæ jurisdictionis species est, *l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integr. restit. agitanda sit*. Cujacius *paratitl. C. eod. tit.* Et jure quidem Romano haud dubium, quin restitutionem ex justa causa facere potuerit Princeps, *l.* 1. *C. ubi & apud quem cognit. in integr. restit. agitanda sit*, *l. minor autem* 15. *§.* 1. 2. 3. 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, præfectus prætorio, præfectus urbi, *l. in causa* 16. *§. ult. l.* 17. *ff. de minor.* 25. *annis*, prætor *l. nemo* 5. *ff. h. t.* & *passim in legibus*, præsens, *l. quoniam* 2. *C. ubi & apud quem cognit. in integr. restit. agitanda sit*, *l. si adversus* 2. *C. si adversus fiscum.* Procurator Cæsaris seu rationalis, & quidem vel præsidi junctus, vel etiam solus, *d. l.* 2. & *l.* 3. *C. si adversus fiscum*, dummodo id unum caveretur, ne magistratus inferior adversus ea, quæ a majore magistratu gesta erant, restitutionem indulgeret. Hinc contra sententiam præfecti prætorio, vel procuratoris Cæsaris, vel judicis a Principe dati, solus Princeps restitutionem concedere potuit, *l. minor autem* 18. *pr.* & *§.* 3. 4. *ff. de minorib.* 25. *annis*, *l.* 1. *C. ubi & apud quem cognit. in integr. restit. agitanda sit*, *l. adversus* 3. *C. si advers. rem. jud.* contra propriam tamen sententiam magistratum habuisse restituendi facultatem, evidens est ex *l. in causa* 16. *§. ult. l.* 17. *l. præses* 42. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. unic. in fine ff. de offic. præfecti prætorio*. Quamvis enim traditum sit, id, quod jussit vetuitve prætor, contrario ejus imperio tolli posse, sed de sententiis contra esse, *l. quod jussit* 14. *ff. de re judicata*, ac præsidem ne pecuniariam quidem sententiam suam posse revocare, *l.* 1. *§. ult. in fine ff. de quæstion.* junct. *l. judex; posteaquam* 55. *ff. de re judicata*, *l. eos, qui* 6. *C. de appellation.* tamen ea limitanda erunt, ut locum habeant, nisi per eos qui læsi sunt, extraordinarium restitutionis auxilium imploratum sit. Quod & regulariter non deberet indulgeri, nisi vel specialiter vel saltem generaliter petitum sit, vide apud Oddum *de restitutionibus part.* 1. *quæst.* 31. *art.* 1. Adversus libertatem tamen nullus præter Principem recte restituit, *l. si ex causa* 9. *§. ult. l.* 10. *ff. de minor.* 25. *annis*.

3. Mores vero hodiernos quod attinet, distinguendum omnino est, utrum restitutio tantum petenda sit ratione incidentium in lite, an vero adversus principale negotium gestum. Si enim tantum de incidentibus litis quæstio sit, veluti, ut novas liceat facere productiones probationum, aut nova facta ponere, ut prioribus allegatis adjicere per modum additionis, aut libellum emendare vel mutare; aut si quis adversus lapsum temporis ad respondendum, replicandum, reprobandum, salvandum, addendum, aliosve actus judiciales exercendos indulti, restitui desideret, ita in Ultrajectino solo receptum est, ut non tantum curia Provincialis, sed urbani quoque judices de hisce restitutionis concedendæ facultatem habeant in litibus suo pro tribunali agitatis ac pendentibus: ac soli pagani judices hac careant potestate, implorando tunc in hisce restitutionis auxilio a judice seu curia provinciali, Instruct. Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art.* 34. Wassenaar *pract. judic. cap.* 2. *num.* 13. In Hollandia Curiæ provinciali in hisce restituendi licentiam concessit Philippus Rex Hisp. *anno* 1562. 27. *die Augusti art.* 5. quod & postea confirmatum *conventione inter Hollandos ac Zelandos* 3. *Augusti anni* 1587. *art.* 12. & si quidem coram inferioribus judicibus lis pendeat, solere quidem in supradictis negotiis restitutionem a superiori judice peti, auctor est Groenewegen *ad §.* 34. & 35. *Instit. de action.* Simon van Leeuwen *cens. forens part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 24. *num. ult.* quod & habet Instructio Curiæ Brabantinæ *art.* 474. subjungit tamen Leeuwen *d. l.* se non videre, cur non etiam ab eodem judice inferiore, apud quem lis pendet, peti ista & impetrari possunt; cujus etiam opinionem quo minus in urbanis saltem judicibus admittamus, exemplo vicinæ Diœceseos Ultrajectinæ, ratio satis justa non videtur subesse.

4. Quod si ex adverso restitutio impetranda sit de negotio quo principali gesto, veluti adversus contractus, ac transactiones, hæreditatum aditiones aut repudiationes, præscriptiones, res judicatas, & alia his similia: non nisi a majestate suprema, aut iis, quibus id nominatim majestas demandaverit, peti posse verius est. Qua ratione in Gallia a solo Rege, aut supremis ejus curiis, has tum minorennibus tum majorennibus restitutiones concedi posse, testis est Rebuffus *ad constit. regias in proœmio gloss.* 5. *num.* 48. 49. Oddus *de restitution. part.* 1. *quæst.* 32. *art.* 3. *num.* 28. vers. *tertio facit.* Gudelinus *de jure noviss. lib.* 3. *cap.* 14. *vers. convenit.* Nec aliter Ultrajecti servatur, ubi ea potestas curiæ provinciali, quæ ibidem suprema, ab Ordinibus tributa est. Instruct. Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art.* 33. Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 14. Idemque Hollandis ac Zelandis placuisse constat ex instructione supremæ curiæ *art.* 23. qua cautum, ne ullus alius præter supremam curiam restitutiones in negotiis principalibus (*relivementen van contracten substantiele ende extrajudiciele beswaarnissen*) concedat: ut tamen & ipsi Ordines, in neglecta petitione investituræ renovandæ aditi, post illam potestatem curiæ supremæ datam, restitutionem quandoque indulserint, uti constat ex formula restitutionis, exhibita in libello, cui titulus, *notabele pointen van Leenen, door Jacob de Jonge pag. mihi* 41. 42. Quibus consequens est, ut fateamur, hujus nostræ Universitatis Leydensis judicibus non competere restituendi jus adversus damnosos contractus, quibus se cives Academici læsos arbitrantur. Quamvis enim non minor in dijudicandis causis civilibus ac criminalibus judicum Academicorum, quam supremæ curiæ potestas sit; in quantum utrobique a latis sententiis nullum appellationis, sed tantum supplicationis remedium succumbentibus restat; quia tamen ita placuit Ordinibus, ut in restitutione facienda nullus vice sacra fungeretur præter memoratam supremam curiam; nec ad consequentias trahenda sunt, quæ certis tantum demandata personis, non qua judicibus, sed magis majestatem repræsentantibus; frustra fuerit tribunal nostrum, si ambitiose restitutionis faciendæ sibi arrogaret prærogativam.

5. Ita autem a supremis tribunalibus hæc restitutio conceditur, ut tamen examen universum causæ restitutionis ordinariis debeat committi judicibus. Sive enim restitui quisquam desideret adversus negotium damnosum, sed necdum in judicium deductum, eumque in finem Principi seu eum repræsentanti Curiæ libellum offerat, restitutionis petitionem comprehendentem, sive, negotio damnoso in judicium jam deducto, petat ab eodem Principe seu curia, sibi concedi licentiam offerendi in judicio libellum supplicem (vulgo requestam civilem) restitutionis obtinendæ gratia, utroque in casu judicum inferiorum ordinariorum notioni committitur ac disquisitioni, an preces sat justæ sint ac veritate nitantur: ut si veræ sint, confirmetur restitutionis diploma, ac in acta publica referatur, (vulgo *interinetur*) sin minus, restitutionis auxilium petenti denegetur; eo fere modo, quo olim prætor judici pedaneo causam committebat, cum formula, ut, si appareret reum dare facere oportere, eundem condemnaret. Quæ uti quotidiana praxi firmata sunt, ita & tradita a Zypeo *notitia juris Belgici tit. de in integrum restitutione*. Hug. Grotio *Manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 48. Christinæo *vol.* 2. *decis.* 134. *n.* 1. Brouwero *de jure connubior. l.* 1. *cap.* 17. *num.* 23. Antonio Matthæo *de auctionibus libr.* 1. *cap.* 16. *num. ult. in fine*, Petro Vromans *de foro competente lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 2. Gerardo Wassenaar *practic. judic. cap.* 2. *num.* 14. *& passim toto capite*. Paulo Voet *ad §.* 5. *Instit. de action. num.* 3. Sim. van Leeuwen *censur for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 40. *num.* 3. 4. 5. 6. ac usque adeo obtinent, ut ne liceat quidem supremis curiis, restitutionis potestate præditis, petita restitutione, plenam causæ cognitionem sub eo prætextu ad se evocare, sibique arrogare, nisi ex ipsa negotii natura, extra omnem restitutionis considerationem, curiarum illarum, & non judicum inferiorum, ea de re notio esset, Instruct. Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art.* 33. *in fine*, Curiæ Brabantinæ *art.* 474. *in fine*, Wassenaar *d. cap.* 2. *num.* 15.

6. Quod si lite apud arbitros compromissarios pendente, alteruter litigantium adversus contractum aliudve simile negotium principale restitutionem petat, cum clausula, ut examen causæ restitutionis arbitris committatur, denegari in Hollandia a Curia suprema solet restitutionis decretum; eo quod, uti jure Romano, ita & nunc, cognitio restitutionis in integrum arbitrorum, ex conventione partium electorum, potestatem excedit, *l. ult. C. ubi & apud quem cognit. in integr. restit. agitanda sit*, ne tamen, omni auxilio læsis denegato, ad iniquum arbitrium interponendum arbitri viderentur obstricti esse, injungitur ejusdem curiæ decreto, ut petitæ restitutionis rationem habeant in judicando; *dat arbiters in't doen van hare uytsprake daar op sodanich regard sullen nemen, als sy luyden goeder conscientie sullen bevinden te behooren.* Sed si tantum restitutionis petitio tendat ad ea, quæ sunt in lite incidentia, veluti ut novas liceat apud arbitros facere probationum productiones, simpliciter a suprema curia id faciendi potestas conceditur, cum mandato, ut arbitri in judicando novarum quoque probationum rationem habeant ex æquo & bono, exemplis tamen earum adversario prius editis. Van Alphens Papagaey 1. *deel tit.* 44. *in fine, pag.* 615. *in f. &* 616. *in pr.*

7. Ceterum, cum restitutio ipsa tantum a Principe fiat, cognitio vero causæ ordinario demandanda sit judici, ut ante dictum, atque adeo quantum ad cognitionem non ita a communibus juris regulis recessum fuerit; consentaneum rationi est, ut, quemadmodum in aliis negotiis, ita & hic, examen causæ delegetur illis, qui reo judices competentes sunt, actore forum rei frequentante. Sic ut judex competens ad cognoscendum hic merito dicatur, in cujus territorio domicilium habet adversarius, contra quem restitutionis remedium est imploratum, *l. quoniam* 2. *Cod. ubi & apud quem cogn. in integr. restit. agit. sit.* Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 31. *defin.* 1. Petrus Barbosa *ad l.* 19. *§. proinde, num.* 21. *& seqq. ff. de judiciis*, aut ubi contractus, contra quem restitutio desideratur, celebratus est, si ibidem reus inveniatur, arg. *l. in contractibus* 14. *§. in omni* 4. *C. de non numerata pecun.* Oddus *de restitutionib. part.* 1. *quæst.* 32. *art.* 13. *n.* 105. *& seqq. præcipue num.* 112. 113. 114. ubi res sita est, si restitutio petatur

propter in rem actionem, arg. *l. ult. C. ubi in rem actio*, *l. in causa* 13. §. *ult. ff. de minoribus* 25. *annis*, adeo ut eo casu secundum vulgatam magis DD. opinionem (quam tamen in solis mobilibus, non immobilibus admitti posse, demonstravi *tit. de judiciis*) electio actoris sit, an in loco domicilii sui adversarii, an in loco rei sitæ, disceptationem de restitutionis justitia peragere malit; uti id de Galliæ moribus post Oddum *d. art.* 13. *num.* 116. tradit Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tractat. de restitutionibus*, *in præfat. n.* 19. & 20. & *art.* 1. *gloss.* 1. *numer.* 40. Johan. Papon *lib.* 7. *tit.* 7. *art.* 24. *ubi & in notis*, de Bælgii Hispanici praxi Christinæus *vol.* 2. *decis.* 134. *num.* 7. & in Frisia judicatum esse in actione in rem refert Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 15. *defin.* 1. Adde parentem p. m. Paulum Voet *tract. de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 20. quamvis & in actionibus in personam ista electio Galliæ pragmaticis placuerit supra allegatis. Et quia nunc fere invaluit, ut etiam adversus negotia ipso jure nulla læsi per restitutionis implorationem sibi consulant, dubium vix esse potest, quin de istiusmodi nullitate quæstiones in loco contractus vel domicilii rei examinandæ sint, perinde ac si adversus contractus ipso jure validos restitutionis auxilium impetrandum esset, secundum ante dicta, Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 20. *vers. quæ etiam ratione.*

8. Cum vero jure Romano judex adversus ea, quæ decreto aut sententia constituit, restitutionem facere possit, ut supra monitum ex *l. in causa* 16. §. *ult. l.* 17. & *l. præses* 42. *ff. de minoribus*; vix dubitandum videtur, quin restitutione adversus hujusmodi decretum aut sententiam petita, cognitio illi ipsi demandanda sit judici, qui decreto aut sententia læsionem dicitur intulisse; sive ille sit judex inferior, a quo appellatum, sive superior, ad quem appellatio instituta fuit. Oddus *de restit. part.* 1. *quæst.* 16. *art.* 3. Quia tamen & superior rescindere potest sententiam inferioris, nihil vetat, quo minus judici ad quem, (ut loquuntur) committatur examen læsionis, quæ per sententiam judicis inferioris illata contenditur. Oddus *de restitutionib. d. part.* 1. *quæst.* 32. *artic.* 16. Imo, si sententia dicatur nulla esse, & adversus eam restitutio petatur, non posse eundem, qui sententiam tulit, sive ordinarius sive delegatus sit, iterum causam ex integro cognoscere, sed tantum superiorem, ad quem appellandum fuisset, nonnullis placet; eo quod per appellationem hodie etiam de ipsa sententiæ nullitate querimur; nemo autem a sua sententia appellari potest, Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 3. *tract. de sententii. art.* 3. *gloss. unic. num.* 16. Ant. Faber *Cod. libr.* 7. *tit.* 19. *de re judicata defin.* 20. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 17. *not.* 2. *n.* 6. *in fine*, & post eos Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disp.* 21. *ad tit. de re judic. n.* 5. Sane, si incidenter tantum restitutio petatur, committenda videtur causæ cognitio eidem illi judici, qui de principali cognoscit actione. Christinæus *d. vol.* 2. *decis.* 134. *num.* 7. *in fine*, & *num.* 8. idemque est, si per viam exceptionis & contradictionis restitutio petatur; eo quod ineptum esset, alium de iis, quæ per exceptionem objiciuntur, cognoscere, quam qui de intentata cognovit actione, Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 31. *defin.* 1.

9. Restitutionem petere possunt qui læsi sunt, justamque restitutionis causam habent: nec interest, an per se tale implorent auxilium, an per procuratorem; dummodo is sufficiente mandato, eoque speciali, instructus fuerit, *tit. C. etiam per procuratorem causam in integr. restit. agi posse*, junct. *l. Papinianus* 20. *illud nullam* 25. §. 1. *ff. de minor.* 25. *annis*. Vel etiam generali, cum libera administratione. Vide *tit. de procurator.* Ut autem dici quis possit mandato speciali munitus, sufficit, ei restitutionis petitionem mandatam esse, etiamsi forte mandati instrumento nominatim inserta non inveniatur causa, in qua, vel ex qua restitutio petenda foret. Oddus *de restitution. part.* 1. *quæst.* 31. *art.* 12. Mynsingerus *centur.* 2. *observat.* 26. Quod si de mandato dubitetur, procuratorem tamen præstita de rato cautione ad postulandam restitutionem admittendum esse, Paulus respondit, *l. quod si de* 26. *ff. de minorib.* 25. *annis*. Plane, si mandatum deficere constet, nullus pro alio restitui desiderat, solo patre excepto, *l. patri* 27. *ff. d. tit. de minor.* contra regulam, qua pro conjunctis personis agere sine mandato concessum est: quippe quæ in ordinariis quidem remediis, at non in extraordinario restitutionis adjutorio locum habet. Quo usque vero hæc nostris etiamnum moribus obtineant, colligi potest ex dictis *tit. de procurator.* modo observetur, toties, quoties non principaliter, sed incidenter tantum de restitutione petenda quæstio est, sufficere posse generale ad ipsam causam principalem tractandam mandatum. Groenewegen *ad d. l.* 25. §. 1. *ff. de minor.* 25. *ann.* De syndicis, bonorum curatoribus, tutoribus, ecclesiarum œconomiis, an restitutionem recte petant, & an speciali indigeant mandato, plenius tractatum vide apud Oddum *de restit. part.* 1. *quæst.* 31. *art.* 6. 7. 8.

10. Datur vero restitutio frequentius quidem adversus eos, a quibus quisque læsus est: quandoque tamen & contra eos, qui læsionem non intulerant, dum forte rei per læsionem amissæ possessores sunt, quod in restitutione ex capite metus receptum est; quandoque etiam ex minorennitate, *l. item si* 14. §. *in hac actione* 3. *ff. quod metus causa*, *l. in causa* 13. §. 1. *l.* 14. *l.* 15. *ff. de minor.* 25. *annis*. An hæredibus læsorum, & in hæredes lædentium restitutio tribuenda sit, in singularum causarum consideratione rectius videtur tradendum esse.

11. Non tamen cuivis restitutionem petenti, causamque alleganti, ea promiscue concedenda est, sed causa demum cognita, an nempe vera, an justa, an satis gravis sit, *l. omnes* 3. *ff. h. t.* Etenim primo quidem ea haud tribuenda, si levis tantum læsio intercesserit: quamvis enim in ordinariis negotiis etiam sæpe rei minimæ intuitu judicium prætor dare soleat, §. *gallinarum* 16. *Instit. de rer. divis.* in extraordinariis tamen remediis indulgendis difficilior esse, & minima non curare, constituit; ne majori rei, negotio scilicet summo jure valido, nimis temere præjudicium fiat, *l. scio* 4. *ff. h. t. l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si quis affirmaverit*, 9 §. *ult. ff. de dolo malo*, *l. res bona* 54. *ff. de contrab. emt.* Quænam autem in restitutionis materia veniant rei minimæ appellatione, potissimum arbitrio judicis videtur relinquendum: læsione considerata non ratione sui, & in se, sed comparate

ad negotium, in quo contigit; cum fieri possit, ut læsio in se modica gravis tamen sit in contractu minoris quantitatis; & e converso etiam gravior læsio, seu majoris quantitatis, minima tamen sit, et contractus circa rem magni momenti magnæque quantitatis versetur; quo casu melius est, in minima illa quantitate læsum manere eum, qui restitui vult, quam ob minimam talem rem vel summam majori negotio per rescissionem præjudicari, *d. l.* 4. *ff. h. t.* Et quamvis in actione doli læsio & res minima dicatur, quæ ad duorum aureorum non ascendit æstimationem, *d. l* 9. §. *ult.* & *l.* 10. *ff. de dolo*; id tamen ad alias restitutionis causas, ex quibus ei, contra quem impetratur, nulla infligitur infamiæ labes, non extendendum; cum constet, difficilius ac parcius longe famosas, facilius vero non infamantes actiones dari. Cujacius *ad l.* 4. *ff. h. t.* Duarenus *ad h. tit. cap.* 4. Fachineus *lib.* 3. *controvers. cap.* 4. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 25. 26. 27. 28. Oddus *de restitutionib. part.* 1. *quæst.* 4. *art.* 12. 13. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 75. Covarruvias *variar. resolut. libr.* 1. *cap.* 3. *num.* 11. Loesius *ad Pand. h. t. num.* 7. Linglois *ad l.* 2. *C. qui & adversus quos in integr. rest. decis.* 2. *quæst.* 1. *n. penult.*

12. Sed nec tunc plerumque restitutioni locus datur, cum aliud ordinarium æque pingue ad indemnitatem remedium a jure comparatum est; nam si quis communi auxilio & mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium, *l. in causa* 16. *pr. ff. de minor.* 25. *annis*. Qua ratione actionem doli non competere, si alia supersit actio, dicetur *tit. de dolo malo*, &, si minor 25. annis mandaverit majori negotium gerendum, eo perperam gesto, non datur restitutio ad gesti rescissionem, quamdiu actione mandati minor potest a procuratore opulento consequi læsionis illatæ reparationem, *l. cum mandato* 23. *ff. de minor.* 25. *annis*, cui similis est casus in *l. si apud minorem* 12. *ff. de minor.* Si tamen adversus eandem personam & actio ordinaria competat & restitutionis auxilium, arbitrio pupilli relictum fuit, an restitui desideret, an ordinaria actione uti velit, *l. in causa* 16. §. *Pomponius* 2. *ff. de minor.* 25. *annis*. Quod & obtinuit, si pinguior appareat restitutio, quam ordinarium remedium; ita namque hæredi ejus, qui metum passus est, adversus possidentem, qui vim metumve fecit, datur non tantum hæreditatis petitio, sed & actio quod metus causa, in qua ob contumaciam quadrupli persecutio est, *l. item si* 14. §. *in causa* 2. *ff. quod met. caus.* Idemque juris est, si quis metu conterritus hæreditatem repudiaverit; quippe cui duplici via prætor succurrit, aut utiles actiones, id est, utilem hæreditatis petitionem dando, aut actionem metus causa præstando, electione læso data, *l. si mulier* 21. §. *ult. ff. quod metus causa*.

13. Non etiam ad restitutionem confugiendum, quoties quis ipso jure tutus est; veluti si sine tutoris auctoritate cum pupillo contractum, nec is inde locupletior factus sit, *d. l.* 16. *pr.* & §. 3. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restit. minor. l. quos retrahi* 3. *C. si advers. libertat. l. pen. C. si advers. rem judic.* Frustra namque imploratur amissæ causæ redintegratio, ubi ab ipsa lege integra ac intacta jura servata sunt, *l. adolescentia* 2. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*. Nec dubium mihi, quin & hodie, si negotium extrajudiciale gestum ipso jure nullum sit, sine restitutione quis adversus illud queat tutus esse; ut multis probat auctoritatibus, rationibus, rebusque judicatis, Groenewegen *ad rubric. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*. Sed cum abundans cautela non noceat, & viam tutiorem prudentiores soleant tentare pragmatici, ac proniores in restitutionis concessionem sint nunc, quam apud Romanos, illi, quibus ea potestas data, securitatis majoris ergo potius, quam ex necessitate, adversus contractus etiam nullitate manifesta laborantes restitutionem implorari, passim fere in tribunalibus invaluit, teste Zypæo *notit. jur. Belgici tit. de in integr. restitut. in pr.* Gudelino *de jure nov. libr.* 3. *cap.* 14. *in fine*, Groenewegio *d. loco*, Brouwero *de jure connubiorum lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 13. *in fine*.

14. Ad hæc denegandum restitutionis auxilium ei, qui jam semel illud imploravit, &, cum repulsam passus esset, iterato petit eadem ex causa; cum non minus in extraordinariis, quam ordinariis, exceptio rei judicatæ locum inveniat, *tot. tit. C. si sæpius in integr. restit. postuletur*, nisi tamen novæ defensiones inventæ sint, quibus iterata restitutionis petitio plenius instructa, nunc justior æquiorque videri potest, *l.* 2. & 3. *d. tit. C. si sæpius restit. postul.* Minsyngerus *cent.* 1. *observat.* 52. Oddus *de restitut. part.* 1. *quæst.* 16. *art.* 5. 6. 7. Plane, si non ex eadem, sed alia prorsus causa, licet circa eamdem eam, restitutio prius denegata desideretur, eam impetrari posse, nihil vetat: cessante tunc rei judicatæ exceptione ob causæ diversitatem, *arg. l. cum quæritur* 12. 13. 14. *ff. de except. rei judicatæ*. Quemadmodum nec vetita restitutionis petitio adversus ea, quæ per præcedentem redintegrationis postulationem obtenta, damnosa apparent. Atque ita minorem restitutum adversus omissionem hæreditatis, si se jam immiscuerit ei, eamve adierit, rursus restitui posse, ut se abstineat, & rescriptum & responsum est, *l. ait prætor* 7. §. *restitutus* 9. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. sive ingenua* 2. §. *si bonorum* 10. *ff. ad Senatusconsult. Tertyllian.* Oddus *de restitution. d. quæst.* 16. *art.* 9. Adde *tit. de minor.* 25. *annis num.* 27.

15. Illud quoque constat, non adversus quasvis personas jus Romanum restitutionis auxilio læsis subvenisse: tametsi enim inter veteres Jurisconsultos dubitatum fuerit, an liberi libertique adversus parentes aut patronos restitui possent, aliis aliud opinantibus, & in diversa euntibus; Justinianus tamen id parentum patronorumque honori, quo intactus illibatusque conservaretur, dandum censuit, ne adversus eos restitutio liberis aut libertis impertiretur: reverentia scilicet personarum tale adjutorium prorsus excludente, *l. ult. C. qui & adversus quos in integ. rest. non poss.* Ac proinde, si quæ legibus anterioribus vestigia restitutionis videantur comprehensa, velut in *l. si cum pater* 2. *C. si advers. rem judicat. l. si in te* 2. *C. si advers. donat. l. denique Divus* 5. §. *ergo etiam* 5. *ff. de minorib.* 25. *annis*, *l. ult.* §. *ubi* 6. *C. de bonis, quæ liberis*, novella Justiniani decisione censeri debent fuisse antiquata. Excepit tamen Justinianus parentes illos, qui, quæve liberorum suorum tutelam gerentes; in rerum pupillarum administratione læsionem intulissent; quippe

prudentia adhibita damnosa foret, dum summo jure nullitatis allegandæ potestas, restitutione non petita, ad annorum triginta metam extenditur, uti & indebiti aliæque ex legibus datæ condictiones, Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 27. *defi.* 7. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 26. (ubi & breviora apud alias gentes tempora his præfinita recenset) Anton. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 58. *in fin.* Groenewegen *ad d. l. ult. C. de tempor. in integr. restitut.*

21. Effectus restitutionis est, quod in pristinum statum omnia reducantur, & quidem uno judicio, rejecta veterum opinione de judicio duplici, rescindente & rescissorio, quam post alios confutavit Bachovius *tract. de action. disp.* 3. *thes.* 29. Vinnius *ad* §. 5. *Instit. de action. n.* 5. cuique pro parte repudium misisse videntur, quotquot uno libello rescindentis & rescissorii judicii cumulationem fieri posse tradiderunt, inter quos Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit. defin.* 3. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 25 *n.* 3. Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 19. *art.* 28. *n.* 8. *& vol.* 2. *decis.* 134. *n.* 4. *in fine.* Et sane, ut penitus hæc tractentur, si sola fiat rescissio ejus, quod gestum est, nulla subsequente rei restitutione, non dubium, quin, eo per sententiam aut officium judicis infirmato, tota restitutionis quæstio finita sit; veluti si metu coactus ad adeundam hæreditatem, aut contractum ineundum necdum traditione consummatum, per prætorem restituar, ut abstinendi potestas mihi detur, vel obligatio perimatur ad contractus implementum, *l. metum autem* 9. §. *sed quod prætor* 3. *l. si mulier* 21. §. *pen. ff. quod metus causa*. Sed & si, contractu aliove negotio jam impleto & re amissa, restitutio impetranda sit, non aliud hic obtinet, quam in officiosi testamenti controversia, aut Pauliana vel alienationis rescissoria actione: ut enim illic una querela intentata & rescissio testamenti petitur, & hæreditas ab intestato vindicatur, (ut tradetur *tit. de inoff. testam.*) utque alienatio infirmatur, revocaturque in fraudem creditorum uno actu unoque judicio; ita quoque actione unica, vel magistratus imploratione una tantum, infirmatio negotii & rei amissæ restitutio simul obtinetur: quod uti in restitutione ex metu in dolo, nec non ea, quæ ex capite minorennitatis indulgetur, expeditum est; ita & de illa, quæ majorennibus per absentiam rerum suarum usucapione aliave amissione læsis concedi solet, evidenter colligi potest ex *l. in honorariis* 35. *in fine princ. ff. de oblig. & action.* §. *rursus* 5. *Instit. de action.* dum Imperator ibi læso permittit *intra annum rescissa usucapione rem usucaptam petere; id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse; & ob id suam rem;* eundem adhibens loquendi modum, quo & in §. *item si quis* 6. *d. tit.* de actione in rem rescissoria (aut secundum alios Pauliana) usus est, cum ait: *missi creditoribus, rescissa traditione eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.* Ut tamen haud videatur eundum inficias, quin Jurisconsulti veteres in Pandectis in casu rei per absentiam usucaptæ, & ita amissæ, quandoque non tam consideraverint rei ipsius seu dominii amissionem, quam potius actionis illius, qua dominus rem suam potuerat ante impletam usucapionem vindicare; unde & tunc non tam impetrabatur per in integrum restitutionem amissæ rei & possessionis restitutio, quam potius actionis amissæ redintegratio, sic ut ei liceret post restitutionem experiri per tot dies, quot diebus quis agere impeditus fuerat, *l. sed & si* 26. §. *si feria* 7. §. *quotien.* 8. *ff. ex quib. caus. majores;* de cujus legis sensu ante actum. Idemque in metu locum habuit, quod non tantum ab Imp. innuitur in *l. si vi* 3. *C. de his, quæ vi metusve causa*, sed & ab Ulpiano, qui, postquam in *l. metum* 9. §. *sed quod* 3. *ff. quod metus causa*, dixisset, sive perfecta per traditionem sive imperfecta res esset, actionem quod metus causa dari, subjungit *in §. seq.* 4. *volenti autem datur & in rem actio & in personam, rescissa acceptilatione vel alia liberatione*, in rem quidem (ut opinor) quoties in rem actio per acceptilationem, mediante Aquiliana stipulatione, sublata est; in personam, si ex obligatione nata actio simili modo extincta fuerit, Cujacius ad *Pauli recept. sent. lib.* 1. *tit.* 7. §. 4. Quod denique adversus actionem acceptilatione vel præscriptione aliterve extinctam, restitutio impetranda sit, nec tunc aliter quam uno judicio causa tota redintegratur; cum neque aliud tunc petatur, neque aliud impetretur per restitutionem, quam ut reviviscat extinctum agendi jus, quod quis vel metu, vel dolo, vel minorennitate, similive modo conquerebatur amissum esse. Unde & actio illa pristina tunc reviviscit cum omni causa sua, id est, ut restitutionem tanto temporis spatio habeat rursus actionis intentandæ facultatem, quantum supererat, cum ipsa illa superveniebat causa, quæ actionis movendæ potestatem auferebat, ac restitutioni faciebat ex æquitate locum, *l. patri* 27. §. *si minor* 2. & §. 3. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. sed & si* 26. §. *si feria* 7. & §. 8. *ff. ex quib. causis majores*, *l. metum autem* 9. §. *volenti* 4. & §. *ex hoc edicto* 7. *ff. quod metus causa*, eoque facit *l. ult. ff. de minor.* 25. *annis*, *l. ait prætor* 10. §. *si conditionalis* 23. junct. §. 22. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* eo modo, quo in pristinos debitores actio creditori restituitur, quoties mulier ex intercessione conventa, Vellejani exceptione sese tuetur, *l.* 1. *in fine*, *l. quamvis* 8. §. 9. 11. *l.* 9. *l. si mulier* 14. *l. si mulier* 16. *in fin. l. debitrix* 24. §. 3. *l. ult. in fine ff. ad Senatusc. Vellejan. si apud* 12. *ff. de minor.* 25. *annis.*

22. Ita autem læsus restituitur, ut una cum re etiam fructus rei recipiat, *l. nec non* 28. §. *ult. ff. ex quib. caus. majores*, *l. quod si minor* 24. §. *sed & si* 4. *l. patri* 27. §. *si pecuniam* 1. *ff. de minor.* 25. *ann. l. ait prætor* 23. §. *item* 2. *ff. ex quib. caus. majores*, arg. *l. plus est* 22. *l. restituere* 35. *ff. de verb. signif.* Oddus *de restitut. part.* 1. *quæst.* 45. *art.* 1. & 2. nisi termini habiles sint quibus fructus percepti cum usuris vicissim debitis compensari possunt; qualis negotii speciem Ulpianus proponit in *l. minor annis* 40. §. 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, sed & vicissim ei quoque, contra quem restitutio conceditur, jus suum pristinum, quod ad ejus fieri potest, redintegrandum est, & indemnitati ejus consulendum, *d. l.* 28. §. *ult. ff. ex quib. causis majores*, *d. l.* 24. §. *penult. ff. de minor.* 25. *annis*, etiamsi ex capite metus aut doli restitutio fiat, *l. si vi* 3. *l.* 4. *C. de his, quæ vi metusve causa.* Ut enim restitutus in damno hærere non debet, ita nec in lucro cum aliena versari jactura, & ideo, quicquid ad eum pervenit ex

emtione, vel ex venditione, vel ex alio contractu, hoc debet restituere; & si intercessor minor viginti quinque annis intervenerit, in veterem debitorem actio reponenda est, tanto tempore post restitutionem duratura, quantum restabat, cum primitus extingueretur ex gesto, contra quod restitutio dein impetrata fuit, *l. ult. ff. de minor.* 25. *annis*. Nec minus, si adversus hæreditatis aditionem restitutus sit, quicquid ad eum ex hæreditate pervenit, aut dolo ejus factum est, præstare oportet, *l. unic. C. de repetition. quæ fiunt in jud. in integr. restitut.* Oddus *de restitut. part.* 1. *quæst.* 47. *art.* 1. & 3. Ad hæc rescissa per restitutionem transactione, vel divisione, aliove contractu, pristinæ quoque reviviscent adversario obligationes, & actionibus, quos pridem habuerat, post instaurationem negotii uti non prohibebitur, *l.* 1. 2. *C. si advers. transaction.* nisi actiones tales sint, quæ non competierant occasione istius rei, in qua propter læsionem restitutio data est. Qua ratione, si minor 25. annis adversus eum, cum quo egit tutelæ judicio, restituatur, non ideo tutori contrarium tutelæ judicium restituendum est; neque enim tutori illata est ulla læsio ex illo actu directi judicii, quo minor læsus fuerat, sed magis ex alio novo judicio contrario, quod tutor adversus pupillum intentaverat ad indemnitatem, *l. cum minor* 28. *ff. de minor.* 25. *annis*, Oddus *d. quæst.* 47. *art.* 12. *n.* 64. 65. Reddendæ insuper per restitutum impensæ, quas in rem factas esse adversarius probare potest, *l. intra* 39. §. 1. *ff. de minor* 25. *annis*, nisi voluptariæ sint, quarum sola deductio concessa est, *l. sine hærede* 32. *§. item respondit antepen. ff. de admin. & peric. tutor.* aut utiles quidem, sed restituto nimis graves: neque enim æquum est, aut restitutum alios quærere creditores, aut cogi distrahere quod velit receptum, aut penuria coactum rem ipsam suo adversario derelinquere: qua in re multum arbitrio judicis committendum, ut media quasi via incedens, nec restituto nimium indulgeat, nec nimium tribuat adversario operoso, arg. *l. si servos* 25. *ff. de pignorat. act. l. in fundo* 38. *ff. de rei vindicat.* Oddus *d. quæst.* 47. *art.* 6. 7. Quin &, si pro parte tantum contractus rescindendus foret, dum fundum minori ac majori communem emtor comparavit, & adversus venditionem minor pro sua parte restitutus est; audiendus emtor erit, si a toto contractu velit discedi, quod partem emturus non fuisset: neque enim jus nostrum patitur, invitum aliquem induci in communionem, *l. tutor* 47. *§.* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, arg. *l. quod si uno* 13. *ff. de in diem addict.*

23. Quod si adversus sententiam quis restituatur, an & vires ea perditura sit, quatenus ei, contra quem restitutio impetrata fuit, damnosa aut onerosa est, merito dubites. Illud autem in hac quæstione inspiciendum puto, an unius sententiæ unum tantum caput sit, aut etiam plura sibi connexa, sic ut unum ab altero separari nequeat; an vero plura capita a se invicem non dependentia, sed separationem recipientia, comprehensa sint una judicis definitione; quod ex diversitate factorum colligendum esse docet *l.* 1. *C. si unus ex pluribus appellaverit*. Priore casu, uti sententia individua tota vires perdidit contra eum, qui restitutione adjutus est, ita nec contra eum, adversus quem concessa causæ redintegratio, effectum sortiri debet; sed utrique potius permittendum ex integro causam agere; renatis utrimque pristinis actionibus, *l.* 1. 2. *C. si advers. transact. l. unic. C. de reputat. quæ fiunt in jud. in integrum restitut.* arg. *l. etiam si patre* 29. §. *ex causa* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*. Posteriore, rata manebit sententia in ceteris capitibus seu speciebus, quæ capiti seu speciei isti, adversus quam facta restitutio, non cohærent, *d. l.* 29. *§.* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, Oddus *de restit. part.* 1. *quæst.* 47. *art.* 10. & 11. Quibus non adversatur *l. cum minor* 28. *ff. de minor.* 25. *annis*: ut colligi potest ex paulo ante dictis, de actionibus pristinis adversario redintegrandis.

24. De cetero strictam restitutiones impetratæ recipiunt interpretationem, ne egrediantur id, de quo in restitutionis judicio actum ac judicatum est. Unde, licet minor, qui pecuniam fœnebrem acceperat, & aliquanti temporis usuras præstiterat, petere potuisset restitutionem ex capite minorennitatis, non modo adversus creditum ipsum, sed & adversus usurarum istius crediti solutionem jam factam; tamen si ipse vel hæres ejus restitutus sit, ne debitum illud creditori solvere cogatur, neque quicquam de usuris per minorem jam solutis repetendis tractatum apud judicem, aut ab eo pronunciatum fuerit; condici non poterit vi istius restitutionis, quod ita usurarum nomine solutum est; imo nec mediante compensatione cum alio debito retineri, *l. ult. §. ult. ff. de condit. indeb.* Etsi enim, sorte per restitutionem indebita effecta, usuræ quoque videri possent indebite solutæ; ac condictio detur, si promittendi causa finita sit, *l.* 1. *§.* 2. *ff. de condict. sine causa*, aliud tamen hic placuit, ea, nisi fallor, ratione quod non ipso jure sortis obligatio per restitutionem perempta fuerit, sed tantum exceptione restitutionis, quæ nullam habens usurarum solutarum mentionem, enervare non potuit solutionem, ex contractu summo jure valido, ac necdum infirmato, rite factam, arg. *l. Julianus* 60. *ff. de condict. indeb.* Ant. Faber *rational. ad d. ult. §. ult.* Pacius *enant. cent.* 4. *num.* 19. Berlichius *dec.* 207. *num. ult.* Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 25. *num.* 20. Brunnemannus *ad. d. l. ult. §. ult.*

25. Porro pendente causæ examine & cognitione de restitutione, nihil innovandum est; atque adeo nec sententia, adversus quam in integrum restitutio imploratur, interim executioni dabitur, sed æque ac per appellationem suspensa manebit, *l. si causa cognita* 32. *C. de transaction.* nec contractus implementum habebit; cum postulata in integrum restitutione, omnia in suo statu esse debere donec res finiatur, perspicui dicatur juris esse, *l. unic. C. in integr. restitutione postul. ne quid novi fiat*, nisi protinus appareat ex præsumtionibus, morandæ tantum executionis aut solutionis gratia eam peti, arg. *l. satis aperte* 2. *C. ad leg. Cornel. de falsis*, *cap. suscitata* 6. *in med. extra*, *de in integr. restit.* Idemque ex æquitate dicendum, si res altioris sit indaginis, sic ut petitor in continenti docere nequeat de restitutionis æquitate. Cumque successu temporis magis magisque passim invaluerint odiosæ litium protelationes protractionesque, etiam in ipso hoc extraordinario restitutionis auxilio, nec diminuta sit excogitatæ calumniarum malitia; atque insuper iniquum

videatur, propter rescissionem petitam ex causis extrinsecus accidentibus, de quibus non constat, interim vim potestatemque contractus aut sententiæ manifestæ inhiberi; hinc praxi communi receptum, pendente restitutionis quæstione, negotium, adversus quod quis restitui desiderat, etiamsi nullitatis vitio illud laborare contenderetur, executioni interim dari, præstita cautione; si modo tale sit, quod damnum irreparabile non contineat: idque ex præscripto juris Canonici *in d. cap. suscitata* 6. *extra*, *de in integr. restit.* nisi in continenti manifesta negotii, contra quod hoc imploratur remedium, iniquitas ac injustitia probari queat; aut nisi secundum quosdam, jam cœpta sit peti restitutio, antequam sententiæ vel contractus executio esset postulata, Joh. a Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 8. *def.* 4. & *tit.* 15. *defin.* 3. Christianus *vol.* 2. *decis.* 137. Neostadius *Curiæ supremæ decis.* 73. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 26. *defin.* 22. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 283. *gloss.* 1. *num.* 45. Merenda *controvers. part.* 2. *lib.* 10. *cap.* 44. Berlichius *part.* 2. *decis.* 179. *passim, præcipue num.* 25. 16. Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 33. *defin.* 1. & 2. & *libr.* 3. *tit.* 7. *defin.* 12. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 48. *num.* 4. & *de ll. abrog. ad l. unic. C. in integr. restit. postul. ne quid novi fiat.* Sim. van Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 40. *nu.* 7. 8. Wassenaar *practic. judic. cap.* 2. *nu.* 39. 40. Adde de litibus occasione restitutionis ventilandæ non protelandis, sed potius lite principali una cum restitutionis quæstione definienda, Instruct. Curiæ supremæ *art.* 193. 194. Curiæ Brabant. 469. 470.

26. Causæ justæ restitutionis sunt, metus, dolus, minor ætas, capitis diminutio, absentia, alienatio judicii mutandi causa, & justus error, *l.* 1. 2. *ff. h. t.* cujus justi erroris exempla sunt in *l.* 1. *§. ult.* & *ll. seqq. ff. quod falso tutore auctore*, *l. semper* 15. *§. sed si is sit locus* 5. *ff. quod vi aut clam*, *§. si quis agens* 33. *Instit. de action.* Quod si plures causæ restitutionis simul in eamdem concurrant personam & rem, veluti minorennitas & absentia, causæ utriusque rationem esse habendam in impertiendo restitutionis beneficio, colligi potest ex *l.* 1. 2. 3. 4. *C. de tempor. in integr. restitut.*

27. Ut autem nemo invitus agere compellendus est, atque adeo nec ad implorandam restitutionem constringendus; ita, si postulaverit eam, ac necdum impetraverit, desistere ab ulteriore hujus beneficii prosecutione non prohibetur, *l. Papinianus* 20. *§.* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, sive expresse repudiet hoc beneficium, sive tacite, rebus ipsis & factis rata habendo ea, adversus quæ restitutionem cœperat postulare, *l. si filius* 30. *ff. de minor.* 25. *annis*. Quin imo, etsi restitutionem jam impetraverit, ex pœnitentia potest eadem non uti; cum unicuique contemnere liceat hæc, quæ pro se introducta sunt; nec queri possit adversarius (qui ex suo quoque latere secundum ante dicta restituendus est) si reponatur in eam causam, in qua se ipse constituit, & quam mutare non potuisset, si alter prætoris auxilium non implorasset. Quamvis enim ipse quoque restitutus sit, ideoque jus semel quæsitum ei invito per solam adversarii pœnitentiam non videretur adimendum; quia tamen hoc genus restitutionis tantum est consectarium restitutionis alterius principaliter impetratæ, iniquum fuerit, beneficio restitutionis objecto vel neglecto per eum, cujus gratia primario fuerat concessum, adversarium ejus adhuc velle uti ea restitutione adversus illum, propter quem, cujusque velut ope, unice restitutus fuit, *l. si judex circumvento* 41. *ff. de minor.* 25. *annis*, ibique Gothofredus *in notis*, quo tamen casu non inconsultum fuerit, adversus priorem restitutionem nova sese munire restitutionis impetratione, arg. *l. ait prætor* 7. *§. restitutus* 9. *ff. de minor.* 25. *annis*.

28. Quæ vero illa sint negotia, adversus quæ restitutio etiam majorennibus concedi, vel denegari solet, quatenus hæc controversa sunt, dicetur latius *tit.* 6. *ex quibus caus. majores.*

29. Illud antequam huic titulo finis imponatur, inspectione propiore dignum videtur, cujus loci statutum considerandum sit, in quæstione, an restitutio concedenda sit, nec ne, si variantes appareant circa restitutiones tribuendas aut denegandas locorum diversorum leges aut consuetudines, idque vel temporis ratione, intra quod ea petenda, vel causæ intuitu, ex qua imploranda est? Vulgo quidem ita traditum invenio, observari debere statutum, non loci illius, ubi ventilatur restitutionis quæstio, neque etiam regionis illius, ubi lædens aut læsus domicilium fovet; sed magis illius territorii, in quo contractus seu negotium damnosum celebratum est; nisi contractus implementum ad alium locum sit destinatum; tunc enim hujus loci leges in judicando spectandas esse, Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 31. *defin.* 2. 3. Mynsingerus *cent.* 4. *obs.* 82. *n.* 4. 5. 6. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 134. *n.* 3. & *seqq.* Sed vix est, ut hac determinatione quæstioni de restitutione generaliter propositæ satisfiat; ac proinde potius pro diversitate negotiorum, adversus quæ restitutio imploranda, aliud atque aliud statuendum. Si quis enim restitutionem imploret adversus negotia judicialia, veluti lapsum fatalium (ut loquuntur) vel ut libellum mutare, probationes novas producere, facta nova allegare liceat, & quæ hujus generis sunt alia plura; æquum fuerit, non alterius loci statuta judicem in concedenda vel deneganda restitutione sequi, quam quæ in loco judicii, ubi per moram aut negligentiam & errorem qui læsus dicitur, recepta sunt, arg. *l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. juris.* Et hoc esse puto, quod voluere nonnulli, inspici debere mores loci, in quo mora aut negligentia judicialis commissa esset, quod & praxi quotidiana firmatur. Quod si personæ favore restitutio concedenda sit, puta, minorennibus ætatis lubrico læsis; non loci ubi contraxit negotiumve gessit, nec ubi restitutionis quæstio ventilatur, sed potius domicilii leges observandas existimem: quoties in quæstione, an quis minor vel majorennis sit, obtinuit, id dijudicandum esse ex lege domicilii, sic ut in loco domicilii minorennis ubique terrarum pro tali habendus sit, & contra, sive id ex summo jure obtinere velis, sive (quod rectius) ex comitate, secundum fundamenta & rationes in materia statutorum plenius propositas post *tit. de constit. princip. num.* 4. & *tit. de minor.* 25. *annis num.* 8. justum enim videtur, ut, ex quibus legibus ipsa æstimatur minorennitas, quæ sola restitutionis causa est, ex iisdem quoque definiatur, an, & quousque, & quo modo restitutio in-

dulgenda sit. Extra hunc casum minorennitatis, si adversus contractum aliudve negotium gestum factumve restitutio desideretur, dum quis aut metu, aut dolo, aut errore lapsus, damnum sensit contrahendo, transigendo, solvendo, fidejubendo, hæreditatem adeundo, aliove simili modo, recte interpretes statuisse arbitror, leges regionis, in qua contractum gestumve est id, contra quod restitutio petitur, locum sibi debere vindicare in terminanda ipsa restitutionis controversia, arg. *d. l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. juris, l. si fundus* 6. *ff. de evictior.* sive res illæ, de quibus contractum est, & in quibus læsio contigit, eodem in loco, sive alibi sitæ sunt. Nec intererit, utrum læsio circa res ipsas contigerit, veluti pluris minorisve, quam æquum est, errore justo distractas, an vero propter neglecta solemnia in loco contractus desiderata. Si tamen contractus implementum non in ipso contractus loco fieri debeat, sed ad locum alium sit destinatum, non loci contractus, sed implementi leges spectandas esse ratio suadet: ut ita, secundum cujus loci jura implementum accipere debuit contractus, juxta ejus etiam leges resolvatur, arg. *l. vinum* 22. *in fine ff. de rebus creditis*, & arg. *totius tituli de eo, quod certo loco, l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act. l. aut ubi* 3. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Mynsingerus *d. cent.* 4. *observ.* 82. *n.* 5. 6. Christinæus *d. vol.* 2. *decis.* 134. *n.* 3. 4. Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 31. *defin.* 2. 3. Quod si restitutio concedenda sit non ex causa, quæ ipsum negotium ab initio comitabatur, (uti comitatur metus, dolus, error) sed ex ea, quæ post supervenit, (qualis est usucapio rerum, aut præscriptio jurium & actionum, propter absentiam non interrupta) ita generaliter definiendum existimo, illius loci leges in restitutione facienda attendendas esse, secundum cujus loci leges impleta summo jure fuit per absentiam usucapio vel præscriptio. Quid enim, obsecro, aut justius aut æquius, quam ut ex eorundem legislatorum præscripto remedium adversus læsionem indulgeatur, ex quorum præscripto & summo jure primitus læsio nata fuit? Quibus consequens est, ut, si immobilium rerum usucapio impleta sit, serventur in restitutione facienda jura regionis, in qua immobiles res sitæ sunt; adeoque, ut in amittendo, sic & in recuperando dominio regantur immobilia ex situs sui lege, juxta vulgatam regulam in materia statutaria, & in *tit. de rerum divis.* tractatam. Sin mobilia usucapta fuerint, in restitutione magis erit ut serventur leges domicilii ejus, qui per usucapionem dominium amiserat; ut ita mobilia, quæ censentur illic esse, ubi domicilium fovet dominus, ex lege domicilii redeant uti fuerant amissa, juxta vulgatam regulam *d. locis* expositam. Sed si actiones in personam temporis lapsu, per absentiam contingente, extinctæ sint, probabilius fuerit, in illis restituendis ob justam absentiæ causam spectandum esse jus loci, in quo debitor commoratur, contra quem restitutio petitur: cum etiam ex istius loci lege præscriptio implenda fuerit, ut observavi *tit. de rerum divisione circa finem.*

TITULUS II.

Quod metus causa gestum erit.

SUMMARIA.

1. *Quid sit vis, qualis vis metui insit; quid intersit inter vim præsentem & conditionalem seu imminentem? Qui metu coactus facit, consentit; & quando liceat ex duobus malis minimum eligere?*
2. *An metu gesta sint ipso jure nulla, & qualis dolus insit metui?*
3. *Quid sit actio quod metus causa? cui detur, an & ei, qui dedit in adulterio deprehensus? an hæredibus & fidejussoribus?*
4. *Datur contra quosvis possessores; contra hæredes eorum, quatenus ad eos pervenit. Quando consequatur quid pervenisse & quando debeat pervenisse? ac de hæredum hæredibus.*
5. *Datur etiam contra debitorem principalem, cujus fidejussor metu illato per acceptilationem liberatus est, & contra fidejussorem simili debitoris facto liberatum.*
6. *Non contra eos, qui quid acceperunt bona fide, ut tuerentur eum, qui vim patitur. Valent sponsalia, quæ puella inivit cum adolescente, ut per eum à naufragio aut vi latronum liberetur.*
7. *Tendit ad quadruplum ex contumacia, licet conveniatur, qui nihil ex metu consecutus, sed tantum ab actione liberatus est, vel qui bona fide & justo titulo possidet. Quid quadruplicetur?*
8. *Quid juris, si plures metum fecerint, & unus rem aut pœnam solverit? si res metu extorta perierit, cui pereat jure Romano, ac moribus?*
9. *Is, contra quem agitur, idemnis servari debet; pretium recuperat, licet ipse metu coegerit ad vendendum. Casus tamen est exceptus.*
10. *Debet metus illatus esse contra bonos mores: secus, si juste illatus sit; qualis est, quem magistratus jure licito, vel privatus justa ex causa, vel hostis, vel metum passus, aut tertius propter eum in continenti infert.*
11. *Metus debet esse gravis, non vanus, quod judex æstimat ex circumstantiis; reverentialis non sufficit, nisi modus excedatur.*
12. *An metus infamiæ sit sufficiens ad restitutionem?*
13. *An sufficiens sit metus vexationis, muneris imponendi, honoris denegandi, minarum? an sola mali suspicio, & de venientibus armatis hominibus? Remedium adversus minas est cautio de non offendendo.*
14. *Metus non præsumitur, sed per allegantem probandus est; quo modo probetur?*
15. *Quibus in casibus ipso jure nullum sit, quod metu gestum, & quæ sit ratio exceptionum?*
16. *Non rescinditur metu gestum, si metum passus gesta post modum rata habeat; quibus modis tacite fiat hac ratihabitio, an si statim non fuerit protestatus? de ratihabitione expressa. An renunciatio hujus restitutionis in continenti facta, aut jusjurandum impediat restitutionem?*
17. *Non datur actio quod metus causa, si metus quidem illatus, sed nullum damnum datum; quod exemplis firmatur; non ideo tamen impune metus fit.*

18. *Actio hac quatenus non pœnalis sed rei persecutoria est, perpetuo durat, & quid moribus obtineat?*

1. PRima restitutionis causa metus est, qui, instantis vel futuri periculi causa, mentis trepidatio dicitur; vel etiam majoris calamitatis timor, *l.* 1. *metum accipiendum* 5. *ff. h. t.* Cui olim in edicto prætoris vis adjungebatur, quam Paulus dixit majoris rei impetum, qui repelli non potest, *l. vis* 2. *ff. h. t.* prætore ita edicente, *quod vi metusve causa* gestum erit: quod & ex veteri more repetitum in inscriptione Codicis hoc *tit. de his, quæ vi metusve causa gesta sunt.* Sed postea detracta est *vis* mentio, quia quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* adeoque metui vis inest, in quantum metus justus, tanquam effectus, vim, tamquam causam præcedentem supponit, & vim quidem non absolutam, sed conditionalem: non illatam, sed inferendam. Vis namque absoluta, uti in plane invitum exercetur, ita quoque omnem illius, qui eam patitur, excludit consensum, *cap. sacris* 5. *extra, de iis, quæ vi metusve causa.* Unde &, quæ tali probantur ablata vi, jure dominii a suis non recedunt dominis, uti id in vi bonorum raptorum manifestum est; quæ & ideo directa rei vindicatione a quovis reputentur possessore, sine ulla extraordinariæ hujus restitutionis imploratione. Ex adverso vis conditionalis, (quæ metui inest) cum non re ipsa inferatur, sed inferenda foret, nisi quis desiderio ejus, qui metum facit, morem gereret, veluti contraheret, traderet &c. consensum omnem ejus, qui metum passus est, nequaquam excludit. Licet enim nihil consensui tam contrarium sit, quam vis atque metus, *l. nihil consensui* 116. *ff. de regul. juris;* id tamen non nisi de liberrimo assensu intelligendum est, nam (ut Paulus ait de eo, qui metu adactus hereditatem adierat) *quamvis, si liber esset, noluisset adire, tamen coactus voluit, l. si mulier* 21. *§. si metu* 5. *ff. h. t.* &, uti de eo, qui metu reverentiali coactus nuptias contraxit, Celsus loquitur, *maluisse hoc videtur l. si patre* 22. *ff. de ritu nupt.* Quibus adde, legem 116. de reg. juris desumtam esse ex libr. 11. ad edictum, quo Ulpianum explicuisse prætoris edictum de metu, colligi potest ex *l.* 1. 3. 5. 7. 9. 12. 14. 16. 20. *ff. h. t.* ac proinde vim & metum dixit consensui contrarium, in quantum id, quod tali consensu per metum extorto gestum erat, effectum sortiri non debebat, nec ratum a prætore haberi, sed rescindi; unde & in *d. l.* 116. subjungit, *quem* (supple metum) *comprobare, contra bonos mores est,* innuens, prætorem nullo unquam tempore comprobare debere aut ratum habere, quod metus causa gestum fuerit, ut Paulus loquitur in ejusdem edicti interpretatione, *l. si mulier* 21. *§.* 1. *ff. h. t.* De cetero, consentire eum, qui metu conterritus quid fecit, ratio sana docet: eligit nempe ex duobus malis minimum; rem tradere mavult, & bona amittere, quam vulnera aliamve malitatem majorem pati: eodem modo, quo jactum mercium quarundam in tempestate eligit magister navis, ut navis totius merciumque omnium naufragium declinet, haud electurus jacturam partis, nisi totius immineret damnum. Qua de re plura Aristoteles *libr.* 3. *ethicor. in pr.* Neque hanc ex duobus malis electionem aut ratio improbat aut jus civile; quin laudat potius; si modo ex duobus malis tristibus eligere datum sit, quorum utrumve sine vitio, sine scelere, aut conscientiæ læsione subiri potest. Nam si malum utrumque turpe sit, ab utroque abstinendum, licet alterum altero pejus esset. Sed & si ex tristi & turpi malo electio oblata fuerit, hactenus permissa erit, ut quis malum triste patiatur, non ut turpe faciat, nec in universum excusandus erit, qui metu mortis adactus alteri vel furtum fecerit, vel aliter injuria intulerit læsionem; quamvis enim attenuetur ex metu illato delictum, & culpa minor sit, ideoque nec iniquum fuerit mitigari pœnam, non tamen in totum culpa exclusa est, *cap. sacris* 5. *extra, de iis, quæ vi metusve causa fiunt.*

2. Cum ergo illis, quæ metu gesta, consensus adsit, consequens est, ut regulariter non ipso jure nulla sint, sed subsistant donec rescindantur, & suæ restituantur æquitati per magistratum, *l.* 1. *l. ult. §.* 1. & 2. *ff. h. t. §.* 1. *Instit. de exception. l. si metu* 85. *ff. de acquir. vel omitt. hared.* Quo enim *nullius* dicitur *moment. esse*, quod metu carceris extortum est, *l. pen. ff. h. t.* id ad effectum & exitum ejus, quod gestum est, referendum; in quantum a prætore infirmatum & in irritum deductum, perinde habendum est, ac si gestum non esset, Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 3. & *seqq.* Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 22. Nec confundi debet cum dolo metus, aut a dolo ad metum argumentatio producenda: licet enim sæpe, quæ dolo gesta, ipso jure nulla sint, ut titulo sequenti tradendum; & metui dolus dicatur inesse, usque adeo, ut qui metum fecit, etiam de dolo teneatur, asserente illud Ulpiano in *l. item si* 14. *§. eum, qui metum* 13. *ff. h. t. l.* 2. *§. doli mali* 8. *ff. de vi bonor. rapt.* id tamen dolo tantum generali intelligendum, quo omnis improbitas comprehendi potest, adeoque etiam metus ille, qui contra bonos mores illatus est, & quem solum prætor ac leges improbarunt: eo fere modo, quo & læsio gravior in se dolum continet, eodem Ulpiano auctore *l. si quis mancipiis* 17. *§. pen. ff. de Instit. actione,* junct. *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verbor. oblig.* De cetero metui aut læsioni non necessario inest (licet inesse quandoque & concurrere possit) specialis illa calliditas, fallacia, machinatio, ad alterum fallendum, circumveniendum, decipiendum adhibita, qua dolum stricte & in specie sic dictum descripsit cum Labeone Ulpianus, *l.* 1. *§. dolum* 2. *ff. de dolo malo.* Unde & idem Ulpianus dolum illum specialem a metu separatum voluit, improbata Cassii opinione, qui exceptionem metus non proposuerat, contentus doli exceptione, tanquam generali, *l. apud Celsum* 4. *§. metus causa* 33. *ff. de doli mali & metus exceptione,* atque insuper expresse alibi monuit, vim sufficere, licet dolus malus cesset, *l. quid si servum* 3. *§. ult. ff. ne qui eum, qui in jus voc. vi eximat.*

3. Quo posito, necessaria fuit *actio quod metus causa,* sic appellata a primis verbis edicti prætorii, ut colligere est ex *ea l.* 1. *ff. h. t.* Quæ est actio prætoria arbitraria, *§. præterea quasdam* 31. *Instit. de action.* pœnalis ex contumacia *§. item actio* 27. *Instit. de action.* personalis, *d. §.* 32. in rem tamen scripta, dum non præcise personam, quæ metum fecit, coercet, sed adversus omnes rei per me-

tum amissæ possessorei datur, *l. metum autem* 9. §. 1. & *ult. l. item si* 14. §. *in hac actione* 3. *ff. h. t.* competens intra annum utilem, (jure novo quadriennium continuum secundum, tradita *titulo primo*) ei, qui metu illato damnum passus est; dum qui dedit, promisit, aut omisit, quod nocet, *d. l.* 9. §. *sed quod prætor* 3. *ff. h. t.* sive in re licita versatus fuerit, dum malum patiebatur, sive illicito vacaret negotio. Qua ratione etiam si in stupro vel adulterio deprehensus aut alio quo flagitio, dederit aut promiserit, ne vulnera, aut vincula, aut mortem, quam a deprehendentibus timebat, pateretur, prætor ei hanc actionem accommodat; non tam respiciens, an adulter sit, qui dedit, quam potius, an malo more alter acceperit, metu mortis illato, *l. nec timorem* 7. §. 1. *l.* 8. *ff. h. t.* secus quam obtineret, si nullo interveniente metu tali, sponte qui sese pretio redemerit, ne in flagitio deprehensus detegeretur: quo casu cessaret datorum repetitio; *l. item si* 4. *ff. de condict. ob turpem causam.* Brouwer *de jure connubior. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 9. Datur & heredibus ejus, qui metum passus est, *l. item si* 15. §. *in causæ* 2. *l. quod diximus* 16. §. *ult. ff. h. t. l. si vi* 3. *C. h. t. de his, quæ vi metusve causa*, & fidejussoribus, sive ipsi ad fidejubendum metu adacti sint, sive principali reo coacto, hi sua intervenerint voluntate, *l. item si* 14. §. *Labeo* 6. & §. *si quis per vim* 8. *ff. h. t. l. exceptiones* 7. §. 1. *ff. de exception.* Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 48. *n.* 18. & 31.

4. Datur vero hæc actio adversus eum, qui metum fecit, & quosvis rei per metum amissæ possessores sive bonæ sive malæ fidei, *d. l.* 9. §. 1. & *ult. l.* 14. §. 3. & 5. *ff. h. t.* quibus defunctis hæredes tenentur quatenus ad eos pervenit: licet pœna ad hæredem non transeat; attamen quod turpiter vel scelere quæsitum est, ad compendium hæredis non debet pertinere, *l. quod diximus* 16. §. *ult. ff. h. t.* pervenisse autem ad hæredem censetur, quod ullo tempore, adeoque ex quo tempore heres factus est, usque ad tempus litis in actione metus contestatæ pervenit, aut certo certius deinceps perventurum est, *l. quantum* 20. *ff. h. t.* nec necesse, ut eo tempore, quo litis contestatio fit, id, quod pervenit penes hæredem, etiamnum existat: semel enim pervenisse suffecerit, etiamsi jam fuerit ab hærede consumtum, *l. videamus* 17. *ff. h.* Unde &, si hæredum hæredes sint, hi quoque in id tenebuntur, quod ad primos hæredes pervenerit, licet ipsi locupletiores inde facti non sint; quoniam adeundo hæreditariam susceperunt obligationem sine primi hæredis delicto natam, *d. l.* 17. *ff. h. t.*

5. Quod si quis ex alieno metu rerum quidem possessionem nactus non sit, sed tamen aliter lucrum senserit; huic quoque actioni obnoxius reddi potest. Qua ratione, si fidejussor vim intulerit, ut accepto liberetur, non ipse tantum conveniri hoc judicio potest, ut & contra se & contra reum principalem actiones restituat, aut alioquin in quadruplum damnetur; sed & ipse reus principalis tali fidejussoris facto liberatus, licet crimine careat. Uti vice versa, si illato per debitorem metu ipse & fidejussores acceptilatione liberati sint, non ipse tantum ad id tenebitur, ut in ipsius persona redintegretur obligatio, & fidejussores vel eosdem vel alios non minus idoneos adhibeat, pignora quoque, si quæ dederit, in eandem causam restituat; sed etiam adversus fidejussores liberatos hac poterit actione agi, ut se reponant in obligationem. Quod & obtinebit, si illato non per debitorem, sed per tertium metu, liberati sint, ne alioquin alieno ex crimine lucrum sentiant, *l.* 9. §. *ult. l.* 10. *pr.* & §. 1. *l.* 11. *ff. h. t.*

6. Alia plane eorum causa est, qui, quo alium vim patientem tuerentur, aliquid ab eo acceperunt, aut eum sibi obligarunt: hos enim, si hanc vim ipsi non immiserint, non teneri ratio dictat; cum operæ potius mercedem percepisse videantur, quam ex alieno metu lucrum sensisse, *d. l. metum* 9. §. 1. *in fine ff. h. t.* junct. *l. pen.* §. 1. *ff. de donationibus*, quo fundamento sponsalia quoque rata fore, quoties puella justo naufragii aut hostium latronumve metu perterrita, nuptias adolescenti extra dolum posito promiserit, si ope ejus atque auxilio liberata evaserit, defendi potest, Brouweer *de jure connubior. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 12. 13.

7. Agitur hoc judicio non tantum ad simplum ipsius rei per metum amissæ, sive proprietas amissa sit, sive possessio, *l. si mulier* 21. §. *qui possessionem* 2. *ff. h. t.* & cautionem de dolo præstandam, si forte deterior reddita sit res restituenda, *l. metum* 9. §. *Julianus* 5. *ff. h. t.* vel ad quadruplum ex contumacia, *d.* §. *item actio* 27. *Inst. de act.* sed & ad fructus perceptos, consumtos, ac percipiendos, omnem causam, omneque illud, quod interest, ex contumacia quadruplicandum, *l. sed & partus* 12. *l. item si* 14. §. *quadruplum* 7. *ff. h. t.* Nec interest hujus quadrupli præstandi intuitu, an metum passus rem jam amiserit, aut actionem sibi competentem, an metu illato tantum ad promissionem faciendam fuerit adactus, solutione non subsecuta: cum enim ex metu obligatus recte desideret, acceptilatione tolli extortam metu obligationem, adversarius id facere contumaciter detrectans in rei seu pecuniæ promissæ triplum pœnale damnandus fuit, & nihilominus acceptilatione promissorum liberare compellendus, *d. l. item si* 14. §. *sed & si quis* 9. *l. metum* 9. §. *pen. ff. h. t.* Sed nec refert, an ipse metum faciens, an tertius bonæ fidei possessor, justo etiam munitus titulo, conveniatur, quantum ad hanc quadrupli persecutionem: neque enim existimandum est, illum præstando quadruplum ex alieno admisso, seu illato per alium metu, pœnam subire: nam cum hæc actio arbitraria sit, & initio inspecto, non nisi rei persecutionem comprehendat, adeo ut hac conventus habeat ex edicto prætoris potestatem evitandi pœnam, usque ad sententiam ab arbitro datam, facta rei restitutione; jure meritoque quadrupli condemnationem patitur arbitrio prætoris de re restituenda parere detrectans; quippe non jam alieno ex metu, sed propria magis ex contumacia pœnam luens, quam nec ipse metum inferens subiturus esset, si conventus metum passo rem ante sententiam restituisset: sic ut quadruplum non tam metus illati, quam contumaciæ commissæ coercitio dicenda sit, *d. l. item si* 14. §. 1. 3. 4. *ff. h. t.* §. *item actio* 27. *Instit. de actionibus.* Idemque in ceteris, quos ex metu per alium facto teneri supra diximus, receptum est, *l.* 9. §. *ult. l.* 10. 11. *ff. h. t.*

8. Quod si plures metum fecerint, & unus rem ipsam sponte restituerit, aut ex contumacia qua,

druplum, liberantur ceteri: sed si non solidum ab uno solutum sit, in id danda adversus ceteros actio, quod minus ab illo exactum sit, *l. item si* 14. §. *ult. l.* 15. *ff. h. t.* Quamvis diversum obtineat in legis Aquiliæ actione, ubi si plures læserint, ac cum uno agatur, quod conventus præstitit, reliquos non liberat, *l. item Mela* 11. §. *sed si plures* 2. *ff. ad leg. Aquil.* cujus varietatis ea ratio est, quod ex lege Aquilia actio natura sua pœnalis est. §. *his autem* 9. *Instit. de lege Aquil. l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ff. eod. tit.* unde fit, ut reliqui obligati maneant pœnali hac actione postquam jam unus solidum præstitit; cum pœnam a singulis delinquentibus exigi ratio suadeat, *d. l.* 11. §. 2. junct. *l. si communis* 9. *ff. de noxal. action.* At actio quod metus causa naturaliter rei persecutoria est, ex accidenti tantum pœnalis, ex contumacia §. *item actio* 27. *Instit. de action.* uno ergo rem solvente, reliqui liberandi erant; ne bis idem peteretur. D. Noodt *tract. de lege Aquilia cap.* 10. *in med. pag.* 52. Ant. Faber *rational. ad d. l.* 11. §. 2. *ff. ad l. Aquil.* Quod si res ipsa, quæ metu amissa est, perierit, si quidem apud malæ fidei possessorem, ei perit tam ante, quam post litem contestatam, *l. item si* 14. §. *aliquando* 5. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* junct. *l. in re furtiva* 8. §. 1. *ff. de condict. furtiva*, sin apud bonæ fidei possessorem sine dolo & culpa ejus, domino pristino metum passo magis interit ante litem contestatam, *d. l.* 14. §. 5. *ff. h. t.* quin & post litem contestatam, nisi dominus pristinus probare queat, se rem fuisse distracturum, *d. l.* 14. §. *quid si homo* 11. *ff. h. t.* junct. *l. si plures* 14. §. *ult. in fine ff. depositi*, *l. item, si verberatum* 15. §. *ult. ff. de rei vindicat.* post sententiam re pereunte, non rei conventi, sed actoris damnum erit; quippe cui tripli pœna post sententiam ex contumacia potest sufficere: quæ ratio lite etiamnum pendente cessabat, cum usque ad sententiam, secundum ante dicta, reus tripli pœnam evitare possit rei restitutione, nec dici possit, eum restituturum non fuisse, si casu res haud interiisset, *d. l.* 14. §. 11. *ff. h. t.* Sed quia nunc passim quadrupli pœna ex contumacia non amplius obtinet, sed tantum in id, quod interest, condemnatio interponi solet, teste Groenewegio *ad l.* 4. *C. h. t.* rationis est, ut ex tali mora nunc omni modo rei interitus post sententiam contingens condemnato potius nocere debeat, quam metum passo. Hæc vero, quæ de rei interitu dicta, ita obtinent, si non possessor rei per metum amissæ tandem distraxerit, aliove transtulerit oneroso titulo, ante interitum; facta namque tali alienatione, atque ita re semel in pecuniam aliamve rem conversa, non amplius quærendum, quis exitus sit; sed omnino locuples factus videtur, licet postea pecuniam deperdiderit, ac sic tenetur, quasi adhuc rem ipsam metu extortam possideret, *l. si ipsa res* 18. *ff. h. t.*

9. Ceterum ut in aliis restitutionum speciebus, ita & hic eum, contra quem restitutio petenda, indemnem servandum esse, ex iis, quæ *tit.* 1. fuere tradita, manifestum est: pretium saltem & tertio possessori, & ipsi metum inferenti, si ad vendendum coegerit, reddi debere, rescriptum est *l. si vi* 3. *l.* 4. *C. h. t.* aliter quam in rebus furto ablatis receptum est; quippe quis etiam non reddito pretio dominus a quovis possessore vindicandi potestatem habet. *l. incivilem* 2. *C. de furtis*, *l. si mancipium* 23. *C. de rei vindic.* eo quod rei metu extortæ dominium quali quali transit domini voluntate: non item rei furtivæ, ut in *pr. hujus tituli* monitum. Quemadmodum nec pretium restituendum, si quis per impressionem metuens aliquem in officio constitutum, res suas in eadem provincia vel urbe, ubi is tale officium peragit, sub venditionis titulo in eum transtulerit: ita suadente odio, quo digni videntur, qui publica sua sic fuerint abusi potestate, *l. pen. C. h. t.*

10. Ut autem huic restitutioni locus sit, non omnis metus sufficit; sed primo quidem necesse, ut contra bonos mores, adeoque injuste illatus sit: justa enim si subfuerit metus inferendi causa, remedio huic locus non est. Proinde, si libertus contra patronum suum ingratus, cum de suo statu periclitaretur, aliquid patrono dederit vel promiserit, ne in servitutem redigatur, cessat edictum, quia hunc sibi metum ipse infert, *l. si mulier* 21. *in pr. ff. h. t.* Quod multo magis dicendum, si magistratus metum recte intulerit; jure scilicet licito, & jure honoris, quem sustinet, *l. continet* 3. §. 1. *ff. h. t.* arg. *l. injuriarum* 13. §. *si quis quod decreto* 2. & §. *qua jure* 6. *ff. de injuriis*, Brouwer *de jure connubiorum lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 8. sive magistratus ipse tali metu quid jure compulerit dare aut facere, sive tertius; quo fundamento ratum manere debere contractum initum cum eo, quem quis reali in jus vocatione stitit, aut civili custodia curavit includi (*gegeyselt*) neutiquam rescindendum esse quasi metu gestum, notavit Costalius ad *l. qui in carcerem* 22. *ff. h. t.* frustra dissentiente Henrico Kinschoto *respons.* 102. *num.* 13. & *seqq.* (*in editione ann.* 1653. Francis. Kinsch. *respons.* 16. *num.* 13. & *seqq.*) nam quod a Paulo traditum est, nullius momenti esse id, quod cum eo quis gessit, quem in carcerem detrusit, ut quid ei extorqueret, *l. pen. ff. h. t.* non tam de publicis, quam potius de privatis carceribus, jure improbatis accipiendum est, arg. *l. ult.* §. 1. 2. *ff. h. t.* Si tamen per injuriam quid fecerit magistratus, dum forte verberum aut mortis terrore pecuniam extorsit, non dubium, quin, uti injuriarum, sic & hac metus actione conveniri possit; eo quod nec magistratibus licet quid injuriosum facere, magistratus fiducia, *d. l. continet* 3. §. 1. *l. ult.* §. *ult. ff. h. t. l. pen. C. h. t.* arg. *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injuriis.* Quin & metum justum, id est, juste illatum, recte dixeris, quem hostis hosti infert; cui consentaneum, ut bello captus ea solvat, ad quæ promittenda terrore hostili & armis compulsus fuit; cum istas conventiones jus belli tueatur, Wissenbach. *ad Pand. h. t. num.* 22. *in fine*, Grotius *de jure belli ac pacis libr.* 3. *cap.* 19. *num.* 11. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 18. Denique juste illatus metus est, si quis ipse prius metum passus, in continenti (non ex intervallo) metum intulerit, atque ita vel res metu amissas recuperaverit, vel ab obligatione fuerit liberatus. Idemque est, si non ille, qui metum passus est, sed tertius mox metum intulerit, quo metum passus res metu amissas recuperaret: cum enim liceat vim vi repellere, ac passus sit metum, quem prius ipse fecit, conqueri jure nequit de amissis metu, quas prius ipse metu illicito, & nullo jure fuerat consecutus, *l. sed & partus* 12. §. *quæri* 1. *ff. h. t. l.* 1. §. *vim vi* 27. *l. quod est.* 3. §. *eum igitur* 9. *ff. de vi & vi armata*,

11. Sed & secundum metum oportet justum esse, id est, satis gravem, qualis qui merito & in hominem constantem cadit: neque enim vani timoris ulla excusatio est, *l. metum autem* 6. 7. *ff. h. t. l. vani timoris* 184. *ff. de reg. juris*, nec sufficit, quolibet terrore adductum timuisse, *l. metus* 3. *ff. ex quibus causis majoris*. Ut tamen pro ratione ætatis, ac sexus, conditionisve personarum æstimandum sit, qui satis gravis metus dici debeat; unde & hujus rei, quis nempe metus sufficiens sit, disquisitio ac arbitrium judicis est, *d. l.* 3. Menochius, *de arbitr. judic. lib.* 2. *casu* 135. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 93. *num.* 7. 8. 9. Brouwer *de jure connubiorum lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 6. 7. Sane, ut nulli dubium, quin metus mortis, perdendæ sanitatis, vulnerum, stupri, servitutis, vinculorum, carceris illiciti & privati sufficiens sit, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 7. §. 1. *l.* 7. §. 1. 2. *l.* 22. *l.* 23. §. 1. & *passim ff. h. t. l. si medicus* 3. *ff. de extraord. cognit.* 1. *interpositas* 13. *C. de transaction.* sive illum quis in se sive in liberis suis patiatur; cum pro affectu parentes magis in liberis terreantur, *l. isti quidem* 8. §. *ult. ff. h. t.* arg. *l.* 1. §. 4. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis*, §. *ult. Inst. de noxal. act.* sive etiam in uxore sua; cum & per uxorem marito injuriam inferri constet, §. *patitur* 2. *Instit. de injuriis*, *l.* 1. §. *item* 3. *l. eum, qui* 18. §. *pen.* & *ult. ff.* de *injuriis*, ita ex adverso expeditum illud, metum reverentialem huic restitutioni locum non facere, arg. *l. si patre cogente* 22. junct. *l. non cogitur* 21. *ff. de ritu nuptiar. l. neque ab initio* 14. *C. de nuptiis*. Nam quod velle non creditur, qui obsequitur imperio patris, ut tradit Ulpianus in *l. velle* 4. *ff. de regul. juris*, id ad voluntatem omni ex parte liberam pertinere, ex *d. l.* 22. satis manifestum est. Nec aliud dicendum de metu reverentiali uxoris erga maritum, arg. *l. ult.* §. *si quis aliquem test. prohib. l. ult. C. eod.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 117. *n.* 4. Nisi tamen metus reverentialis fines excedens pater aut maritus minis gravioribus, injecto exhæredationis terrore, aliisque similibus, filium filiamve ad contrahendum adegisse probari possit, arg. *l.* 1. §. *quæ onerandæ* 5. 6. *ff. quarum rer. actio non datur*, arg. *l.* 1. §. *interdictum hoc* 43. *ff. de vi & vi armata*, *cap. ex litteris* 11. *extra, de desponsatione impuberum*. Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 60. *pag.* 201. *inf.* & *seqq. incipit A. getrowt synde*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 147. *n.* 15. 18. & *observ.* 93. *num.* 22. & *seqq.* Beroldus *delibatis juris ad Pand. h. t. num.* 6. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 21. Brouwer *de jure con. lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 14. & *seqq.* eo fere modo, quo & rescriptum est, dignitatem adversarii senatoriam non sufficere ad metum arguendum, per quem dicebatur contractum esse, *l. ad invidiam* 6. *C. h. t.* cum tamen infirmandæ fuerint venditiones, donationes, transactionesque, quæ per impressionem eorum, qui in officio constituti, & per potentiam exortæ sunt, *l. pen.* & *ult. C. h. t.*

12. Sic nec metus infamiæ ad restitutionem impetrandam satis gravis est, *l. nec timorem* 7. *ff. h. t.* sive enim juris infamiam consideres, frustra quis eam a privato sibi inferri timet, cum hæc non nisi lege, edicto, aut sententia irrogetur: sive eam, quæ facti est, nec tunc ab unius hominis privati arbitrio dependere potest ejus irrogatio; sed magis ex præcedente turpi facto, per jus non notato, penes viros graves & honestos oneratur existimatio ejus, qui facti turpis auctor est, ut dictum *tit. de his, qui not. infamia*, viro itaque honesto triste quid inferri potest, infamia non potest, quæ factum turpe prærequirit. Solidius hominis innocuo sua constat apud bonos existimatio, quam ut a calumniatore maligno concuti re ipsa ac subverti possit. Quibus non repugnat, quod vulgo colligitur ex *l. isti* 8. §. *quod si* 2. *ff. h. t.* viris honestis infamiæ metum majorem esse debere, quam metum mortis. Quamvis enim facile concesserim integritati famæ unumquemque bonum studere oportere; non tamen in nostra quæstione id in usum venit, ubi frustra infamiam timeri dictum, quam nullus infligere privatus potest. *Scio* (inquit Seneca de consolat. ad Helviam *cap.* 15. *in fin.*) *quosdam dicere, contemtu nihil esse gravius: mortem ipsi potiorem videri. His ego respondebo, & exilium sæpe omni contem.ione carere. Si vir magnus cecidit, magnus jacuit. Non magis illum contemni, quam cum ædium sacrarum ruina calcantur, quas religiosi æque ac stantes adorant.* Et paulo ante eodem capite: *plus etiam quam ignominia, est mors ignominiosa. Socrates tamen eodem illo vultu, quo aliquando solus triginta tyrannos in ordinem redegerat, carcerem intravit, ignominiam ipsi loco detracturus: neque enim poterat carcer videri, in quo Socrates erat. Quis usque eo ad conspiciendam veritatem excæcatus est, ut ignominiam putet Marci Catonis fuisse, duplicem in petitione præturæ & consulatus repulsam? ignominia illa præturæ & consulatus fuit, quibus ex Catone honor habebatur.* Sed nec prætereundum, in *d. l.* 8. §. 2. non de metu infamiæ sermonem esse, sed magis de stupro per violentiam intentato; ad quod avertendum si quid datum sit, ad infamiam redimendam non pertinet; cum vi stuprata nullam sive juris sive facti ignominiam subeat, in qua nulla culpa, factum turpe nullum est; quamque ob id & miseram & infelicem recte dixeris, infamem non æque, *l. fœdissimam* 20. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Nec est, quod quis urgeat, justum ad restitutionem obtinendam servitutis timorem esse, *l. ego puto* 4. *ff. h. t.* cum tamen servitutem privatus imponere nequeat homini libero ingenuoque, nisi libertus ingratus esset, qui tunc uti jure servitutem timet, ita nec, si ad eam evitandam quid dederit promiseritve, restitui posset, *l. si mulier* 21. *pr. ff. h. t.* Etenim quo sensu servitutis metus in *d. l.* 4. dicatur justus, & ipsam servitutem injustam merito quis extimescere possit, debeat, colligere licet ex *l. isti* 8. §. *si is* 1. *ff. h. t. Si is* (inquit Jurisconsultus) *accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interversurus est nisi dem; non dubitatur, quin maximo metu compellar; utique, si jam in servitutem petor, & illis instrumentis perditis liber pronunciari non possum.*

13. Similiter nec satis gravis est metus vexationis alicujus, *l. nec timorem* 7. *ff. h. t.* nec timor accusationis intentatæ vel intentandæ *l. accusationis* 10. *C. h. t.* nisi accusationem simul & vincula præsentia potens adversarius minatus sit, *l. ult.* §. *si justo* 1. *ff. h. t.* nec, si quis contraxerit, ne offenderet in honore positum, qui poterat vel munus publicum invito imponere, vel impedire, ne honor decerneretur, arg. *l. ad invidiam* 6. *l. cum te domus* 8. *C. h. t.* neque enim injuria est, aut onus imponi, aut impediri honorem, arg. *l. injuriarum* 13. §. *si quis de*

honoribus 4. & 5. *ff. de injuriis*. Non etiam solæ minæ hic sufficiunt, nisi capitales sint, &, qui minatur, exsequi eas vere possit, ac exsequi jam ante solitus sit: metum enim non jactationibus tantum, vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit, *l. si donationis* 7. *l. metum* 9. *C. h. t.* adeo ut ne ad majestatis quidem crimen constituendum sola comminatio sufficiens sit; sed potius persona dicatur spectanda esse, an potuerit facere, & an ante quid fecerit, & an cogitaverit, & an sanæ mentis fuerit; ne lubricum linguæ ad pœnam facile trahatur, *l. famosi* 7. §. *pen. ad l. Jul. majestatis*. Interim adversus minarum jactationes id usu receptum est, ut inde metuens, implorato judicis auxilio, cautionem de non offendendo exigat a minarum auctore, datis fidejussoribus vel pignoribus arbitrio judicis interponendam; de qua plenius vide Andr. Gayl. *de pace publica lib.* 1. *cap.* 2. & 3. Denique nec sola mali suspicio, quam quis concepit, huic restitutioni locum facit. Unde, si fundum meum dereliquero, audito quod quis cum armis veniret, edicto huic locum non esse, et interdictum unde vi cessare, Labeo existimavit; quoniam non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi, sed profugi, *l. metum* 9. *in pr. ff. h. t.* sive armati nulli re ipsa veniebant, sive veniebant quidem, sed alio tendebant, *l. quod est* 3. §. *si quis autem* 6. & 7. *ff. de vi & vi armata*, plane si et venerit, et fundum meum occupaverint, edicto huic æque ac interdicto unde vi locus foret, *d. l.* 3. §. 7. multoque magis, si demum dereliquerim fundum, postquam jam eundem ingressi fuissent armati, *d. l.* 9. *ff. h. t.* Pugnare interim videtur cum hisce id, quod a Juliano traditum, *vi dejectum videri dominum fundi, qui cum homines armatos venientes existimaret, profugit; quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit*, *l. non solum* 33. §. *si dominus* 2. *ff. de usurpat. & usucapion.* Conciliationis quidem viam emendatione tentat Cujacius, et post eum Ant. Faber *in rationalibus ad l.* 6. *pr. ff. h. t.* pro *existimaverit* legentes *extimuerit*; quasi timuerit eos non absentes sed præsentes, nec alio tendentes, sed ad se venientes. Malim tamen retenta lectione verbum illud *videri in d. l.* 33. §. 2. accipere velut notam improprietatis, ut nempe dejectus quidem videatur, vere autem dejectus non sit; quo sensu verbum *videri* et in jure et probatos apud auctores frequenter occurrere, tralatitium est.

14. Non autem metum satis gravem, velut mortis vulnerum, allegasse sufficerit, neque in dubio præsumitur, terrorem incussum esse, dum quisque bonus creditur, donec contrarium apparuerit, *l. ult. pr. ff. h. t.* maxime, si amicis intervenientibus negotium gestum fuerit, *l. transactionem* 35. *C. de transact.* sed probatione opus est, quæ imponenda ei, qui metum sibi illatum ait, sive actione metus agat ipse, sive metus exceptione se tueatur; tum quia affirmanti incumbit probandi onus; tum etiam, quia et actor fundamentum intentionis suæ, et reus exceptionis veritatem, actoris instar, docere debet, *l. metum* 9. *C. h. t.* arg. *l. qui accusare* 4. *C. de edendo*, junct. *l.* 1. *ff. de exceptionibus*, *l.* 2. *ff. de probation.* Quibus vero modis probari possit, metum illatum esse, et de protestatione, quod metu coactus contraxerit aut contracturus sit, vide Mascardum *de probation. conclus.* 1056. 1057. 1058. responsa JCtor. Holland. *part.* 5. *consil.* 60. *pag.* 201. *inf. et seqq. incipit Aengetroout synde*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 93. *n.* 14. 15. 16. 17. & *seqq.*

15. Perpetuum tamen non est, ut per actionem quod metus causa rescindantur, quæ justo seu satis gravi metu incusso gesta sunt; dum quandoque ipso jure nulla sunt; quandoque ex adverso plenissimam retinent firmitatem; quandoque rescissione non egent, eo quod metus illatus nullum alteri intulerat detrimentum. Ipso jure nulla est extorta per metum dotis promissio, *l. si mulier* 21. §. *si dos* 3. *ff. h. t.* nuptiæ, *l. neque ab initio* 14. *C. de nuptiis*, libertatis datio, si ipse servus vel populus dominum coegerit, *l. ille servus* 9. *l. si privatus* 17. *ff. qui & a quibus manumissi liberi non fiunt*, sin hoc egerit privatus extraneus, libertas quidem servo salva est, sed dominus contra cogentem ita restituitur, ut pretium quadruplicatum cogens præstet: eoque sensu verum esse puto, et intelligendum, quod in *l. metum* 9. §. *idem* 2. *ff. h. t.* scriptum est, *quosdam bene putare, etiam servi manumissionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem hujus edicti porrigendam esse.* Quod enim ipsa libertas rescindenda non sit, et ea ratione nulla restitutio adversus manumissum possit locum habere parte ex *l. & eleganter* 7. *in fine principii ff. de dolo malo*, *l. si ex causa* 9. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*; nisi minor ex magna causa hoc a Principe fuerit consecutus, *l.* 10. *ff. eod. tit. de minor.* Ratio autem, cur nuptiæ, dotisque promissio, ac datio libertatis, propter metum magis ipso jure nulla sint, quam actione metus rescindenda, non improbabilis ea est, quod, si semel subsisterent hæc summo jure, maximus ille, qui in ipsis ac pro ipsis militat favor, facile impediret eorum rescissionem, arg. *l. si dolo acciderit* 24. *ff. de dolo d. l. si ex causa* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. de minor.* 25. *annis*. Legislatores scilicet, cum ingentem animadverterent nuptiarum, libertatis, dotium favorem; neque tamen æquitatis ratio ullatenus permitteret, eo usque porrigi istiusmodi favores, ut sub eorum obtentu alii sine sua culpa in manifesto hærerent damno; satius putatur, impediri ab initio quasi nativitatem libertatis nuptiarum, obligationis ac dotem, quam harum semel natarum rescissionem concedi: eo modo, quo lex Ælia Sentia maluit mox a principio impedire libertatem in fraudem creditorum datam, *pr. Instit. quib. ex caus. manumitt. non licet*, cum alioquin alienatio in necem creditorum non ipso jure nulla sit, sed Pauliana debeat aut rescissoria actione retractari.

16. Plenissimam, non obstante metu justo, firmitatem retinent metu gesta, quoties qui ea ex intervallo liberaque voluntate sine ulla coactione rata habuit; quod vel tacite fieri potest vel expresse: tacite rebus ipsis & factis, dum id, ad quod ab initio ex metu obstrictus fuerat, postea extra metum positus sponte solvit, atque ita libero corroboravit consensu, *l. cum te* 2. *l. si per vim* 4. *C. h. t.* adde *cap. perlatum* 1. *extra, de his quæ vi, metusve causa fiunt* &c. Idemque est, si vel sponte postea fidejussores aut pignora dederit in securitatem obligationis metu extortæ, vel liber ab omni timore dilationem petierit ad solvendum id, quod metu promiserat; cum & sententiam contra se latam comprobasse censeatur, qui dilationem petiit, sic ut ob id ei pereat ap-

pellandi facultas, etiam ante decem dierum lapsum *l. pen. C. de re judicata.* Sed &, si in stupro puellæ deprehensus sponsalia contrahere metu mortis vulnerumve a patre puellæ aliisve coactus fuerit, deinde vero dimissus, suæque factus potestatis, identidem in ejusdem puellæ ruat amplexus, non alia, quam spontanea sponsaliorum primitus metu extortorum comprobatio, liberque in nuptias futuras consensus ex tali facto concipi poterit. Vide Brouwer *de jure connub. l.* 1. *cap.* 17. *n.* 10. Non tamen consensum & ratihabitionem tacitam inducit, quod metum passus non in querimoniam deduxerit, seu protestatus fuerit, se metu quid gessisse, quamprimum id tuto fieri per eum potuit, sed siluerit. Non enim hujusmodi protestationem jura requirunt, eo solo contenta, quod metum passus actionem intra quadriennium a metu illato instituat, ac ad finem perducat, juxta tradita *tit.* 1. aut ex negotio metu gesto conventus, tunc, cum convenitur, alleget, doceatque metum, arg. *l.* 1. *C. de condict. ob turp. causam*, sic ut rectius hanc conjecturam admiseris, siluisse eum, qui metum passus erat, quod sciret, jus suum ad irritanda, quæ metu gesserat, durare toto tempore per leges indulto, arg. *l. sicut* 8. *§. non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvit.* maxime, quum in querimoniam deducendo metum non potuerit infirmare metu gesta, sed tantum actione vel exceptione in judicio proposita. Vide Responsa Juriscons. Holl. *part.* 5. *consil.* 157. *pag.* 462. 463. Expresse ratihabitio fit, cum solemniter post metum cessantem renunciat actioni quod metus causa aut juri omni, quod in illam rem habeat, quam primitus incusso terrore tradere coactus erat: quasi purgato isthac ratione & sublato vitio metus. Nec opus est, ut prius in potestatem ejus, qui metum passus est, redierit naturalis rei, per metum amissæ possessio, ut perperam nonnulli colligunt ex *§. aliquando* 8. *Instit. de usucapion.* non enim illic dicitur, *non nisi reversa re vitium purgari*, sed exempli causa, purgari scilicet aliquando vitium *veluti si in domini potestatem reversa sit*, non tamen exclusis modis aliis; cum sufficiat etiam sine traditione venditio aut transactio cum fure de re furtiva interposita, & in universum consensus omnis domini in id, ut alter teneat, quod primo vi, furto, metuve fuerat occupatum, *l. certe* 6. *§. Julianus* 3. *de precario*, *l. quamvis* 84. *ff. de furtis*, *l. si fur* 32. *pr. ff. de usurpat. & usucapion.* Neque contrarium jure Canonico cautum est in *cap. solicite* 2. *extra, de restitutione spoliat.* cum potius caput illud intelligendum sit de casu, quo non satis liquido de spontanea constat renunciatione: si enim ea fuisset manifesto probata, inepta sane fuerint ea Pontificis verba; *quia non est verisimile, quod sponte juri suo renunciaverit, qui renunciavit spoliatus*; cui consequens erat, ut, si spontanea renunciatio appareat, rata quoque sit, ex generali regula, qua suo quisque juri licite renunciat, *l. pen. C. de pactis.* Vide responsa Juriscons. Holland. *part.* 5 *consil.* 156. *pag.* 450. *in med.* & 451. & *consil.* 157. *pag.* 461. & *seqq.* Quod si ipso metus illati tempore vel etiam ex intervallo, renunciatio per metum extorta fuerit, non libere interposita, non dubium, quin restitutioni adhuc locus supersit, arg. *l. cum te non solum* 2. *in fine C. b. t.* Nec eam impediet, quod metum passus jurejurando, itidem per metum interposito, firmaverit metu gesta, aut restitutionis renunciationem: sive enim jus civile spectes, jusjurandum non solet majorem addere negotio firmitatem; sed potius sequitur naturam actus, cui apponitur, *l. non dubium* 5. *in fine C. de legibus*, *l. juris gentium* 7. *§. & generaliter* 16. *ff. de pactis*, sive mores hodiernos; facile hujusmodi sacramenti metu extorti relaxatio impetratur; ne ex suo scelere lucretur, qui metum fecit. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 157. *pag.* 464. 465. & *seqq.* Gayl. *lib.* 2. *observ.* 42. quamvis in foro poli obstrictum manere debere eum, qui metu gesta jurisjurandi religione firmavit, multis placeat: seb de his latius *tit. de jurejurando.*

17. Rescissione opus non est, eo quod per metum illatum nulla metum passo læsio facta est; quoties qui metu posteriore in continenti illato reddere coactus est, quæ paulo ante ipse, incusso terrore, contra jus acquisiverat, ut ante dictum ex *l. sed & partus* 12. *§.* 1. *ff. b. t.* vel cum perpetua exceptione quis tutus esset, creditorem coegerit acceptum sibi facere, *l. item si* 14. *pr. ff. b. t.* vel debitori suo metum creditor intulerit, ut solveret, quod vere erat debitum, *l. sed & partus* 12. *§. ult. ff. b. t.* cum enim natura actionis quod metus causa damnum requirat, quod reparari possit, neque hisce in casibus quicquam obsit metum passo, cessare debuit hoc edictum, *d. ll.* Unde & si quis quadraginta debens, metu adactus fuerit ad promittenda ac solvenda trecenta; non trecentorum, sed tantum ducentorum & sexaginta, quadruplum ex contumacia consecuturum, responsum est, *l. item si* 14. *§. pen. ff. b. t.* Quibus autem in casibus cessat damni illatio, & ita metus causa actio: non tamen ideo vis & metus impunita sunt; nam & pœna legis Juliæ de vi locum habet, prout vel publica vel privata intervenerit violentia, *d. l.* 12. *§. ult. l.* 13. *ff. b. t.* & qui debitorem metu ad solvendum constringere tentaverit, jus crediti amittit, *l. extat* 13. *ff. b. t.* Et quamvis moribus nostris ille juris rigor mitigatus sit, quod auctoritate privata occupans debitoris bona, aut debitum injecto terrore extorquens, atque ita sibi jus dicens, jus crediti non amittit; tamen ad id, quod interest, adversario vim passo tenetur, pro modo violentiæ extra ordinem arbitrio judicis insuper coercendus, Covarruvias *variar. resolut. libr.* 3. *cap.* 16. *n.* 7. Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 35. *defin.* 11. 12. Louet *en ses arrests, lit. R. arrest.* 48. *dureceld &c. in med.* Christinæus *vol.* 2. *decis.* 184. *numer.* 4. Groenewegen *ad l.* 13. *ff. b. t. & ad §.* 1. *Instit. de vi bonor. rapt.* Wassenaar *pract. judic.* 14. *n.* 15. 16.

18. Ceterum, licet actio quod metus causa intra quadriennium intentanda sit; id tamen non aliter obtinet, quam quatenus intra illud spatium ex contumacia in quadruplum crescere potest: in simplum enim, seu ad ipsius rei restitutionem causa cognita perpetuo, id est, totis triginta annis, agi potest per eum, qui metu conterritus rem suam amisit, *l. si per vim* 4. *in fine C. b. t. l. item si* 14. *§. si quis* 1. *ff. b. t.* eoque sensu a Paulo traditum, Prætorem id, quod metus causa gestum fuerit, nullo unquam tempore ratum habiturum, *l. si mulier* 21. *§.* 1. *ff. b. t.* & quia adversus hæredes ejus, qui metum fecit, actio hæc in id tantum datur, quod ad eos pervenit; hinc & in hæredes eam perpetuo dari con-

stat, *l. videamus* 17. *in fine*, *l. quod autem* 19. *ff. h. t.* Cumque nostris moribus hæc actio non amplius in quadruplum ex contumacia contra quemquam detur, sed tantum in simplum, adeoque non pœnalis, sed rei persecutoria sit, quemadmodum & doli actio, utramque etiam triginta annis nunc durare, uti rationi juris conveniens est, ita servatur, sic ut ob minorennitatem quidem restitutio adhuc intra quadriennium petenda sit; ex metu vero vel dolo non item; teste Hug. Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 48. *nu. ult.* Groenewegio *ad l.* 4. *C. h. t.* & *ad l. ult. C. de dolo.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 41. *num.* 8 & *cap.* 42. *num. ult.* Qua autem ratione hæc conveniant cum iis, quæ de restitutionibus intra quadriennium petendis, aut de postulanda post quadriennium adversus lapsum temporis simul & adversus principale negotium redintegratione, a pragmaticis vulgo traduntur, & *tit.* 1. sunt enarrata, vix est, ut explicetur; nisi forte dicendum fuerit, quadriennium, aut aliud tempus moribus vel statutis definitum (veluti decennium in Belgio Hispanico alibique) observandum esse, quoties ob metum vel dolum desideratur ipsa negotii summo jure validi rescissio, & plena instauratio; triginta vero annorum spatium admitti, ad id, ut quis ob metum dolumve consequatur, quanti sua interest, se ex illato dolo aut incusso terrore rem non amisisse translatione ipsius rei in suo vigore perdurante.

TITULUS III.

De Dolo Malo.

SUMMARIA.

1. *Dolus vel bonus vel malus est, vel ex re, vel ex proposito.*
2. *Dolus non præsumitur, sed probandus; quibus modis probetur?*
3. *Si dolus causam dederit contractui bonæ fidei, is ipso jure nullus est, nec transit dominium, nec opus restitutione; agi tamen potest ad id, quod interest. Satisfit objectionibus.*
4. *Si dolus inciderit in contractum bonæ fidei, non datur doli actio, sed ex ipso contractu.*
5. *Quid juris, si tertii dolus intervenerit in negotio bonæ fidei?*
6. *Si dolus causam dederit negotio stricti juris, vel in illud inciderit, negotium non est ipso jure nullum, sed rescindendum.*
7. *Ratum manet negotium omne dolo gestum, si ita velit is, qui dolum passus est.*
8. *Quid sit doli actio? quibus detur? non ei, qui ipse in dolo fuit; nec ei, qui adversarii dolum scivit.*
9. *Contra quos detur? de dolo procuratorum, tutorum, decurionum. Quid si plures dolum fecerint?*
10. *Non contra tertios possessores. An contra parentes, patronos & heredes eorum, an contra honoratos? quo modo verbis actio temperanda sit ut* bona fidei *mentio fiat?*
11. *Ad quid tendat doli actio?*
12. *Intentanda intra biennium. Actio tamen in factum in id, in quo alter locupletior factus est, perpetuo durat, contra heredes. Quid moribus?*
13. *Quibus casibus cesset doli actio? an ei locus, si alia actio aliudve remedium supersit, cum quibus actionibus possit concurrere?*
14. *Non concurrit doli actio cum indebiti condictione, nec cum condictione causa data &c. nec cum actione præscriptis verbis.*
15. *Nec cum aliis actionibus ad promissum animal competentibus, si illud ante vel post moram occisum sit.*
16. *Nec cum actione tutelæ, aut restitutione ex capite minorennitatis.*
17. *Nec cum actione ex testamento.*
18. *Nec cum actione judicati.*
19. *Nec cum pristina actione, si actor dolo rei inductus, quasi nihil deberetur, consenserit in rei absolutionem.*
20. *Nec cum actione ad exhibendum aut rei vindicatione.*
21. *Nec cum actione depositi aut legis Aquiliæ.*
22. *Nec cum actione negotiorum gestorum.*
23. *Nec cum condictione ob causam datorum ex contractu* do ut des, *vel* do ut facias.
24. *Hodie doli actio perpetuo durat.*

1. Dolum Jurisconsulti haud inconcinne distinxerunt in *bonum* & *malum*. *Bonum* dixerunt, qui vel in universum a jure probatus erat; veluti, cum adversus hostem latronemve solertia adhibetur, *l.* 1. §. *non fuit* 3. *ff. h. t.* vel non probatus quidem, sed tamen impunitus ac toleratus; quo pertinet, quod ab Ulpiano dictum, in pretio emtionis & venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire, *l. in causæ* 16. §. *pen. ff. de minor.* 25. *annis*, *l. item si* 22. §. *ult. ff. locati*, adde *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* *Malum dolum* dupliciter considerarunt; alium nempe, qui ex re ipsa est, ac in læsione immodica consistit, etiam sine concurrente lædendi proposito, si initium negotii respicias, quo casu *res ipsa in se dolum habere* dicitur, *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verbor. obligat.* Alium ex proposito, in quo adest lædendi animus: qui ideo etiam a culpa distinctus est, quippe quæ magis dici potest factum inconsultum, quo alteri nocetur: cum ex adverso dolus ille ex proposito & in specie consideratus, sit calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita, *l.* 1. §. *dolum* 2. *ff. h. t.* seu cum alterius circumscribendi causa aliud agitur, & aliud agi simulatur, *l. juris gentium* 7. §. *dolo malo* 9. *ff. de pactis*, Cicero *lib.* 3. *ante med. de officiis*, ubi & memorabile calliditatis insignis exemplum exhibet in Cajo Canio equite Romano, circa hortulorum emtionem per venditorem Pithium circumscripto.

2. Fit autem dolus vel in contractibus vel in testamentis, vel in legibus, *l.* 1. §. *ult. ff. de doli mali & met. except.* *l. fraus* 30. *ff. de legibus.* Sed uti metus non erat præsumendus, verum probandus secundum tradita *in tit. præced.* ita & in dolo idem obtinet, *l. quotiens* 18. §. *qui dolo* 1. *ff. de probation.* quem tamen, cum in mente resideat, non aliunde rectius, quam ex qualitate facti æstimari, adeoque ex circumstantiis colligi, rescriptum est, *l. ad rescindendam* 4. *l. si voluntate* 8. *l. dolus emtoris* 10. *C. de rescindenda vendit.* *l. dolum* 5. *h. t.* Quæ vero illa sint indicia, quæ factorum qualitates, ad dolum

arguendum sufficientes, vide plenius apud Menochium *de præsumtion. lib.* 5. *præsumt.* 3. Mascardum *de probation. conclus.* 531. 532. 533.

3. Dolo tamen probato, non idem semper effectus est: etenim vel causam dare potest contractui, vel tantum in contractum incidere. Causam dare contractui dicitur dolus, cum animum contrahendi non habens ad contrahendum inducitur, nullatenus contracturus, si dolus defuisset. Incidere vero in contractum tunc censetur, cum quis sponte quidem contrahit, sed in modo contrahendi, velut in pretio aut aliter decipitur, *l. & eleganter* 7. *ff. h. t.* Si dolus causam dederit contractui bonæ fidei, is ipso jure nullus est, ut restitutione opus sit, *d. l.* 7. *ff. h. t. l. in causa* 16. §. 1. junct. *pr. ff. de minor.* 25. *annis, l. pupillus* 5. §. *item ipse* 2. *ff. de auctorit. tut. l. ea vero* 3. §. *ult. ff. pro socio, l.* 1. §. *si libertatis* 7. *ff. quarum rerum actio non datur.* Cumque id, quod nullum est, nullum possit effectum producere: consequens est, ut neque dominium neque jus ullum aliud ex subsecuta ad negotium nullum traditione possit videri in emtorem translatum: nunquam enim nuda traditio dominium transfert: sed ita, si venditio aut alia aliqua justa causa, eaque valida præcesserit, propter quam traditio sequeretur, *l. nunquam* 31. *ff. de acquir. rer. domin.* arg. *l. hac ratio* 3. §. *sciendum* 10. & 11. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Et sane, si per traditionem ex titulo tali, qui nullus est, vel qui credebatur præcessisse, cum non præcessisset, ne usucapiendi quidem facultas in accipientem transferatur, *l.* 1. §. 1. 2. *ff. pro donato, l. Celsus* 27. *ff. de usurp. & usucap.* ac ne quidem in hac facti specie, in qua dolus causam dedit contractui, *d. l.* 5. §. 2. *ff. de auctorit. tut.* quonam, obsecro, jure posset dominium transire. Si quid traditio ad contractum ipso jure nullum subsecuta operatur, non tamen aliud, quam ut nuda possessio naturalis, quæ facti est, in accipientem transferatur, arg. *l.* 1. §. *si vir uxori* 4. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Unde & tales, qui ex titulo nullo tenent, dicuntur possidere, *l nec ullam* 13. §. *omnibus* 1. *ff. de petit. hæredit.* Porro, dominio non translato, dubium esse nequit, quin dolum passus ordinario jure rem suam non ab eo tantum, qui dolum fecit, sed & a quovis bonæ vel malæ fidei possessore possit ex jure dominii vindicare, toto tempore rerum mobilium aut immobilium vindicationi per leges aut mores præfinito; (cum ex adverso doli actio non contra quemvis possessorem detur, sed solum dolosum, ut postea tradetur) quæ sententia etiam rebus judicatis in Hollandia firmata est. Neostadius *Curia supr. decis.* 5. Groenewegen *ad Grotii manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 48. *num.* 15. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 2. Sim. van Leeuwen *cens. for. part. lib.* 4. *cap.* 45. *n.* Wassenaar *pract. jud. cap.* 2. *n.* 46. Nec contrario probari potest ex *l. si res* 12. §. 1. *ff. de jure dot.* ubi mulier circumventa in eo, quod servum marito in dotem dederat, dicitur actura ad id, ut servus sibi restituatur. Non enim negat Jurisconsultus dationem in dotem inutilem esse, sed cum possessio in maritum esset translata, mulierem ait jure acturam, ut sibi servus restituatur, cujus possessio nullo jure valide fuerat in maritum translata. Quod vero rescriptum est, Præsidem provinciæ jussurum, ut per dolum facta venditio rescindatur, *l. si dolo* 5. *C. de rescind. vend.* id itidem non perperam de retractione implementi, seu traditionis, ad venditionem nullam insecutæ, acceperis: aut, si de emptione nondum per traditionem impleta legem intelligas propter finalia verba ejus, novum non est, ut rescindi in jure nostro dicatur, quod ipso jure nullum esse, aliunde constat: nam & venditione prædii pupillaris factam contra Divi Severi orationem, Præsidis sententia non immerito rescissam esse traditum, *l. etsi is* 9. *C. de præd. & aliis reb. minor.* quam tamen re ipsa nullam fuisse, sic ut rei alienatæ vindicatio permissa fuerit, expeditum est, *l. magis puto* 5. §. *si æs alienum* 14. & 15. *ff. de rebus eorum, qui sub tut. vel cura sunt decr. non alien.* Idemque judicium esto de *l. ex empto* 41. §. *si quis virginem* 5. *ff. de act. emti,* ubi emtori, mulierem pro virgine ementi, dicitur ex emto dari actio ad resolvendam emtionem, cui tamen dolus venditoris causam dederat, dum sciens emtorem errare passus est. Resolvitur enim venditio, quæ ipso jure nulla erat, eatenus, quatenus traditio & pretii numeratio jam subsecuta erat, ideoque in ipsa lege dicitur actio danda, *ut pretio restituto mulier reddatur*, nam ut nemo, ita nec emptor sibi jus dicere poterat, ac privatim pretium solutum extorquere; sed in judicio, & in casu nostræ legis actione ex emto, opus erat ad ea recuperanda, quæ ex contractu nullo erant possessione tenus translata, &, quantum quidem ad nummos attinet, forte jam expendendo consumta. Minus hanc premit sententiam *l. dolus* 10. *C. de rescind. vendit.* Cum enim illis in sola pretii quantitate læsio acciderit dolo adversarii; apparet satis, dolum non tam causam dedisse contractui, quam potius in emtionem incidisse, non eo pretio contrahendum, si dolus defuisset: unde & dominium rei sic emtæ in emtorem, & rursus per hunc in secundum emtorem translatum fuisse, asseritur, quod non esset, si dolus dedisset emtioni causam, ut antea dictum. Licet autem ob dolum causam dantem contractus bonæ fidei nullus sit; tamen, si ex tali contractu læsionem sustinuerit, qui dolo circumventus erat, actionem ex ipso illo contractu nullo est habiturus, ad id, quod interest, se circumscriptum non esse: eo modo, quo & ex emto agitur adversus eum, qui sciens rem sacram pro profana distraxit ignoranti; quamvis & tunc contractus æque nullus sit, §. *ult. Instit. de emt. vendit. l. qui officii* 62. §. *a. ff. de contrah. emt. d. l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* §. *ff. de act. emti.*

4. Quod si in bonæ fidei contractum dolus inciderit; neque ipso jure nullus est contractus, neque actioni famosæ doli locus est; sed magis ex ipso illo contractu bonæ fidei actio datur, *l. & eleganter* 6. §. *non solum* 3. *in fine, l. si quis affirmaverit* 9. *pr. ff. h. t. l. Julianus* 13. §. *si venditor* 4. §. 5. & 5. *ff. de act. emti, l. in vendendo* 66. §. 1. *ff. de contrah. emt.* eo quod contractibus bonæ fidei semper ipso jure inest actio & exceptio doli; adeoque dolo probato, absolutio excipientis sequetur, aut agenti causa redintegrabitur, arg. *d. l.* 11. §. 5. *ff. de act. emti.* Neque hisce contradicit Ulpianus in *l. quod venditor* 37. *ff. h. t.* Cum legis illius sententia non hæc sit, quod detur contra venditorem hæc actio famosa doli; sed magis ibi quæstio est, an, si a venditore non commendandi, sed decipien-

di gratia quid dictum sit, locus sit actioni ædilitiæ redhibitoriæ vel quanti minoris, quasi ex dicto promissove; (ex quo dicto promissove ædilitas dari actiones constat ex *l. si quid venditor* 18. *l. sciendum* 19. §. 1. 2. 3. 4. *ff. de ædil. edicto*) & respondetur, non esse ex dicto promissove actionem; idque, quia venditor non eo dixit animo, ut præstaret, neque quicquam promisit: quod tamen requirebatur ad id, ut quis edicto promissove posset ædilitia actione teneri, *d. ll.* Quia tamen dixit venditor decipiendi animo, & ita in dolo fuit, danda dicitur *de dolo actio*, id est, danda est propter illum dolum actio, & quidem ex emto seu ex ipso contractu, in quantum actioni ex emto inest de dolo actio; quo fit, ut famosa ac subsidiaria doli actio danda non sit, *d. l.* 7. §. 3. *in fine ff. h. t.* Major difficultas est in *l. dolus* 10. *C. de rescind. venditione*, in qua cum sermo esset de dolo in contractum emtionis incidente, (ut paulo ante demonstratum) subjungitur, ei qui dolo deceptus est, contra illum, cum quo contraxerat, *in integrum restitutionem competere*: quod non nisi de restitutione ex capite doli, atque adeo doli actione famosa, videtur accipiendum esse. Sed non ita est, neque enim id perpetuum est, quod per in integrum restitutionem in jure nostro denotetur remedium prætorium extraordinarium, per quod negotium aliquod suæ restituitur æquitati: sed & quandoque omnia illa comprehendit remedia, quibus quis ordinario jure actione ordinaria, a se damnum amolitur, & gesti resolutionem impetrat. Quo sensu creditores actione Pauliana vel rescissoria obtinere dicuntur *restitutionem in pristinum statum*, *l. ait prætor* 10. §. *præterea* 22. *ff. quæ in fraud. creditor.* & qui experiuntur interdicto, ne quid in loco publico fiat, *l.* 2. §. *hoc interdictum* 42. & *seqq. ff. ne quid in loco publ. fiat*. Simili ergo modo etiam in *d. l.* 10. restitutio in integrum nihil aliud est, quam pretii iniqui, dolo constituti, emendatio, aut propter dolum infirmatio, accommodata ad id emti venditi actione, arg. *d. l.* 11. §. 5. *ff. de act. em.*

5. Si tamen non alterutrius ex contrahentibus, sed tertii dolus in emtione aliove bonæ fidei negotio intervenerit, rationis est, hanc dari de dolo actionem: cum enim inter tertium illum fraude sua lædentem ac læsum nullus contractus intercesserit, ideoque nec ex contractu actio de dolo facto possit moveri; necesse fuit, ad hanc subsidiariam doli actionem recurri. Quo fundamento doli actio in proxenetam datur, si is calliditate creditorem circumvenerit ad faciendum nomen inidoneum, seu, ad credendum inidoneum, debitori, *l.* 2. *ff. de proxeneticis*, uti & adversus servum, qui consilio callido minorem annis 25. induxit ad sui venditionem, si postea per emtorem fuerit manumissus, *l.* & *eleganter* 7. *pr. ff. h. t.* Contra eum quoque, qui dolo malo commodavit venditori minora pondera mercis appendendæ gratia, ut emtor læderetur: cum actum esset, ut hisce ponderibus, quæ commodans æqua affirmaverat, appensio fieret, *l. arbitrio* 18. §. *de eo* 3. *ff. h. t.* Quibus in casibus etiam non ad contractus infirmationem contendi potest, sed tantum ad id, quod interest, dolum haud intervenisse, si modo dolo careat uterque contrahentium; ne alioquin ex alieno delicto in irritum deducantur negotia cum detrimento ejus, qui bona contraxit fide, & modicam tantum, non enormem, alteri intulit læsionem. Si enim ultra dimidium læsio esset, etiam deficiente contrahentium dolo ad remedium legis 2. C. de rescind. vend. refugium pateret, ut dicetur *tit. de rescind. vend.*

6. Hæc ita in bonæ fidei negotiis; aliter sese res habet in iis, quæ stricti juris sunt, quippe quæ, sive dolus causam dederit, sive inciderit, ipso jure nulla non sunt; usque adeo, ut, si Wissenbachio credamus, apud priscos Romanos dolus in stricti juris judiciis fuerit impunitus. Wissenbach *ad Pand. h. t. n.* 30. de quo tamen merito addubites; tum quia nullo modo probabile est, Romanos adeo æquitatis, rationis, justitiæque amantes, usque ad tempora Ciceronis tantam passuros fuisse fallaciæ licentiam; tum etiam quia id non evincitur illo Ciceronis loco, quem ex libro 3. de officiis depromsit: quippe in quo non de stricti juris contractu, sed hortulorum venditione sermo est, ad quorum emtionem delectus erat Canius astuto venditoris facto; sic ut inde in ipsis etiam bonæ fidei negotiis dolus impunitus esset; quod tamen ipse Wissenbach haud admittit. Sed & nulla illatio legitima est, si tempore Ciceronis Aquilius quasdam conceperit formulas, doli avertendi causa, ergo ante illas adinventas dolus impunitus fuit. Quicquid ejus rei fuerit, illud saltem in aperto est, nostro jure stricti juris negotia summo jure subsistere, sed propter dolum incidentem aut causam dantem vel per actionem ex stipulatu recipere iniquitatis correctionem, quoties de dolo cautio interposita est, vel stipulatione illa deficiente per hanc doli actionem enervari, *l.* & *eleganter* 7. §. *non solum* 3. *ff. h. t. l. si quis cum aliter* 36. *ff. de verbor. obligat. l. pen. C. de inutil. stipul.* Nec recte dixeris, dolo interveniente omnem esse exclusum consensum, sine quo non magis firmi esse aut ab initio subsistere possunt stricti juris, quam bonæ fidei contractus. Quamvis enim verum sit, dolo impediri consensum illum, qui secundum justitiam fuisset interponendus, si dolus defuisset; non tamen omnis consensus ea ratione deest: in quantum promissor in dolosa stipulatione conscius est, quid, & cui promittat, *l. si id quod aurum* 22. *ff. de verbor. oblig.* quemadmodum emtor fraude circumventus consentit in certum pretium venditori pro re certa exsolvendum. Cum vero in negotiis stricti juris non tam spectetur, qua ratione ex bono & æquo inter contrahentes conveniendum fuerit, quam potius, quid naturaliter inter eos placuerit, secundum verborum formulam ac conceptionem: mirum videri non debet, ac summo jure consistere, ex consensu quali quali, donec rescindantur. Cumque ex adverso in iis, quæ sunt bonæ fidei, præcipue inspiciatur, quid ex bono & æquo fieri debuerit, aut fuisset conventum semoto dolo, quasi inesset consensui conditio; *si scilicet ita res sese habeat, ut habere dicitur, fingitur, simulatur*; consequens his fuit, ut toties nulla essent hæc bonæ fidei negotia, quoties dolus iis causam dedisset; quia nullus adfuisset consensus illius, qui dolo ad contrahendum inductus est, si dolus ille non intervenisset.

7. Illud haud prætermittendum, in gratiam ejus, qui dolo circumventus est, id constitutum esse, ut negotia dolo gesta ipso jure nulla sint, vel prætoria

infirmentur restitutione: ac proinde, si non obstante dolo, stare velit contractui is, qui dolum passus est, dum sibi nihilominus conventionem expedire credit, rata procul dubio manere debent dolo conventa; cum quisque juri pro se introducto renunciare possit, nec æquum sit, ut, quæ in alicujus favorem constituta sunt, invito eo, in ejus contorqueantur læsionem, arg. *l. pen. C. de pactis*, *l. quod favore* 6. *C. de legibus*. Quibus accedit, quod ex parte ejus, qui dolum fecit, plenissimus consensus, atque adeo etiam plena obligationis causa est, Costalius *ad l.* 7. *ff. h. t.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 9. 10. Peresius *ad C. h. t. n.* 8. *in fine*.

8. Est autem actio doli prætoria, personalis, infamans, & ob id subsidiaria, si modo ex suo dolo suoque nomine (non alieno) conveniatur, *l.* 1. *§. ait prætor* 4. junct. *l. Sabinus* 29. *ff. h. t. l. furti* 6. *§. si quis* 2. *ff. de his, qui not. infam.* quæ datur læsis ex alieno dolo, & eorum hæredibus, *l. hæredibus* 13. *ff. h. t.* non tamen doloso contra dolosum; quippe quo casu magis dolus cum dolo compensandus est, dum paria delicta mutua pensatione tolluntur, *l. si duo* 36. *ff. h. t.* arg. *l. apud Celsum* 4. *§. Marcellus* 13. *ff. de doli mali & metus except.* *l. cum par delictum* 154. *ff. de regul. juris*, *l. ult. §. pen. ff. de eo, per quem fact. erit, quo minus quis in jud. se sistat*, *l. viro atque uxore* 39. *ff. soluto matrimon.* multoque minus ei, qui suo ipse dolo alium decepit, *l. transactione* 30. *C. de transaction.* nec etiam ei, qui dolum quidem passus est, sed doli non ignarus: neque enim sciens prudensque quisquam fallitur, aut patitur injuriam, *l. cum donationis* 34. *C. de transaction.* arg. *l.* 1. *§. usque adeo* 5. *ff. de injuriis*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 65. *n.* 2. 3.

9. Competit adversus eum, qui dolum admisit, etiam pupillum, si pubertati proximus dolum fecerit, *l. hæredibus* 13. *§.* 1. *l.* 14. *ff. h. t.* contra hæredes non aliter, quam quatenus ad eos ex dolo pervenit, dolove malo factum fuit, quo minus perveneri, *l. hæredibus* 13. *ff. h. t.* junct. *l. si plures* 17. *§.* 1. *l. in hæredem* 26. 27. 28. *ff. h. t.* Si plures dolum fecerint, contra singulos in solidum; ut tamen unius præstatione ceteri liberentur, *l. si plures* 17. *ff. h. t.* Ex dolo procuratoris procurator ipse hac actione tenetur ex dolo tutoris ipse tutor; ex dolo decurionum; circa administrationem rerum municipii ipsi decuriones: ut tamen in dominos, pupillos, ac municipes actio hæc danda sit, quatenus ad eos ex procuratorum, tutorum, decurionum pervenit dolo, *l. sed & ex* 15. *pr. & §.* 1. 2. *ff. h. t.* Contra dominum ex servi dolo aliquando de peculio, aliquando noxalis actio est, *l. si quis affirmavit* 9. *§. pen. ff. h. t.*

10. Non tamen contra tertios datur amissæ rei possessores, licet adversus eos metus actio accommodetur, in qua non ita designanda est persona, quæ metum fecit, atque quidem in doli actione, *l. sed & ex* 15. *§. ult. ff. h. t.* arg. *l. apud Celsum* 4. *§. pen. ff. de doli mali & met. except.* Henric. Kinschot *respons.* 57. Nec liberis aut libertis adversus parentes aut patronos, *l. non debet* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* aut hæredes eorum de parentis patronique defuncti dolo: cum ne exceptio quidem doli, ut ut non infamans, de tali dolo opponi queat; convenit enim, personis hisce tam mortuis, quam vivis honorem haberi, *l. apud Celsum* 4. *§. adversus parentes* 16. *ff. de doli mali & met. except.* Hæredibus tamen liberti dari potest adversus patronum, & liberto ipsi adversus patroni hæredes de ipsius hæredis dolo, *l. hæredibus* 13. *ff. h. t.* junct. *d. l.* 4. *§.* 16. *ff. de doli mali & met. except.* Non denique humili adversus eum, qui dignitate excellit; puta, plebejo adversus consularem receptæ auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo, aut alias vili adversus hominem vitæ emendatioris; quippe quibus casibus potius *in factum* verbis temperata actio danda foret, ut *bonæ fidei* mentio fiat, *d. l.* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* quo non id exigitur, ut actor dicat, adversarium in bona fuisse fide, cum in dolo esset, sed potius, ut actor intendat, reum rem reddere, aut id, quod interest, præstare oportere *ex bona fide*; aut reus excipiat; negotium ita gestum esse, ut ei *ex bona fide* stare non oporteat.

11. Tendit hæc doli actio ad id, ut res dolo amissa restituatur, aut alioquin præstetur id, quod interest æstimandum per jusjurandum in litem, *l. arbitrio* 18. *ff. h. t.* sive ex vero, sive ex quasi contractu res fuerit amissa, dum legatarius, cui supra modum legis Falcidiæ legatum est, hæredi ignoranti persuasit, satis abundeque ad solida legata solvenda sufficere hæreditatem, atque eo modo solida legata est consecutus, *l. si legatarius* 23. *ff. h. t.* Quandoque tamen statim ab initio ad id, quod interest, actione hac doli contenditur, quoties vel certum est, rem ipsam restitui non posse, *d. l.* 18. *§.* 1. *ff. h. t.* vel in illis versamur terminis, uti nihil translatum est, dum forte actio temporis lapsu per dolum adversarii extincta est, *l.* 1. *§. idem Pomponius refert.* 6. *l.* 18. *§. pen. ff. h. t.* (de quo concurrente adversarii dolo intelligenda quoque *l. Antæus* 14. *pr. ff. de aqua & aquæ pluv. arcenda*,) vel translatum quidem aliquid, sed quod reddi nequit; veluti cum libertas servo per dolum ejus, qui libertatis assertor erat, incepit competere, *l. si dolo* 24. *ff. h. t.* vel non contrahentium ipsorum, sed tertii, veluti proxenetæ, dolo intervenit, ut ante dictum.

12. Biennio autem a tempore doli commissi, non scientiæ, regulariter computando, hanc circumscribi actionem, sic ut eo spatio inchoanda ac finienda sit, nisi dolum passus per absentiam reipublicæ causa agere impeditus sit, constat ex *l. non possunt* 3. *& ult. C. h. t.* adde *tit.* 1. *hujus libri*. Quin tamen in factum actio in id, quatenus adversarius ex dolo locupletior est redditus, in perpetuum danda sit, extra controversiam positum est; eo quod lucra turpia extorquenda sunt, atque ita calculi magis, quam maleficii ratio initur; sive conveniatur ipse, qui dolum fecit, sive hæres ejus, *l. itaque* 28. 29. 30. *ff. h. t.* & cum moribus invaluerit, actiones rei persecutorias tum ex contractibus, tum ex delictis descendentes in solidum dari adversus hæredes, licet non solidum aut forte nihil ex dolo defuncti ad eos pervenerit, ut latius alibi exponendum erit; (vide interim Groenewegen ad *tit. C. ex delict. defunct. in quantum hæred. l. ten.*) dubitari vix potest, quin & in hac doli actione idem statuendum sit.

13. Cessat hæc actio, si non satis clare magna & evidens calliditas probata sit, *l. & eleganter* 7. *§. ult. ff. h. t.* aut nullam minimamve læsionem,

duos aureos non excedentem, dolus alterius intulerit, *l. si quis affirmaverit* 9. §. *ult. l.* 10. 11. *ff. h. t.* vel læsio quidem non modica allata dicatur, sed alia actio supersit; cum enim hæc & extraordinaria & famosa sit, in subsidium demum danda fuit, aliis aut in totum deficientibus, aut saltem eo dubio an aliæ dentur, *l.* 1. §. 4. *l. & eleganter* 7. §. *non solum* 3. *ff. h. t. l. de dolo actio* 2. *C. h. t. l. pen.* §. 1. *in fine ff. de in integrum restit.* aut denique aliis quidem ad agendum comparatis, sed æque famosis: qua ratione non dubium, quin cum doli actione concurrere possit publica falsi accusatio, semper infamans, *l. si quis affirmaverit* 9. §. *item si* 2. *ff. h. t.* junct. *l. infamem.* 7. *ff. de public. judiciis*, uti & mandati actio, electione actori data, qua velit experiri, quoties fidejussor a creditore pignora emit per debitorem data, nec ea oblato pretio cum usuris debitori vult reddere, *l.* 1. *C. h. t.* junct. *l. si mandatu* 59. §. *Paulus* 1. *ff. mandati.* Nec interest, adversus eandem personam, an adversus aliam alia sit actio, ut cesset hæc de dolo: ideoque si pupillus, tutore auctore circumscriptus sit, actio tutelæ potius contra tutorem, quam doli contra decipientem, pupillo danda, nisi tutor solvendo non sit, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. 3. 4. 5. 6. *ff. h. t.* Uti nec interest, qualis sit alia actio, quæ superest; deneganda enim hæc doli actio, sive rei persecutoria, sive pœnalis alia dari possit, *l. & eleganter* 7. §. 1. *ff. h. t.* vel popularis, *d. l.* 7. §. *Pomponius* 2. *ff. h. t.* vel interdictum, *l.* 1. §. 4. *ff. h. t.* vel restitutio in integrum ex alia causa, veluti minorennitate, vel absentia, vel frustratione & tergiversatione tali, quæ absentiæ comparata est, *l.* 1. §. *idem Pomponius refert* 6. *pr. ff. h. t.* junct. *l. quidam debitor* 38. *ff. h. t. l. ait prætor* 23. §. *ult. l.* 24. *ff. ex quib. caus. majores*; nam si nudus dolus sine peculiari tergiversatione in causa fuisset, ut exiret actionis dies, de dolo actio haberet locum, *d. l.* 1. §. 6. *in fine ff. h. t.* Quin & si actio quidem alia non sit, sed saltem exceptio, qua se læsus queat tueri, hæc actio deneganda, *l.* 1. §. 4. *l. ult. ff. h. t.* multoque magis, si ipso jure quis tutus sit, dum impossibilis est aut turpis obligatio, *l.* 1. §. *idem Pomponius ait* 5. *ff. h. t.* uti &, si alia quidem actio competierit, sed quam læsus sua propria culpa deperdidit, dum intra tempora legibus definita agere supersedit, atque ita exiit actionis tempus, *d. l.* 1. §. *idem Pomponius* 6. *circa fin. ff. h. t.*

14. Plures quidem sparsim in jure nostro occurrunt factorum species, in quibus videri posset cum aliis actionibus concurrere doli actio, sed penitius consideratis omnibus, manifestum fiet, casus illos, in quibus doli judicium admittitur, ab illis, in quibus actiones aliæ inveniuntur propositæ, diversos esse, atque ita obtinere id, quo Justinianus contrarietatis querelam dissolvi & legum discordiam tolli præcepit, in *l.* 2. §. *contrarium* 15. *C. de veteri jure enucl.* Sic enim doli quidem actio hæredi datur, quem legatarius, ut integra legata, supra modum legis Falcidiæ relicta, exsolveret, fraudolenter induxerat, quasi satis superque sufficeret hæreditas ad solida legata, *l. si legatarius* 23. *ff. h. t.* sed id ideo, quia deficiebat indebiti condictio; quippe cui tunc locus est, cum non fallenti, sed ignoranti legatario hæres ipse quoque non deceptus, sed errans præstitit legata indebita, *l. si quis* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. de condict. indeb.* Quomodo etiam, si quis dolo malo debitoris inductus eum acceptilatione liberavit, aut aliter in amittenda actione dolum malum adversarii passus sit, actione de dolo recte experitur, quia alia actio deest, *l.* 1. §. *pen. ff. h. t. l. actione* 4. *l. sub prætextu* 19. *C. de transaction.* nec videri potest danda condictio causa data, vel præscriptis verbis actio adversus liberatum per acceptilationem; quippe cui tunc locus est, cum in ipsa acceptilatione facienda dolus non intervenit, sed demum post acceptilationem debitor jam liberatus, dolo malo implere detrectat, quæ facere promiserat, veluti *expromissorem dare vel a lite discedere*. *l. si quis accepto* 4. *ff. de condict. causa data*, *l. cum mora* 6. *l. cum proponas* 17. *C. de transact.* quod & innuitur *d. l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* dum dicitur, aliam esse actionem, nisi in amittenda actione dolus malus intervenisset.

15. Similiter doli actione tenetur fidejussor, qui promissum animal ante moram occidit: liberatus quippe ab omni alia actione, dum principalis debitor interitu rei debitæ, absque sua culpa & mora eveniente, liberatus erat, *l. si fidejussor.* 19, *ff. h. t.* junct. *l. si mihi* 91. *l. pen. ff. de solution.* contendi autem debet hoc casu per doli actionem ad id, ut actio contra fidejussorem extincta restituatur, *l. cum quis sibi* 38. §. *quis pro eo* 4. *ff. de solutionibus.* Quæ aliter obtinent, si demum post moram cædes facta esset; tunc enim, uti ob moram actio alia adversus debitorem perpetuata fuit, ita quoque adversus fidejussorem; aut saltem adversus fidejussorem, si hic solus in mora fuerit, *l. mora rei* 88. *ff. de verb. oblig. l. mora* 32. §. *ult. ff. de usuris.*

16. Sic quoque, si pupillus tutoris auctoritate munitus, circumscriptus ab alio sit, doli actio tum demum ei contra dolosum danda dicitur, si tutor solvendo non sit, *l. ideoque* 5. *ff. h. t.* Et quamvis pupillo etiam ex capite minorennitatis succurri possit, adeoque aliud videatur superesse remedium, *l. quidam* 33. *ff. h. t.* tamen *d. legem quintam h. t.* restringendam esse ad casus illos, in quibus ne minori quidem ob ætatem per restitutionem subveniri potest, (veluti adversus libertatem datam, *l. si ex causa* 9. §. *ult. ff. de minorib.* 25. *annis*,) abunde colligi ex eo potest, quod in *d. l.* 5. cum *ll. præcedentibus* cohærente, exemplum suppeditatur ad illustrandam regulam de non danda doli actione, nisi in subsidium, in *l.* 1. §. 4. *ff. h. t.* propositam, & in *seqq.* §. §. *& legibus* explicatam, & extensam nominatim quoque, ut danda non fuerit doli actio, si quis per in integrum restitutionem aliam possit indemnis servari; *d. l.* 1. §. 6. *ff. h. t.*

17. Insuper, si areæ ususfructus legatus sit, & proprietarius in ea ædificium posuerit, scriptum quidem ab Ulpiano, eum *vel ex testamento, vel de dolo teneri*, *l. repeti* 5. §. *ult. ff. quib. modis ususfr. vel usus amitt.* non tamen ea Jurisconsulti mens est, quod actionis utriusque concursus esset; sed potius, quod pro rei diversitate aliquando actio ex testamento competat, aliquando doli actio propter defectum actionis ex testamento: nam, si hæres areæ fructuariæ inædificaverit, actio ex testamento locum habet, quia hæres ita causam fructuarii, & usumfructum reddidit deteriorem, et ita non perdurat

utilitas ususfructus legatario quæsiti. Sin testator alteri usumfructum, alteri proprietatem fundi legaverit, proprietarius ob inædificationem a se factam non potest teneri actione ex testamento, cum hæres non sit; sed actioni doli tunc locus erit. Licet & alia huic legi sententia tribui possit, de qua ad *tit. de legatis*, de actione ex testamento.

18. Conventus etiam noxali judicio, ac jam condemnatus, si servum noxæ dedat, sed qui alteri erat pignori obligatus, judicati actione adhuc tenetur; eo quod pignoratum servum noxæ dando, necdum videri poterat judicato satisfecisse, sed demum, si dedisset dissoluta pignoris obligatione, *l. si hominem* 69. *ff. de solution.* Sed si lite quidem noxali apud judicem mota, verum condemnatione necdum secuta, reus noxæ dederit talem servum pignoratum, ut a noxali judicio liberaretur, atque ita per sententiam judicis absolutus sit, (dum omnia judicia, oblato eo, quod petitur, absolutoria sunt, §. *ult. Inst. de perpet. & temp. act.*) doli actio accommodanda ei, cui servus noxæ datus; quia nullam potest movere judicati actionem, cum reus non condemnatus, sed absolutus est, *l. si quis affirmaverit* 9. §. *pen. ff. h. t.*

19. Actor quoque, si rei dolosa persuasione inductus fuerit, ut crederet, solutum esse quod debebatur, aut nullum sibi competere agendi jus, atque ita consenserit in rei absolutionem; actione quidem pristina experiri potest, ac ex integro litem movere, absolutoria sententia non obstante; ideoque non doli actione contendere, *l. cum a te* 25. *ff. h. t.* sed id ita, si modo adversarius reus iterum eandem litem subire paratus sit: si enim detrectet, subsidiariæ doli actioni locus foret, quasi alia deficiente actione; de quo casu accipienda *l. servus tuus* 20. §. 1. *ff. h. t.* quod enim reus semel absolutus non teneatur iterato idem judicium invitus pati, sed tunc de dolo conveniendus sit, colligi potest ex *l. & eleganter* 7. §. *pen. ff. h. t.* eo modo, quo & is, qui alienationem judicii mutandi causa fecit, actionem in factum ad id, quod interest, evitare potest, si sponte paratus sit utile pati judicium perinde ac si possideret, *l. quia etiam* 3. §. *ult. ff. de alien. jud. mut. caus.*

20. Sed nec doli actio cum actione ad exhibendum aliave simili concurrit, si fundi dominus, cum alteri permisisset ex eo fundo cretam aut arenam effodere lapidesve excidere, pati postea nolit, ut alter arenam, cretam, lapidesve inde ferat: aut enim lapides ex lapicidinis jam cæsi seu exemti & ita a solo separati sunt, vel arena effossa; & tunc, quia ruta & cæsa non amplius sunt partes fundi, arg. *l. fundi* 17. §. *si ruta* 6. *ff. de act. emti*, atque adeo dominium rutorum cæsorumque jam cædenti & eruenti quæsitum est, voluntate domini & quadam quasi traditione; consequens fuit, non doli famosam actionem, sed rei vindicationem aut ad exhibendum actionem cædenti, tanquam domino, fuisse accommodandam, ut liceat ex fundo evehere ruta ac cæsa, *l. qui saxum* 6. *ff. de donationibus*, *l. permisisti* 16. *ff. de præscript. verbis*, aut ex adverso necdum lapides excisi fuerunt aut arena effossa, sed cædendi vel effodiendi gratia sumtus facti, (in aperturam forte lapicidinarum aut cretifodinarum, aliumve apparatum) & tunc nulla rei vindicatio locum invenire potest, si fundi dominus pati nolit arenam lapidemve tolli; eo quod eorum, quæ necdum ruta & cæsa sunt, dominium necdum a fundi domino recessit, aut in alium translatum est: ideoque nec alia superesse potuit, quam doli actio ad id, quod interest, *l. si cum mihi* 34. *ff. h. t.*

21. Non etiam ob tabulas testamenti deletas aut corruptas per eum, apud quem erant depositæ, hæredi simul doli & ad exhibendum actio aliaque similis datur; sed, post aditionem quidem hæreditatis, ad exhibendum actio & vindicatio hæredi nata est, tanquam tali, cui ex aditione jam acquisitum est jus hæreditarium, cujusque jam cœpit interesse ex jure in re, vel etiam actio depositi in quantum ex aditione nactus est jus exercendi actiones omnes, quæ fuerant defuncto quæsitæ: uti & utilis, ex lege Aquilia, *l. si quis testamentum* 41. *l.* 42. *ff. ad leg. Aquil. l. ipsi tamen* 3. *ff. testamenta quemadm. aper. inspic. & describ. l. qui tabulas* 27. §. *ult. l. quidam* 32. §. *ult. ff. de furtis*. Ante aditionem vero, cum neque jus ullum in re hæredi quæsitum sit, neque actionum hæreditariarum exercendarum potestas, & tamen interesset, ejus tabulas dolo non corrumpi, non alia quam doli actio danda fuit, *l. si quis tabulas* 35. *ff. h. t.*

22. Erraverit quoque, quisquis cum negotiorum gestorum actione actionem doli concurrere autumaverit in casu, quo executor a prætore datus dolum fecit: etenim victori quidem adversus executorem dolosum negotiorum gestorum actionem competere, quia is in exequendo victoris negotia gerit, ab Ulpiano traditur *l. ait prætor* 3. §. *si executor* 8. *ff. de negotiis gestis*; sed, cum condemnati negotia executor non gesserit, non potest is ob rem suam dolo malo vilioris distractam experiri negotiorum gestorum actione, sed tantum de dolo, *l. si pignora* 50. *ff. de evictione*.

23. Æque a vero alienum, ex contractu innominato, *do ut des*, vel *do ut facias*, condictionis ob causam datorum & actionis doli concursam esse. Condictio enim ob causam datorum ad data repetenda tunc locum habet, cum ab uno latere jam datum est, ut vicissim detur aut fiat, *l. dedi* 3. §. 2. *& seqq. ff. de condict. caus. data*, *l. naturalis* 5. §. *& si quidem* 1. *ff. de præscript. verb.* Nec doli actio uspiam hoc casu datur; non utique *l. cum proponas* 4. *C. h. t.* cum illic non de contractu do ut des aut do ut facias, sed magis de contractu facio ut des videatur agi; de quo latius *tit. de præscript. verbis*.

24. Ceterum cum nostris moribus doli actio non infamet, eam totis triginta annis durare, tradunt interpretes; eoque facit *l. itaque* 28. & 29. *ff. h. t.* sed cum eadem hic in metu, quæ in dolo, serventur, ea, quæ titulo præcedente *quod metus causa* latius disputata, huc quoque transferenda sunt, ne actum agatur.

TITULUS IV.

De Minoribus 25. annis.

SUMMARIA.

1. *Qua ætate quis major censeatur? pubertatem esse triplicem*, simplicem, plenam & plenissimam. *Qui sint minores? An ultimus annus aut dies*

ceptus habeatur in minoribus pro completo? & de die intercalari.

2. *Variant leges municipales circa tempora majorennitatis.*

3. *Majorennes fiunt per impetrationem veniæ ætatis. Qua ætate quis eam jure Romano ac moribus impetrare possit, & quæ probanda sint?*

4. *Solus Princeps ætatis veniam dat; quid moribus? an curiæ provinciales Hollandiæ vel Ultrajecti? an civitates & municipia?*

5. *Qui veniam ætatis impetravit, adversus postea gesta non restituitur. An immobilia alienare possit jure Romano & hodierno.*

6. *Jure Romano nemo per nuptias majorennis fiebat; moribus contra; alibi tamen magis, alibi minus; cujus rationes redduntur.*

7. *Quatenus quisque pro statutorum diversitate per nuptias majorennis fit; restitui ex ætatis auxilio non potest.*

8. *An in loco domicilii per ætatis veniam, aut per nuptias, aut per definitum minorem annorum numerum ad majorennitatem requisitum, pro majore habitus, in alio quocumque loco pro tali habendus sit, ratione contractuum & aliorum immobilium, similiumque? Refutatur Burgundus & alii.*

9. & 10. *An, qui per nuptias, an veniam ætatis in loco domicilii obtentam, aut per minorem annorum numerum lege domicilii definitum majorennes facti sunt, viduitate aut migratione ad locum alium iterum minorennes fiant, sic necdum ejus ætatis sint, quam lex novi domicilii ad majorennitatem requirit? per distinctiones explicatur. Ubi &, quod quis restitui possit adversus impetratam ætatis veniam, si sibi damnosam putet; & an minor auctore curatore migrare promiscue queat?*

11. *Si quid dandum vel faciendum sit ex contractu vel testamento, cum, vel donec quis ad legitimam seu perfectam ætatem pervenerit, non designata videtur ea, qua ex nuptiis, aut venia ætatis, aut lege municipali fluit; sed ætas 25. annorum.*

12. *Ut minor restituatur, probari debet minorennitas, idque per ipsum minorem. Quibus probetur modis?*

13. *Debet & constare de læsione. An minori incumbat læsionis probatio?*

14. *Restitui potest minor adversus confessionem, adrogationem, novationem, delegationem, acceptilationem, legati agnitionem, compromissum, mandatum interpositum aut susceptum, neglectam fideicommissi insinuationem.*

15. *Adversus venditionem suarum rerum, quam ipse fecit ex decreto magistratus.*

16. *Quid juris, si tertius rem minoris vendiderit & tradiderit præmissis edictis publicis & solemni judicis decreto? an tunc minor restitutus rem vindicare possit? an & rata manente venditione pretium petere ab iis, quibus illud cessit, veluti a creditoribus venditoris?*

17. *An minor restituendus sit adversus venditionem rerum suarum jure pignoris obligatarum sive conventionali, sive legali, sive prætorio, sive judiciali pignore; et per creditores aut in eorum utilitatem distractarum? explicatur per distinctiones ex jure Romano. Et quid moribus nostris obtineat?*

18. *An adversus donationem simplicem aut remuneratoriam? an adversus dotem? et quid moribus?*

19. *Non danda restitutio adversus doarium seu dotalitium immoderatum; nec nostris moribus adversus immoderatam sponsalitiam largitatem, licet aliter de jure Romano.*

20. *An adversus jurisjurandi delationem, transactionem, hæreditatis divisionem, aut assignationem bonorum parentis defuncti per superstitem in rebus aut rerum pretiis factam?*

21. *An adversus solutionem, quam minor fecit? distinctionibus explicatur: et quid moribus?*

22. *An adversus solutionem, quam debitor minori fecit? quid juris in solutis usuris aut reditibus? quid juris, si minori sit facta restitutio hæreditatis ex causa fideicommissi? et quid moribus?*

23. *An adversus mutuum, quod minor dedit vel accepit?*

24. *An adversus omissionem hæreditatis?*

25. *An adversus renunciationem hæreditatis, quam accepta dote minus congrua fecit puella minorennis, ex juris Canonici præscripto ac usu hodierno?*

26. *An adversus aditionem? & quid juris, si interim minor credita vel legata solverit, vel ei solutum sit? An cohæredi invito accrescat portio minoris restituti? & quid juris, si minor post restitutam ex fideicommisso hæreditatis partem restituatur adversus aditionem?*

27. *An restitutus adversus aditionem restitui iterum possit contra omissionem hæreditatis?*

28. *An adversus licitationem, qua ipse minor in auctione publica superatus est, aut alium superavit?*

29. *An adversus usucapionem & præscriptionem legalem, & quales præscriptiones currant minoribus, quales non, tum Romano, tum hodierno jure?*

30. *An adversus lapsum temporis conventionalis, cum pactum de redimendo intra certum tempus, aut lex commissoria esset apposita, sive minor emerit aut vendiderit, sive prædecessor ejus?*

31. *An adversus omissas in judicio allegationes & probationes, an adversus eremodicium contractum, contumaciam vel quasi?*

32. *An adversus sententiam & omissam appellationem vel supplicationem, si ea lata ab illo, qui vice sacra judicavit? an & contra interlocutoriam?*

33. *An, si viduus aut vidua massaria succubuerit in lite, sibi cum liberis minorennibus conjugis prædefuncti communi, minores hodie contra talem sententiam restitui possint?*

34. *Ex quibus aliis causis minores restitui possint? remissive.*

35. *Contra quos minor restituatur, an contra mulierem Vellejano, filiumfamilias Macedoniano tutum? an contra alium minorem? an contra tertium rerum amissarum aut omissarum possessorem?*

36. *Quinam citandi sint, ut minor restituatur? An, & quo usque minor pretium reddere debeat, si adversus venditionem rerum suarum restituatur?*

37. *Quid recuperet minor restitutus? an fructus rei, an usuras pretii vel mutui?*

38. *Restitutio minori concessa prodest etiam heredibus ejus, qui etiam eam ex capite minoris rescisse petunt, etiam adversus immixtionem, qua minor se paternæ miscuerat hereditati. Singulare jus in exceptione non numeratæ dotis notatur.*

39. *An, & quando prosit fidejussoribus? An etiam prodesse possit fidejussori, qui minori, pro quo fidejusserat, heres extitit?*

40. *An etiam prosit aut competat particularibus minoris successoribus, puta, legatariis, donatariis, emtoribus?*

41. *Non prodest nec competit extraneis, non iis, qui minori quid gerendum mandarunt, nec fratribus majorennibus, si hi cum minorennibus damnosam adierint hereditatem, aut negotium gesserint damnosum, nisi illud individuum sit. Emtor tamen prædii recedere potest a tota venditione, si unus venditorum ex causa ætatis restituatur.*

42. *An filiusf. læsus restitui possit, & an restitutio patri prodesse?*

43. *Cessat restitutio, si quis se dolo majorem dixerit, vel non vana opinione pro tali sit habitus; nisi adversarius sciverit, minorem esse; cujus scientiæ probatio minori, restitutionem petenti, incumbit.*

44. *Cessat, si major rata habuerit in minorennitate gesta, expresse, vel tacite. Quibus modis tacite fiat ratihabitio, quibus non? exemplo declaratur.*

45. *Non restituendi minores adversus matrimonium, libertatem, pœnarum aut accusationis remissionem: an adversus delicta, dolo aut culpa commissa? an adversus inficiationes ex quibus lis in duplum crescit?*

46. *Non etiam contra suos contractus juratos. An* auth. sacramenta puberum C. si advers. vendit. *pertineat ad impuberes jurantes?*

47. *An ad contractus puberum, qui ipso jure nulli sunt, & an puberes jurantes careant propterea actione metus, doli, & similibus?*

48. *Moribus hodiernis evanuit passim* d. auth. sacramenta puberum C. si adversus venditionem.

49. *Cessat restitutio, si minor jure communi usus sit, damnum sentiat ex contractu patris vel alterius, cui heres fuit; vel si casu fortuito.*

50. *An restituendi, qui læsi, dum errabant in arte, quam profitebantur? An Jurisconsultus minor, si errans in jure damnum senserit?*

51. *An mercatores minores: si capti in sua negotiatione; & qui proprie censeantur mercaturam profiteri; quid si fœmina minor nupta vel innupta publica mercatrix fuerit, & ita contrahens læsa sit?*

52. *Cessat restitutio, tamquam supervacua, in casibus, quibus minores ipso jure tuti sunt. Explicatur* l. 101. ff. de verb. oblig.

53. *An minor restitui possit, si alia actio ordinaria ei supersit? per distinctiones explicatur, & exemplis illustratur.*

54. *An cesset restitutio, si emtor rei ad minorem pertinentis supplere minori velit id, quod pretio juste deest?*

55. *An exemplo minorum restituantur etiam prodigi, furiosi, mente capti, fiscus, ecclesia, civitates, pauperes, & similes.*

1. DE varia hominum ætate, quatenus juri nostro explicando non admodum subservit, videri potest Isidorus *origin. libr.* 11. *cap.* 2. suffecerit eam in præsenti tractari, qua *majores* alii, alii ætate *minores* sunt. Majores in jure nostro dicuntur, qui impleverunt vicesimum quartum ætatis annum; quales etiam *perfectæ ætatis* appellantur, *l. ult. C. de his, qui veniam ætatis*, & ætatis legitimæ, *d. l. ult. Cod. l. ex duobus* 27. *ff. de negot. gestis*, *l.* 1. *ff. de fidejuss. & nomin. tutor. l. quæro* 32. *§. ult. in fin. ff. de testam. tut.* probabile enim, ætatem illam a lege quadam civili, Lætoria forte, definitam fuisse, ut pluribus adstruit Brissonius *select. antiquit. jur. civilis l.* 3. *cap.* 2. Quandoque & *puberes*: considerandum enim, triplicem in jure nostro pubertatem occurrere, quarum prima simplex est, annoque in fœminis duodecimo, decimoquarto in masculis completo inducitur, *pr. instit. quib. mod. tut. fin.* altera *plena* dicitur, & in adoptionum materia annis octodecim circumscripta est, ut & in alimentis ad pubertatem legatis, si masculus sit legatarius; sin puella, quatuordecim, *§. minorem* 4. *Inst. de adoption. l. Mela* 14. *§. certe* 1. *ff. de alim. vel cib. legatis*, tertia plenissima, coincidens cum majorennitate; & initium habens ab anno ætatis vicesimo quinto. Qua ratione Ulpianus ait, ego quidem, & si quis jam puberi, minori tamen 25. annis, ac legaverit, *cum ad pubertatem pervenerit*, puto, de ætate eum sensisse, quæ caret in integrum restitutione, *l. cum filiofam.* 50. *§. pen. ff. de leg.* 3. Minores ex adverso sunt, qui eam ætatem necdum impleverunt, sive patresfamilias sint, sive filiifamilias, *l. denique* 3. *§. sed utrum* 4. *ff. h. t. tot. tit. C. de filior. minor.* sive puberes, sive impuberes, aut etiam in utero adhuc existentes, *l. etiam ei* 45. *ff. t.* junct. *l. qui in utero* 7. *l. penult. ff. de statu hom.* Nec ultimus dies cœptus pro completo habetur, sed de momento in momentum venit tempus computandum; &, si quis bissexto die natus fuerit, sive priore, sive posteriore, major tamen non censetur, nisi lapso die utroque; cum id biduum pro uno die habeatur, die posteriore intercalato. Eodem observando, & si in diem bissextum majorennitas incidat; ut scilicet non nisi lapso utroque die major fiat, *l. denique* 3. *§. minorem* 3. *ff. h. t.* quasi aucto minorennitatis tempore per diem intercalarem, arg. *l. in tempore* 2. *ff. de divers. temporal. præscript.* Quæ ita obtinet in materia restitutionis, & aliis similibus, in quibus utile est, minorennem esse; ut restitutione queat adversus negotia damnosa juvari *d. l.* 3. *§.* 3. Aliter obtinet illis in casibus, in quibus commodum est & expedit, tempus lege definitum impletum esse; tunc enim dies cœptus pro completo est; & annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numerari, Paulus monet *l. anniculus* 134. *ff. de verb. signif.* eoque nititur, quod impubes ultimo anni decimiquarti die cœpto, licet necdum completo, testamentum condere possit, *l. a qua ætate* 5. *ff. qui testam. fac. poss.* Nec dicam, subinde in publicis causis annum cœptum pro impleto fuisse habitum; sic ut, cum lege cautum esset, minores 25. annis ad honores non esse admittendos, admitti tamen potuerint inchoato ultimo minorennitatis anno; suadente honorum favore, ut pro pleno inchoatus annus accipiatur; dummodo res reipublicæ talibus ante perfectam ætatem non committan-

tur administrandæ, cum damno publico & pernicie ipsorum minorum, *l. ad Rempublicam* 8. *ff. de munerib. & honoribus*, *l. qui filium* 74. *§.* 1. *in med. ff. de Senatuscons. Trebell.*

2. Quamvis autem multorum populorum usu hæc juris Romani de ætate perfecta ac minorenni definitio comprobata sit; sunt tamen, quibus placuit, maturius ad perfectam ætatem minores perduci, pro vario soli hominumque genio. In Regno Siciliæ & Neapolitano decimus octavus annus impletus, in Saxonia & Bavaria vicesimus primus, alibi alius annus majores facit, ut videri potest apud Mævium *ad jus Lubec. libr.* 1. *tit.* 7. *art.* 6. *num.* 3. *& seqq.* Sim. van Leeuwen *censur. forens. libr.* 1. *cap.* 8. *in fine*, *& cap.* 18. *num.* 5. Parentem p. mem. Paulum Voet *ad princ. Instit. de curatoribus num.* 8.

3. Sunt insuper, qui pro majorennibus habentur, licet necdum compleverint annorum numerum, lege vel moribus ad majorennitatem constituendam definitum; idque vel ob veniam ætatis impetratam, vel ex multorum usu propter nuptias. Veniam ætatis quod attinet, petere eam de jure Romano non alii possunt, quam qui vicesimum jam compleverunt ætatis annum, si masculi sint; sin fœminæ, annum decimum octavum; quos ita commendant morum instituta, & vitæ honestas, ac probitas animi mentisque solertia, ut tuto ipsis, tanquam industriis, sobriis, siccis, & res suas bene gesturis, rerum suarum administratio videatur concedenda: dummodo & ætatis illius implementum, & morum honestatem legitimis clarisque commonstrent documentis, *l. omnes* 2. *C. de his, qui ven. ætat. impetr.* Et quamvis ubique fere non adeo exacte illud observetur viginti aut octodecim annorum implementum, sed & maturius quandoque concedatur ætatis venia, prout ingenii vigor serius ociusve emergens id suaserit, quo etiam plenius spectat Imp. Leonis ratiocinium *novell. Leonis* 28. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 1. *cap.* 18. *num.* 7. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 10. Groenewegen *ad d. l.* 2. *C. de his, qui ven. æt.* tamen superiorum probatio etiamnum necessaria est; adeo ut ex Hollandiæ nostræ legibus non sufficiat, libello illo, quo petitur ætatis venia, ætatem cum aliqua latitudine expressisse, veluti *circiter*, *prope*, *fere*, sed specifice ea denotanda, additisque instrumentis probanda sit, *Decreto Ord. Hollandiæ* 4. *&* 14. *decembris* 1669. *vol.* 3. *Placitorum pag.* 491.

4. Nullus autem præter Principem, id est, eum, qui majestate gaudet, veniæ hujus concedendæ potestatem habet; cum re ipsa per ejus concessionem fiat relaxatio vinculi juris communis, & jus singulare certæ personæ intuitu introducatur; unde & principale, imperiale beneficium a principali clementia impetratum, principalis auctoritas appellatur, *l.* 1. 2. 3. 4. *C. de his, qui ven. ætat.* ac ambitiosa (id est, potestatem decernentium egredientia ac superantia) Principes censuerunt esse Consulum ac Præsidum decreta, quibus illi permittebant minoribus suarum rerum administrationem; dum ne ipsi quidem, nisi perraro, eam minoribus solebant indulgere, *l. denique* 3. *ff. h. t.* Nec tamen dubium, quin de morum honestate ac industria cognoverint Romani magistratus, ut de compertis ad Principem relatione deinceps facta, detur ætatis venia, aut denegetur, *d. l.* 2. *§.* 2. *C. d. his, qui ven. ætat.* Quæ fere usu probata, dum veniam impetrare desiderans, Ordinibus supplicem libellum porrigit, quem deinde illi ordinario minoris magistratui tradi jubent, ut is accitis propinquis & tutoribus in mores minoris ac vitæ instituta inquirat, ac comperta rescribat, quo ipsi tandem pro minoris utilitate concedere queant petita aut denegare, teste Groenewegio ad *d. l.* 2. licet nunc frequentius testimonii de morum honestate, & industria, ac litterarum ad Ordines commendatitiarum impetratio prius tentari soleat apud domicilii magistratum, ut his legitime obtentis muniatur deinceps libellus supplex, veniæ impetrandæ gratia Ordinibus porrigendus. Ultrajecti tamen non Ordines tantum, sed & curia provincialis veniæ hujus concedendæ potestatem exercet, arbitrio minori permisso, cui velit supplicare, quale jus etiam Hollandicæ Curiæ tribuit Grotius *Manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 5. Quin & variarum civitatum magistratibus hoc veniæ ætatis indulgendæ jus statuta asserunt; Mechliniensibus, *tit.* 19. *art.* 29. Antwerpiensibus; *tit.* 43. *art.* 83. Leydensibus *Keuren op de Wees Kamer van Leyden art.* 56. Amstelodamensibus, *Ordonn. van de Wees-Kamer van Amsterdam anno* 1563. *art.* 24. & pluribus aliis. Quod ipsum etiam conveniens est Novellæ *Leonis* 28. *in fine*; qua cautum, omnes posse minori rerum suarum administrationem procurationemque concedere, quibus loci cujusque magistratus obtigerit, quique plenam habent jurisdictionem. Sed vix est, ut nunc Hollandiæ curia hanc sibi facultatem assumat, teste Groenewegio ad *Grotii Manuduct. d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 5. Idemque in urbium Hollandicarum magistratibus servari vel inde constat, quod in dies vel morum examen iis per Ordines, veniam dare rogatos, demandetur; vel ipsi petentibus civibus suis minorennibus commendatitias soleant litteras ad Ordines impertiri, veniæ ætatis facilius impetrandæ causa. Quod inde profectum existimo, quod ætatis veniam sibi acquirere cupientes, non administrandi tantum, sed & alienandi licentiam, adeoque plenam ætatis veniam optare soleant, atque etiam libello supplice desiderare: quam alienandi potestatem cum magistratus urbium tribuere non possent, sed soli Ordines majestate præditi, auctore Grotio *Manuduct. ad Iurisprud. Holl. part.* 1. *cap.* 10. *num.* 5. Paulo Montano *de tutelis cap.* 37. *parte* 2. *num.* 45. *& seqq.* aliter fieri haud potuit, quam ut usu invalesceret, solos Ordines a minorennibus adiri pro impetranda plenaria ætatis majoris repræsentatione.

5. Veniæ ætatis impetratæ effectus est, quod post eam gesta per minores perinde rata ac firma maneant, ac si viginti quinque annorum curricula non imperiali beneficio suppleta, sed naturaliter ab iis completa fuissent contractus tempore; sic ut restitutionem in integrum obtinere nequeant, etiamsi minus idonee res suas administrasse probentur; ne hi, qui cum talibus contraxissent, principali viderentur auctoritate circumscripti. Eo excepto, quod immobilia sine decreto alienare nequeant, aut hypothecæ obligare, minoribus ceteris hac in parte manentes exæquati, *l.* 1. *l. pen. C. de his, qui veniam ætatis*; nisi & ipsa immobilium alienandorum licentia ipsis nominatim justis ex causis indulta sit;

quod uti extra dubium Princeps ex plenitudine potestatis largiri potest, Hugo Grotius *Manuduct. ad Jurispr. Holl. d. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 5. ita & nunc in Hollandia plerumque id vulgata diplomatis veniam continentis formula comprehendi, experientia dictat, ac testes sunt Groenewegen *ad l.* 3. *C. de his, qui ven. ætat.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversit. tit.* 4. *part. altera cap.* 4. *num.* 4. *& seqq. pag. mihi* 167. 168. Leeuven. *cens. forens. part.* 1. *libr.* 1. *cap.* 18. *num.* 8. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 15. *num.* 11.

6. Quod autem efficit ætatis venia, id non operatur jure Romano matrimonium a minore contractum; quippe cui licet liberi ex legitimo progeniti matrimonio prodessent ad id, ut maturius posset ad honores admoveri, singulis annis per singulos liberos demissis, seu remissis, ex lege Julia & Papia; non tamen ad acquirendam rerum administrationem, & a cura liberationem, ut maturius pro majorenne haberetur, *l. nec per liberos* 2. *ff. h. t. l. de his* 12. *C. de admin. tut.* Sed hodie matrimonium nostris & multarum gentium moribus, sola forte Frisia excepta, quæ etiamnum veniam ætatis cum matrimonio requirit, Sande *dec. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 1. *in med.* id operatur, ut protinus a nuptiis contractis minorennis maritus pro majorenne habeatur, tutoria patriaque sic liberatus potestate, quasi re ipsa legitimæ ætatis metam attigisset; idque in Hollandia ac Ultrajecti non modo quantum ad rerum suarum & uxoriarum administrationem, sed & quantum ad liberrimam alienandi potestatem; exemplo eorum, quibus plenissima per majestatem data fuit ætatis venia, nisi aliud ex causis justissimis magistratui ac cameræ pupillaris curatoribus visum fuerit: quippe quorum in potestate est, nuptiis non obstantibus, æque ac non obstante vera majorennitate, curam in annos pauciores pluresve pro varia personarum conditione producere, & hoc vel omnium bonorum intuitu, vel tantum immobilium contemplatione, prout id exigere visa fuerit utilitas eorum, qui alioquin ex jure matrimonii fuissent in majorennium ordinem transcribendi, *Keuren van de Wees-Kamer van Amsterdam art.* 24. 25. & aliæ plures consuetudines recensitæ apud Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 9. Vid. *tit. de adoptionibus*. Hugo Grotius *Manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 2. 3. 4. *ibid.* Groenewegen *in notis*, Rodenburch *d. tractatu pag. mihi* 166. Vinnius *ad princ. Inst. de curatoribus n.* 3. Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 15. 16. ubi numero 14. docet, Mechliniensibus, Antwerpiensibus, Ruremundanis, Transinsulanis, Daventriensibus, Vianensibus, aliisque placuisse, ut & post nuptias contractas immobilium contemplatione sic perduraret minorennitas, ac si simplex tantum ætatis venia fuisset obtenta, ex præscripto *l. pen. C. de his, qui ven. ætatis*. Quæ opinio & definitio utraque suis non destituitur justis fundamentis: æquum enim bonumque visum fuit, ut, qui ducta uxore cœperant recenter surgentis familiæ capita ac principes esse cum spe incrementi sobolisque in reipublicæ utilitatem suscipiendæ, liberam quoque rerum adipiscerentur dispositionem: ne alioquin alienandi & contrahendi facultate destituti, commerciorum usu carere cogerentur, nemine propter metum restitutionis contrahere cum his volente, arg. *l. aït. prætor* 7. §. *quæsitum* 8. *l. quod si minor* 24. §. *non semper* 1. *ff. h. t.* quo sæpe fieret, ut a justis familiæ honeste exhibendæ mediis depulsi, liberos non tam in spem reipublicæ tollerent, quam potius in spem paupertatis & esuritionis. Nec dubium, quin hæ similesque rationes apud eos multum valere potuerint, apud quos mercatura ac commerciorum libertas summo in pretio habetur, multifariam prærogativis præmiisque aucta; atque adeo apud ipsos quoque Hollandos secundum jam dicta, Rodenburch *d. loco*. Contra vero, dum alii considerabant, ætatis quidem veniam non nisi industriis concedi, & legitima firmari causæ cognitione; matrimonium vero puberis cujuslibet libero relinqui arbitrio, nec judicii firmitatem ad illud, aut personæ solertiam requiri, sed tantum nudum consensum; etiam minus liberum, aut nullum putarunt minoribus propter nuptias concedendum esse in res suas arbitrium, nec ejusdem debere potestatis esse nuptiarum contractum & veniæ ætatis impetrationem, Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 1. *post quæst.* 13.

7. Quicquid autem ex loci cujusque lege vel more hac in parte comprobatum fuerit, illud utique in universum receptum est, eatenus saltem, quatenus per nuptias maritus pro majorenne fuit habitus, restitutionis adjutorium ei denegandum esse, si forte damnosum ætatis lubrico celebraverit de talibus contractum, arg. *l.* 1. *C. de his, qui ven. ætat.* Groenewegen *ad l.* 2. *C. d. tit. n.* 7. 8. Paulus Voet *de statutis sect.* 4. *cap.* 3. *num.* 5.

8. Magis controversum est, an, qui secundum legem domicilii sui, majorennitatem pauciore annorum numero circumscribentem, aut ex impetrata ætatis venia vel nuptiarum interventu majorennis est, etiam ubique pro tali habendus sit, tum in contractibus, tum in alienationibus rerum, extra domicilii locum sitarum, in locis illis, quorum magistratus ætatis veniam haud indulsit, quorumque lege ad annos plures se minorennitas extendit, aut matrimonio non tanta tribuitur majorennitatis repræsentandæ vis? Sunt, quibus illud de rigore juris visum fuit affirmandum, dum statuta personalia egredi posse territorium statuentis arbitrantur; atque adeo qualitatem habilitatemque personæ impositam a lege domicilii ubique eandem comitari, ac ad bona ubicunque sita conditionem majorennitatis extendi, sic ut opinionis hujus vix contradictorem antea repertum fuisse asserat Wesel ad *novell. constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 23. *et seqq.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statut. divers. tit.* 2. *cap.* 2. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *cons.* 166. Quorum tamen sententiam cum plene confutatam dederim *tit. de constit. Princip.* parte altera, *de statutis num.* 7. 8. potius est, ut dicamus secundum ratiocinia ibidem proposita, majorennitatem a lege vel magistratu domicilii inductam summo jure porrigi non posse, aut vim exserere, nisi quantum ad bona intra statuentis territorium sita, neutiquam ad alia, magistratus alterius jurisdictioni subjecta. Et ex eo solo fundamento est, quod a Burgundo *ad consuet. Flandriæ* traditum est, *tract.* 1. *num.* 7 8. tanquam quotidiana firmatum experientia, Gandensem egressum annum 20. ætatis suæ, posse vendere & solemniter

mancipare feuda Hannonica; quia in Hannonia vicesimo completo anno majorennis quisque habetur, licet Gandavi demum quinti & vicesimi anni implementum inducat majorennitatem; quodque ex edicto perpetuo anno 1611. art. 13. inspiciendum fuerit, aut mancipans seu tradens ejus conditionis sit, quam bonorum situs requirit; ac denique etiam *d. tract.* 1. *num.* 12. *et seqq.* quod impetrata ætatis venia in loco domicilii non sufficiat minori ad alienationem rerum alibi sitarum, nisi interpositum appareat decretum judicis, sub quo sita sunt bona per eum alienanda, arg. *l. si prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor.* Quique id de cetero subtilitate nimia ratiocinatur Burgundus *d. loco*, dum contendit, contractus quidem ab hisce, qui pro majorennibus habiti ex lege domicilii, validos esse, ipsasque rerum immobilium venditiones ratas, licet sitæ illis in locis, ubi leges talem necdum pro majorenne habent: sed invalidas esse mancipationes rerum immobilium, seu traditiones solemnes, coram lege loci rei sitæ factas; & vice versa, contractus esse nullos ex lege domicilii, ex qua contrahens adhuc minorennis est; mancipationes tamen solemnes immobilium ibi sitarum, ubi lex eum majorennem habet, subsistere & translationem dominii operari. Fallit enim vehementer, aut fallitur, nisi me omnia jura fallant, quisquis contractum posse invalidum esse, & tamen traditione subsecuta dominium transire credit, aliisve persuadere nititur: qua enim, obsecro, ratione rata esse potest traditio, sive simplex sive solemnis illa, quæ coram lege loci fit, ne creditores credito, fiscus quadragesima aliave pretii parte fraudaretur clandestinis immobilium venditionibus ac traditionibus privatim factis, si causa, ex qua traditio sequitur, ipso jure nulla sit? Non utique satis recte hæc cohærere, plenius adstruxi *tit. præced. de dolo malo num.* 5. in quæstione, an dominium transeat, si contractus ob dolum nullus sit. Alterutrum proinde necesse fuerit, ut scilicet vel subsisteret contractus, quo dominium traditione transiret, vel traditio nihil efficeret, si præcedens traditionem conventio nulla esset. Vanumque Burgundi adversus hæc effugium est, jure quidem scripto dominium nuda traditione, non præcedente titulo legitimo non transferri, juxta *l. nunquam* 31. *ff. de acquir. rer. domin.* sed mores nostros aliis atque aliis niti principiis, *d. tract.* 1. *num.* 11. *in med.* etenim, uti hoc sæpius verum esse non diffitemur, ita & in traditionibus locum invenire, aliqua argumenti specie ex moribus deprompta fuisset adstruendum: præsertim, cum satis naturali ratione & æquitate subnixa sit illa Romani juris regula de traditione concepta: ne alioquin id, quod nullum est, insignes produceret effectus, contra receptum in omni arte axioma, id, quod nullum est, nullum posse effectum producere. Si ergo vicinas inter gentes quandoque id observari contingat, ut rata habeantur, quæ secundum conditionem ex lege domicilii personæ impositam recte gesta sunt, idque circa res alio in territorio sitas alioque regundas jure, id mera ex comitate aut ad summum ex tacita gentium vicinarum conventione profluere credendum est. Vide *tit. de constit. princip.* parte altera, *de statutis d. num.* 7. 8. adeoque non nisi in casibus illis interque populos illos, quorum intuitu praxis illa quotidiana in aperto est, hæc admittenda dixeris; in dubio autem magis standum esse iis, quæ de statutis territorium statuentis haud egredientibus, & habilitatem personæ ad res alibi sitas haud extendentibus ratiocinio pleniore fuerunt ante conclusa.

9. Ubi autem per nuptias, aut legem municipalem, aut impetratam ætatis veniam, major quis factus est, necdum expleto quinto & vicesimo ætatis anno, dubium illud excutiendum superest, an non dissolutione matrimonii, aut migratione ad alium locum tollatur illa majorennitas, quæ a prioris domicilii lege aut principali beneficio introducta fuerat si tempore viduitatis aut domicilii translati nondum illos impleverit annos, qui domicilii novi lege majorennem constituunt, aut fuissent requisiti, si defuisset matrimonii contracti introducta ex moribus prærogativa? Viduitate in masculis quidem superveniente, antequam legitimum implevissent annorum numerum, non reviviscere minorennitatem, adeoque nec restitutionis auxilium in casum læsionis, verius est; cum enim semel a lege habiles judicati ad sua in totum vel pro parte regenda, eam non perdant habilitatem superveniente viduitatis fato, nec in tutoriam patriamve relabantur potestatem semel legitimo liberati modo, ut dictum fusius *tit. de adoptionibus, num.* 14. consequens est, eos æque dissoluto matrimonio pro majorennibus habendos esse, atque habiti fuissent, si diutius constitisset nuptialis consuetudo. In viduabus vero vix est, ut idem asseratur: etenim (ut paulo altius rem repetam) quod mulier minorennis viro juncta, si damnosum in rebus œconomicis, suæ curæ permissis, contractum celebraverit, non restituatur, non inde est, quod & ipsa per nuptias pro majorenne habenda foret, cum potius ea ratione perpetuæ atque arctiori subjiciatur curæ mariti sui, non nisi cum matrimonii vinculo dirimendæ: sed potius, quod mariti consensu expresso vel tacito sic contrahens, institorio seu procuratorio nomine magis pro viro, quam proprio nomine videatur contraxisse, nec maritus restitutionis auxilio juvandus sit, quippe per nuptias in majorennium classem translatus. Sed &, si propriis in rebus contrahendo læsa foret, alienatis forte dotalibus aut paraphernis ex viri auctoritate, nec tunc per restitutionem ei succurrendum foret illis in locis, in quibus tam ampla moribus est maritalis potestas, ut & sine uxoris voluntate maritus bona uxoris alienare possit; (veluti in Hollandia licet prole communi beatum non sit matrimonium, Ultrajecti si proles communis existat, aut de mobilium alienatione agatur) cum etiam tunc vir ipse jure maritalis potestatis per uxorem censeri debeat contraxisse & alienasse. At ubi magis circa res uxorias restricta invenitur viri potestas, sic ut non nisi ex consensu mulieris res ejus alienare queat aut obligare; (ut, puta Ultrajecti immobilia, si proles communis non sit) dicendum foret, mulierem minorennem ex eo læsam in suis rebus, quod viro alienanti consensum ad alienationem necessarium præbuit, restituendam esse: neque enim tunc ut viri sui procuratrix contraxisse vel consensisse dici potest, neque ipsa per nuptias majorennis facta est, sed similis plane minorennibus aliis, auctore curatore contrahentibus, quibus ex contractu damnoso læsis restitutionis adjutorium non solet denegari. Quod si ergo mulier minorennis per matrimonium

sociata viro nunquam pro majorenne habeatur, multo magis vidua facta in eadem perdurabit. minorennitatis conditione jureque, donec annorum viginti quinque, aut alterius ætatis per legem municipalem perfecta curricula naturaliter impleverit: atque adeo viro jam mortuo per suos læsa contractus, quos viri destituta consilio imprudenter ac lubrico ætatis cum suo inivit dispendio, restitutionis auxilio non destituenda. Quamvis enim marito mortuo neque in patriam, neque in tutoriam recidat potestatem, nec ullum teneatur de novo curatorem recipere, ut latius probatur *tit. de adoption.* non tamen etiam majorennis est, sed magis Romanis assimilanda minoribus, qui licet morte curatoris sui a cura liberati, non tenerentur alium curatorem inviti recipere: minorennium tamen numero adscripti manebant, a restitutionis beneficio non exclusi, si ex judicii infirmitate, per ætatem contingente, læsionem subiissent, arg. *l. si curatorem* 3. *in fin. C. de in integr. restit. minor.* junct. §. 2. *Instit de curatoribus*. Neque jure nostro, quo utimur, perpetuum est, illas, quæ suo possunt arbitrio contrahere sine curatore, ideo depellendas esse a restitutionis impetrandæ spe: ne alioquin ex apposito concludendum foret, superfuturum restitutionis remedium illis, quæ non suo arbitratu, sed adhibita ex more loci curatoris auctoritate, contraxissent cum damno, quod tamen falsum esse testatur praxis illarum regionum, in quibus nulla ætatis cujuscunque fœmina sine curatore potest efficaciter actum gerere, Groenewegen *ad l.* 3. *in fine C. de in integr. restitut. minorum.* Rodenburch *de jure conjugum tract. præliminari de stat. divers. parte altera, cap.* 4. *n.* 10. *pag. mihi* 172. 173.

10. Migrationem quod attinet, si quis ex lege domicilii derelicti anno forte vicesimo completo major factus fuerit, translato domicilio ad locum illud, ubi non nisi absoluto viginti quinque annorum curriculo quisque major habetur, non dubitem quin ex novi domicilii jure incipiat iterum minorennis esse, curatoris etiam auxilio regendus, ac particeps futurus restitutionis una cum aliis ejusdem regionis coætaneis minorennibus, ubi se temeritate juvenili læsum docuerit, Rodenburch *de jure conjugum d. tract. prælimin. parte altera, tit.* 2. *cap.* 1. *num.* 5. *pag.* 107. sive per omnia statum personæ a domicilii solius lege dependere credamus, sive tantum intuitu mobilium ex lege domicilii regendorum, ubicunque sint, ut ante disputatum. Idemque judicium esto de eo, qui a prioris domicilii Principe impetraverat ætatis veniam, si mox domicilio mutato sedem fortunarum alio sub Principe constituerit, ubi, secundum territorii legem generalem, necdum per ætatem poterat majorennis censeri. Quid enim, quæso, interest, generali lege prioris domicilii pro majore fuerit habitus, an speciali Principis beneficio ac jure singulari; cum non plus juris singulari personæ privilegium præter jura communia indultum tribuere queat, quam si lege generali idem omnium subjectorum intuitu fuisset constitutum? Perquam enim absurdum durumque fuerit, reliquos ejusdem loci cives in rebus suis administrandis minores haberi; hunc recens advenam contra legem territorii ac sine venia novi Principis, cui se per domicilii translationem submisisse censendus est, omnia, ringentibus ceteris, suo agere arbitratu. Et sane est, quod sibi uterque imputet ac de se queratur, quod minorennium numero se rursum adscriptum videat, si id sibi grave putet; cum potuerit, retento domicilio pristino, in pristina quoque manere conditione, ex loci lege, vel principali beneficio semel quæsita. Ne dicam, fieri posse, ut vel eum in finem migrationem instituat, qui in prioris domicilii loco jam majorennis ex lege, aut venia ætatis habebatur, ut in negotiis contrahendis curatoris auxilio muniatur, & captus ac circumscriptus auxilii ætatis implorandi licentiam habeat, dum se adhuc rebus suis prudenter tractandis imparem deprehendit; quippe longe honestius ac minore cum existimationis detrimento hanc subiturus sui status mutationem ex generali domicilii novi jure, quam si adversus impetratam ætatis veniam iterum Principi supplicaret, & allegata propria, si non turpitudine, at saltem simplicitate atque negotiorum imperitia, impetraret beneficii velut indigno aut inhabili concessi, abolitionem. Quod tamen recte peti & obtineri posset per eum, qui præmature imprudenterque affectatam suo cum detrimento ætatis veniam sibi, tanquam minus idoneo minusque perito, nocere credit ac experientia edocetur: ad eum scilicet effectum, ut in negotiis postea tractandis ad ætatis auxilium confugere possit; si se ætatis facilitate circumventum probet; non vero, ut negotia, inter impetratæ veniæ iterumque obtentæ abolitionis tempus gesta, per restitutionem in irritum deducerentur: cum ita futurum esset, ut hi, qui medio tempore cum talibus contraxissent, imperiali auctoritate viderentur circumscribi, contra *l.* 1. *C. de his, qui veniam ætatis.* Oddus *de restitut. part.* 1. *quæst.* 23. *art.* 10. *num.* 45. 46. Christinæus *ad l. Mechlinienses tit.* 19. *art.* 28. *num.* 9. Montanus *de tutelis cap.* 37. *part.* 2. *n.* 37. Brunnemannus *ad l.* 1. *C. de his, qui ven. ætatis*, Hilligerus *Donell. enucleat. libr.* 21. *cap.* 12. *lit. Z. in not.* Sed &, si converso casu minorem concipiamus impleto anno vicesimo transtulisse domicilium ex loco, in quo vicesimi quinti anni implementum ætatem demum perfectam constituit, ad locum talem, ubi anno vicesimo quisque majorennis est; non absurdum fuerit, hunc tali ex migratione confestim majorennem censeri, tum a cura liberatum, tum a restitutionis spe circa negotia deinceps contrahenda secludendum; si modo auctore tutore, & sine cujusquam fraude, domicilii mutationem intervenisse constet, nec videri possit quæsitus color, quo maturius se tutor onerosæ curationis administrationi subducat: neque enim ita promiscue illa domicilii transferendi potestas tutori videtur indulgenda, ne alioquin esset in potestate tutorum & tutelas finire, & adolescentes judicii necdum satis firmati captionibus objicere sine restitutionis spe, arg. *l. nec ei* 17. §. *eorum* 1. *ff. de adoption.* Rodenburch *de jure conjugum d. tract. præliminar. parte altera tit.* 2. *cap.* 1. *numer. ult.*

11. Quamvis autem & ætatis venia, & nuptiis, & peculiaribus locorum quorundam statutis, qui necdum vicesimum quintum decucurrit annum, pro majore habeatur in rerum administratione, & alienatione, ac denegato restitutionis adjutorio ex capite minorennitatis secundum jam exposita; tamen, si quis quid dari fierive voluerit, sive testamento sive pactione, & legitimæ ætatis fecerit mentionem,

veluti si alimenta usque ad ætatem perfectam præstanda fuerint, aut res ex fideicommisso post ætatem perfectam restituendæ, non ea in dubio designata videbitur, quæ ab imperiali suppletur beneficio aut municipali lege, sed quæ viginti quinque annorum curriculis impletur, *l. ult. C. de his, qui ven. ætatis*, ne alioquin ea, quæ in minorum favorem ac adinventa sunt, ut scilicet maturius ad liberam rerum suarum gestionem liberumque dominici juris exercitium perducerentur, in eorundem producantur læsionem: contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, Brunnemannus, Augustin. Barbosa. & vulgo DD. *ad d. l. ult.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 163. Neque his repugnat *l. qui filium* 74. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell.* in qua ab Imperatore definitum dicitur, annum adjectum restitutioni fideicommissi, non de impleto, sed inchoato intelligendum esse: non enim id ordinarium erat, sed ex ipsis profluebat fideicommissi verbis, continentibus, restitutionem faciendam fuisse, *si ad annum vicesimum ætatis pervenisset*, ut Paulus in *d. l.* monet.

12. Excussa hactenus spinosa de minorennitate materia, superest, ut de restitutione minorum agamus; quæ nulli tribuenda, nisi & de minorennitate, & de læsione ex lubrico ætatis allata constet. Ætatis probatio non modo per testes fieri potest, sed & per instrumenta, libros baptismatis ex more nunc inter Christianos recepto. Rebuffus *tract. de restitution. tom.* 2. *art.* 1. *gloss.* 3. *num.* 2. 3. vide prolixe Mascardum *de probation. conclus.* 668. & *seqq. usque ad conclus.* 680. professionem parentum, quam illi tempore nativitatis apud acta faciebant; cum nulla fraudis subesset suspicio, incertumque prorsus, an profuturum liberis aliquando esset, an vero nociturum ætatis perfectæ implementum. De qua natalium professione accipienda *l. statum* 6. *C. de fide instrum. l. etiam matris* 16. *l. Imperatores* 29. §. 1. *ff. de probation. l. omnes* 2. *C. de his, qui ven. ætat. l. excusantur* 2. §. *ætas* 1. *ff. de excus. tut. l.* 1. *C. si minor se majorem dixerit.*, *l. non nudis* 14. *C. de probation. l. nec. omissa* 15. *l. parentes* 22. *Cod. de liberali causa*, & de hujus professionis modo, origine, auctoribus, vide Brissonium *select. antiquit. juris civilis*, *libr.* 1. *cap.* 5. Gothofredum *ad l.* 6. *C. de fide instrument.* Idemque juris videtur esse in ea privata parentum adnotatione, qua liberorum nativitatem & alia familiæ notabilia observare solent, maxime, si jam defunctis ipsis scripturæ tales producantur, Mascardus *de probat. conclus.* 670. Non tamen admittenda parentum depositio de liberorum ætate, eo tempore interposita, quo de restitutione controversia erat, aut saltem prævideri poterat, an lucro, an damno futura liberis sit ætas sua, arg. *l. testis idoneus* 9. *ff. de testibus*. Probatio autem minorennitatis ipsi incumbit restitutionem petenti, sive actoris instar ipse prius auxilium prætoris extraordinarium imploret; sive ex contractu damnoso conventus, exceptione ætatis se cupiat tueri, *l. si minorem* 4. *C. h. t. de in integr. restit. minor* 25. *ann.* cum utroque in casu vel petitionis vel exceptionis fundamentum in ætate constituat, nec minus reo incumbat exceptionis, quam actori intentionis probandæ onus, *l.* 1. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. eod. tit.* atque insuper in dubio magis unusquisque contrahens præsumatur habuisse legitimam personam expediendi efficaciter actum, ad quem processit; sic ut contrarium asserenti, tanquam ei, contra quem militat præsumtio, imponenda videatur necessitas probationis. Rebuffus *d. tract. de restitutionib. art.* 1. *gloss.* 3. *num.* 2. & 3. Menochius *de præsumtion. libr.* 2. *præsumt.* 50. *num.* 3. & *seqq.* & *num.* 21. & *seqq.* Mascardus *de probation. conclus.* 667.

13. Læsionem quoque apparere necesse est, dum minor vel quod habuit, amisit, veluti donando, vendendo, aliisque modis quamplurimis; vel quod acquirere potuit, omisit, hæreditatem forte aut legatum repudiando, inofficiosi querelam negligendo, & similibus; vel denique oneri se subjecit, quod potuisset declinare, ut, puta, fidejubendo pro aliis, aut damnosam adeundo hæreditatem, *l. non omnia* 44. *l.* 45. *l. pen. ff. h. t.* Quamvis vero læsio non soleat in dubio præsumi, sed per allegantem, atque adeo per ipsum quoque, qui se lubrico ætatis deceptum ait, probanda sit, dum non utique qui minor est, statim & circumscriptum se docet, *l. nam postquam* 9. §. *si minor* 4. *ff. de jurejur. l. minoribus* 5. *C. h. t. de in integr. restit. minor.* 25. *ann.* quandoque tamen contra se res habet, quoties scilicet ea per minorem gesta sunt, quæ sua natura solent damnosa esse: quid enim, si fidejusserit? noxa utique præsto est. Quid si donaverit? perdidisse creditum secundum Hermogenianum *l. filiusfamilias* 7. *pr. ff. de donation.* Quid si mutuam acceperit pecuniam? sane cum illa adolescentibus maxime perniciosa fuerint habita, creditori imponendum fuit probandi onus, nummos creditos in utilitatem minoris fuisse conversos, *l.* 1. 2. *C. si adversus creditorem*, vide Fachineum *libr.* 2. *controv. cap.* 43. Menochium *lib.* 6. *præsumt.* 27. *num.* 10. Mascardum *de probation. conclus.* 1166. 1167. 1168. Struvium *ad Pand. h. t. num.* 43 frequenter namque juxta illud Horatii de arte Poët. *ver.* 160. & *seqq.*

Imberbis juvenis tandem custode remoto,
Gaudet equis, canibusque, & aprici gramine campi,
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper,
Utilium tardus provisor, prodigus æris.

14. His probatis, aut ex præsumptione non enervata perspicuis, restitutio minoribus ob fragile & infirmum ætatis consilium conceditur tum adversus judicialia negotia, tum adversus extrajudicialia. Extrajudicialia plura sunt; veluti adversus confessionem suam temere factam, *l. certum* 6. §. *pen. ff. de confessis*, aut temere prætermissam, cum potuisset confitendo pœnam evitare, *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. h. t. l. electio* 26. §. *neque heredi* 5. *in fin. ff. de noxal. action.* adrogationem sibi non expedientem, *l. nonnunquam* 32. 33. *ff. de adop.* novationem, delegationem, acceptilationem, *l. patri* 27. §. *si minor* 2. & 3. *l. minor omnis* 40. *l. ult. ff. h. t.* agnitionem legati, cui plus oneris, quam emolumenti adhæret, *l. si minor* 34. §. 1. *ff. h. t.* mandatur interpositum aut susceptam alieni negotii gestionem, *l. cum mandatu* 22. *l.* 24. *ff. h. t.* neglectam insinuationem fideicommissi, quæ multorum moribus necessaria est, ut res ipsæ fideicommissi vinculo reali afficiantur. Vide Abr. a

Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 22. *num.* 7. 8.

15. Ad hæc minori succurri potest adversus rerum suarum venditionem, quam ipse fecerat lege non prohibente, *tit. C. si advers. vendition. l. pen. ff. h. t.* Neque hanc restitutionem contra venditionem impediet, quod decretum de rebus immobilibus vendendis, petente curatore, a judice interpositum sit ex præscripto Imperatoris Severi in *l.* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut.* Non enim decretum prætoris læsionem omnifariam avertit; sed potius ad probandam justam alienationis faciendæ causam adhibetur. Ut proinde iniquum fuerit, probata læsione, minorem tamen ob accedentem judicis auctoritatem in damno hærere; cum vel propriam sententiam malit judex in favorem minoris rescindere, quam eundem relinquere læsioni obnoxium, dummodo de graviore læsione constet; parcius enim & circumspecte post decreti interpositionem restitutiones concedendas esse, vel ipsorum minorum utilitas exigit; ne alioquin ob nimium restitutionis imminentis timorem eveniret, ut nullus ad rerum pupillarium accederet emtionem, *l. si ea* 2. *C. de fidejuss. minor. l. si quidem* 11. *Cod. de præd. & aliis reb. minor.* junct. *l. ait prætor* 7. §. *quæsitum* 8. *ff. h. t.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 46. Parladorius *rer. quotid. lib.* 2. *cap. fin.* §. 13. *num.* 18. Nec tantum subveniendum minori, si damnum ex eo senserit, quod pretio viliore res projecta fuit, uti id constat ex *d. l. si quidem* 11. *Cod. de præd. minor.* sed &, si in eo se circumventum queratur, quod in majoribus profectares, in quam peculiaris merito cadebat affectio, distracta sit; domus forte, in qua pater defecit, minor crevit, ac fixæ conspiciuntur majorum imagines, non nisi cum luctu posteritatis revellendæ, cum aliæ non deessent res minores, quæ, minori obnoxiæ affectioni, potuissent leviore cum præjudicio divendi, arg. *l. si in emtionem* 35. *ff. h. t.* junct. *l. lex, quæ tutores* 22. *in med. C. de admin. tut.* ita post Oddum *de restitut. part.* 2. *quæst.* 57. *art.* 2. *n.* 15. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 24.

16. Quod si non ipse minor rem suam distraxerit, sed alius eam vendiderit, tradideritque tanquam suam, si quidem privatim, aut etiam auctione quidem publica venditio facta sit, sed ad eam traditio ex libera voluntate privatim sine prævio judicis decreto ac decreti solemnibus subsecuta fuerit; non dubium videtur, quin ne restitutio quidem minori necessaria sit; sed ordinaria contra emtorem, ut possessorem, rei vindicatio intentanda; eo quod res mea sine facto meo sola alterius privati voluntate in alium transferri nequit, *l. id, quod nostrum* 11. *ff. de regul. juris.* Verum si post venditionem publice privatimve factam, tradita fuerit res (ut fieri aliquando majoris securitatis causa solet hodiernis moribus) præmissis edictorum solemnibus, citatis omnibus, qui traditionis impediendæ jus sibi competere arbitrantur, ut contradicant, si possint, atque ita decretum sit interpositum; certum quidem hodie, ob decreti solemnis auctoritatem translatum tunc esse in emtorem dominium; sed cum & illud certum sit, minorem ætatis lubrico potuisse labi, quo minus intercederet decreto judicis interponendo: ratio nulla est, cur non & hoc casu ei per ætatis auxilium subveniretur, ac redintegrato dominio redderet quoque possessio rei; adeo quidem, ut nec pretium emtori reddendum sit, sed is actione de evictione consulere sibi debeat; nec venditionis aut decreti impensæ restituendæ, utpote nec culpa nec in commodum minoris, sed imprudentia venditoris, & in utilitatem contrahentium factæ, Ant. Matthæus *de auctionib. d. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 26. & 28. *in med.* & *cap.* 18. *num. ult.* eoque facit quod a Groenewegio *ad l.* 13. *Cod. de evictionibus* adnotatum est, solemniter subhastata a nemine evinci posse, *nisi forte causa sit, ob quam absenti appellandi facultas restituatur;* si enim absenti etiam majori adversus traditionem ex decreto factam ex causa subveniri possit; longe sane justius fuerit, minorem ætatis auxilio non destitui, ubi alius nullo jure rem minoris imprudenter distraxit ut suam, tradiditque. Adde Instruct. Cur. Ultraj. *tit.* 16. *art.* 8. Statut. Urbi Ultraj. *tit.* 15. *art.* 4. Quin & quod magis est, electio minori hoc in casu videtur concedenda esse, utrum ex restitutionis auxilio rem suam recuperare velit, emtore remoto, secundum jam dicta, an ipsum pretium, quo res distracta, repetere non tantum ab eo, qui vendidit, sed & a creditoribus ejus (casu posito, quod inter creditores venditoris rei venditæ pretium, ex voluntate venditoris aut judicis adjudicatione ex more facta, fuisset jam distributum) ita suadentibus variis juris rationibus, quas contraxit in unum Antonius Matthæus *d. tract. de auct. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 2. 3. *Cui enim* (sunt verba ipsa viri doctissimi) *conceditur quod plus est, et etiam quod minus est, licere debet, l. non debet* 21. *ff. de reg. jur. plus autem est rescissa addictione vindicare rem posse, minus, salva addictione pretium persequi. Deinde indebita quodammodo est ea pecunia, quæ ex re mea ad creditores alterius pervenit. At licet a me per errorem non sit soluta, est tamen illis soluta errore judicis, & quidem exacta cautione, ut si postea potiora jura habentes comparuissent, eam pecuniam his restituerent. Postremo si privilegii creditores condicere pecuniam possint non privilegiariis solutam, quanto magis id poterit dominus, quippe qui omnibus creditoribus potior sit.* Quibus adde, rationem non esse, cur magis minoribus jus competeret utiliter vindicandi rem ex sua pecunia per tutorem aut alios emtam, aut pecuniam recuperandi suo arbitratu, juxta *l. si tutor* 2. *ff. quando ex facto tut. min. agere, l. si curator* 3. *C. arbitrium tutelæ,* junct. *l. si ut proponis* 8. *C. de rei vind.* quam in casu præsenti, ubi converso modo ex re pupilli per alterius factum pecunia redacta est: quid enim interest, utrum ex pecunia res, an ex re pecunia redacta, adeoque an res in pecuniam, an pecunia in rem commutata proponatur? arg. *l. ita constante* 26. & 27. *ff. de jure dot.* Et denique, quid in nummos persequi valeat ex re sua redactos, quo ipso & decretum judicis stabit fixum ratumque, & lites diminuuntur absque creditorum læsione? cum enim re ipsa evicta, in omnem eventum creditores vi cautionis emtori tenerentur accepta restituere; quid, quæso, refert, emtori, an minori refundant soluta?

17. Similiter succurrendum ætati minori adversus venditionem pignorum ad minorem pertinentium, per creditores factam: ubi tamen distinguendum, an minor ipse pignus jure constituerit, an prædecessor

ejus, cui hæres extitit, an denique pignus judiciale aut prætorium per missionem in possessionem aut capionem bonorum judicati exsequendi causa natum sit. Si enim minor ipse pignus rite constituerit, uti in aliis, ita & hic adversus distractionem a creditore factam ei succurrendum erit, si per eam læsus sit, *l. si creditor* 7. §. *illud* 1. *ff. de distract. pignor. l.* 1. *C. de præd. & alii reb. minor.* Sin a minoris prædecessore illud constitutum fuerit; venditio, durante hæredis minorennitate facta, rescissioni haud erit obnoxia, licet læsio quædam appareat, sed vel contra curatores, venditionem permittentes, agendum, vel contra creditorem; si non bona fide in distrahendo versatus sit, *l. rem, quam a patre* 2. *C. adversus venditionem pignorum*, *l. Æmilius* 38. *circa med. ff. h. t.* nisi cum creditoris vendentis fraude concurrat etiam emptoris ipsius collusio ac dolus: tunc enim restitutionis auxilium adversus venditionem fraudolentam quin prætor impertiri debeat, haud dubitandum; cum & majorennibus pignorum distractorum dominis ita læsis, per venditionis rescissionem succursum sit, *l. non est vobis* 2. *Cod. de præd. & aliis reb. minor.* junct. *l.* 1. *&* 3. *Cod. si vend. pign. agatur*. Sed & si judicialis vel prætorii pignoris nexu devincta fuerint minoris bona, & ita in utilitatem creditorum rite distracta, ac postea adversus decretum aut sententiam, cujus vi celebrata est venditio, restitutus minor sit, rerum quidem sic alienatarum pretia recuperare poterit; ipsa vero venditio difficulter per restitutionem resolvenda est, nisi grande seu enorme damnum minori ista ratione illatum constet, *l. si ex causa* 9. *pr. ff. h. t. l.* 1. *Cod. si adverf. vendit. pignorum*, & hoc, si ob debitum a patre aliove prædecessore contractum, missio in possessionem bonorum prædecessoris, ad minorem devolutorum, decreta sit: nam quamvis, missione facta in ipsius pupilli bona, venditio usque ad pubertatis tempus differenda sit quoties id contigit ob debitum prædecessoris, aut cum ipso pupillo contractum; aliter tamen obtinet in bonis prædecessoris: dum perquam iniquum visum fuit, eum, qui nihil cum pupillo contraxit, ejusdem pubertatem aut majorennitatem debere expectare, *l. apud Julianum* 3. *pr. ff. quib. ex caus. in poss. eatur*, junct. *l. Fulcinius* 7. §. *plane si* 10. *& seqq. eod. tit.* Sed cum hodiernis moribus venditio pignorum & traditio ex judicis decreto fiat auctione publica, adhibitis hastæ solemnibus, proscriptionibus rerum, edictis, aliisque similibus; nec facile hastæ fiscalis fides convellenda sit, ne publica auctoritate emtores sese circumscriptos conquerantur, *l. si hypothecas* 8. *de remiss. pignor.* calculo frequentiore comprobatum est, in universum nunc ratas manere venditiones pignoris ad minorem pertinentis, sive illud ab ipso pupillo legitime devinctum sit, sive a prædecessore ejus, sive pro prædecessoris, sive pro minoris ipsius debito recte contracto, Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 7. *art.* 2. *n ult.* Guido Pap. *dec.* 22. *n. ult.* ubique Ranchinus *in notis in fine*. Berlichius *dec.* 126. Brunnemanus *ad l. ult. C. si adversus fiscum*, Groenewegen *ad tit C si advers. vendit. pign. & ad l.* 13. *C. de eviction.* Adde Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 25. atque adeo nunc commune factum est, quod jure Romano erat singulare in fisco, ut scilicet minori non daretur restitutio, ubi fiscus ob debitum fiscale bona pupillaria distraxisset bona fide, ac interposita hastarum solemnitate, *l. ult. C. si adversus fiscum*, *l. quæcumque* 5. *C. de fide & jure hastæ fiscal.* Si tamen manifestissima ac enormis læsio minori per illam solemnem pignorum distractionem illata appareat, nec a tutoribus aut alia ratione indemnitatem queat impetrare, non dubitaverim, quin æquitate rei motus judex per restitutionem minori opem jure laturus sit; ne alioquin ea, quæ læsionis averruncandæ gratia prudenter a nostris sunt excogitata majoribus, præter ac contra primam auctorum suorum intentionem in injustitiæ velamenta degenerent, & fiant vincula iniquitatis. Quid vero juris sit, si per errorem res minoris, tanquam res tertii; pignori capta ac distracta fuerit, ex iis, quæ supra de venditione rerum ejus extra causam pignoris sunt tractata, facile colligendum est.

18. Est & restitutioni locus adversus donationem a minore, debito modo (id est, auctoritate tutoris in mobilibus, decreto in immobilibus) factam; si appareat, eam illis quidem ex causis in alios collatam esse, in quibus sine reprehensione tutores pupillo donanti possunt auctores fieri (quæ recensentur *l.* 1. §. *sed & si* 2. *ff. de tutel. & ration. distrah. l. cum plures* 12. §. *cum tutor* 3. *l. tutor.* 42. *ff. de admin. & peric. tut.*) sed tamen immoderatam; dum vel supra patrimonii pupillaris vices est, vel ultra natalium dignitatem. Idemque est, si filius minorennis patri, res filii donanti, consensum præbuerit, *l. ult. C. si advers. donat.* Nec refert an simplex donatio sit, an remuneratoria, quoties donatio longe superat officii aut beneficii accepti proportionem, Oddus *de restitution. part.* 2. *quæst.* 58. *art.* 4. Cumque donationis species sit in dotem datio, etiam audiendam esse puellam Romanæ leges voluerunt, si minorennis existens omnia sua bona marito in dotem dedisset, aut supra patrimonii vires promisisset, eoque se læsam posset docere, *l. un. C. si advers. dotem*, *l. si ex causa* 9. §. *in dotis* 1. *ff. h. t.* Oddus *d. tract. de restitut. quæst.* 59. *art.* 3. adde *tit. de jure dot. num.* 4. Sed quia nunc alia dotum, quam ex jure Romano, ratio est, dum plerumque extra dotalia bona mulieres nuptæ sua solebant habere paraphernalia, ut & receptitia, neque quicquam dotale erat, nisi de quo, ut dotale esset, nominatim convenerat; adeo ut nec actio quasi ex dote promissa competerit, si sine quantitatis designatione scriptum fuisset instrumento nuptiali, *eam, quæ nubebat, dotem dare promisisse l.* 1. *C. de dotis promissione*, contra vero nunc nostris & multorum moribus omne mulieris patrimonium ex juris statutarii dispositione dotale sit, vigente omnium bonorum inter conjuges communione, nisi aliud pactis dotalibus placuisse constet; rationi consentaneum est, mulieri omnia bona in dotem conferenti non esse impertiendum ætatis auxilium; neque enim se captam aut circumscriptam recte conqueritur, quæ jure communi utitur, ac sequitur juris publici dispositionem, *l. ult. C. de in integr. restit. minor. l. nihil consensui* 116. §. *non capitur* 1. *ff. de reg. jur.* arg. *l. verum* 11. §. *item non restituetur* 4. *ff. h. t.* Groenewegen *ad d. l. un. C. si advers. dotem*.

19. Doarium seu dotalitium seu lucrum dotis pa-

ctis dotalibus constitutum quod attinet, nec ejus intuitu minori sive masculo, sive fœminæ, restitutionis auxilium debere concedi, si immoderatum dicatur promissum, Groenewegius auctor est *ad l.* 1. *C. si adversus donat.* tum quia in ipsa minoris restitutione partis quoque adversæ causa redintegranda est, ut in sequentibus dicetur; quod tamen contracta semel individua vitæ consuetudine fieri non posse, palam est. Tum quia minor æque ac majorennis, etiam sine pactis dotalibus nuptias contrahere potest, atque ita omnia sua bona conjugali communioni obnoxia facere. Nec est, quod quis putet, debiliorem esse rationem posteriorem, ac male a licentia inducendæ per nuptias communionis statutariæ ad immoderati dotalitii pactionem fieri illationem, quasi communione statutaria minor ad summum nil præter dimidiam patrimonii partem uxori inopi communicandam perdere posset; at dotalitio immoderato etiam totam suam substantiam absorbere. Etenim & plus quam dimidium & totum patrimonium communione statutaria æque ac dotalitii constitutione amitti posse, inficias non ibit, quisquis meminerit, non lucri tantum, sed & damni communionem statuto induci. Fac ergo, maritum mille possidentem matrimonio jungi mulieri, subductis omnibus mille debenti supra vires patrimonii, fieri aliter non poterit, quin communionis jure non dimidia, sed universa mariti substantia, protinus a nuptiis contractis, in usum creditorum solutionem urgentium convertatur, marito bonis omnibus spoliato. Ceterum quod de dotalitio dictum hactenus per restitutionem haud infirmando, idem quin & in ipsa sponsalitia largitate immoderata moribus nostris locum sibi vindicet, non videtur dubitandum: quia fieri potuit, ut non alia lege, quam accepto tam amplo insolitoque dono puella in sponsalia aut nuptias fuisset consensura, ad quas nunc aureo velut imbre invitata, commoveri se passa est; quali ad nuptias incitamento post eas contractas non videtur fraudanda, non magis, quam de jure Romano maritus erat dote privandus, quæ ei in bona fide posito in fraudem creditorum data erat, aut per errorem ab aliquo tanquam mulieris debitore, qui debitor non erat, mulieris jussu, constituta, ratione addita, quod indotatam ducturus non fuisset, *l. ult.* §. *si a socero* 1. *in fine ff. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit. l. si donatus* 9. §. 1. *ff. de condict. caus. data causa non sec.* Jure tamen Romano restitutionem adversus immodicam largitatem sponsalitiam potuisse impetrari, colligi potest, arg. *l.* 1. *C. si adversus donation.* Oddus *de restitution. quæst.* 58. *art.* 5.

20. Jurisjurandi quoque delatio, per minorem facta, iis est accensita negotiis, adversus quæ minori subveniri potest, *l. nam, postquam* 9. §. *si minor* 4. *ff. de jurejurando.* Uti & transactio, quoties illa non ipso jure inutilis est. Etsi enim difficulter in transactione evidens læsio appareat; dum etiam tunc, cum nulla res media est, nullumque subest debitum, hoc ipsum quod a lite disceditur, videtur sufficiens transactionis causa esse, *l. in summa* 65. §. *& quidem* 1. *ff. de condict. indeb.* tamen, si postmodum appareat, transactione jus liquidum minoris fuisse remissum, quod majorennis alius non eadem fuisset facilitate remissurus, nihil impedimento est, quo minus restitutio concedenda foret, redintegrato utrique transigenti jure suo, *l.* 1. 2. *C. si advers. transact.* Nec multum a transactione recedit rerum communium facta divisio, quæ & ideo transactioni juncta est in *d. l.* 1. *C. si adversus transact.* tamquam similem cum transactione rescissionem recipiens, si ex divisione inæquali damnum minor senserit ad divisionem provocatus; nam si provocasset ipse, nullius foret momenti divisio ad talem subsecuta provocationem, *l. si pupillorum* 7. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt*, sive ipsa rerum hæreditariarum divisio facta sit, sive mediante rerum adjudicatione communio diremta fuerit, sive denique uno pretio oblato dimissio a communione secuta sit, rebus omnibus penes eum, qui pretium dedit, pleno dominii jure remanentibus; quo ipso quasi transactum de hæreditate videtur, etiamsi non proprie dicta transactio sit, ac nostratibus non *dadingh* sed *uytokop* appelletur. Ut tamen difficilius adversus hujusmodi transactionem restitutio concedenda sit, quoties inter parentem superstitem liberosque minorennes de parentis defuncti hæreditate intercessit; eo quod generaliter adversus parentes parcius, quam contra extraneos indulgeri hoc remedium, *tit. primo* dictum est; præsertim, si cum pretio hæreditatis a parente superstite soluto, susceptum insuper alendi onus aut liberalitas quæcunque alia, ab eo in liberos profecta, pretii vilitatem videatur supplere posse ac compensare, aut elapsum jam sit quadriennium restitutioni huic petendæ præfinitum; ut ut alioquin adversus ipsum temporis lapsum non adeo gravate restitutio nunc impetretur, ut *tit. primo* dictum, Papon. *libr.* 16. *tit.* 4. *arrest.* 13. D. Someren *de jure novercarum cap.* 6. *sect.* 2. *num.* 8. ibique cit. Christinæus, casum non plane dissimilem definiens, *ad leg. Mechlinienſ. tit.* 16. *art.* 29. *in additam.* vers. *quare.*

21. Circa solutionem, qua se minor captum contendit, distinctione opus est. Aut enim minor solvit, aut ex adverso ei solutum est. Si ipse solverit quod naturaliter ac civiliter debebat, si quidem, auctore, tutore, restitutioni locus non est; cum læsus dici nequeat, qui solvit illud, ad quod solvendum actione civili constringi potest, *l. magis puto* 5 §. *sed si pater* 6. *ff. de reb. eor. qui sub tutela vel cura.* Sin sine tutoris curatorisve auctoritate, exstantium quidem adhuc nummorum vindicatio competit; consumti vero nec repeti possunt, nec ætatis auxilio redire ad minorem, sed potius ei liberatio contingit, *l. quod si forte* 14. §. *ult. ff. de solution. l. non omnis* 19. §. 1. *ff. de reb. credit.* Quod si non civiliter debuerit, sed tantum naturaliter, aut plena subsit naturalis obligatio, aut minus plena, dum sine tutoris auctoritate se obligavit: hoc quidem casu restitutione opus non est, cum sufficere minori possit pecuniæ solutæ ac etiamnum superstitis vindicatio consumtæ condictio ex causa indebiti, *l. interdum* 29. *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb.* illo vero, cum nempe plena subest obligatio naturalis, (ex pacto forte nudo per prædecessorem aut minorem ipsum tutoris aut curatoris auctoritate munitum interposito) restitutio adversus solutionem auctore tutore factam necessaria est: cum inficias iri nequeat, quin lubrico ætatis læsus sit, solvens id, ad quod solvendum nunquam potuisset actione compelli, arg. *l. illud nullam* 25. *ff. h. t.* Idemque est, si legatum indebitum, forte supra falcidiam relictum, præstiterit,

juris ignorantia persuasus deberi, *l. ult. C. si advers. solution.*; deficiebat enim hisce in casibus & rei vindicatio, translato propter accedentem tutoris auctoritatem dominio soluti, & indebiti condictio, denegata quippe illis, qui vel naturale debitum implevissent, vel indebitum solvissent jus ignorantes, *l. naturaliter* 13. *l. si quod dominus* 64. *ff. de condict. indeb. l. error facti* 9. *C. ad leg. Falcid. l. cum quis jus* 10. *C. de juris & fact. ignor.* Ut proinde ad extraordinarium restitutionis auxilium minori fuerit confugiendum. Sed cum moribus placuerit, naturalis quoque debiti exactionem esse; potius nunc est, ut in solutis iis, quæ naturali jure plene debentur, in universum ætatis beneficium minori denegemus. Adde Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 30. *num.* 34. *& seqq.*

22. Atque hæc ita habent, si minor solverit: at si minori solutum sit, quod vel naturaliter ei debebatur, vel naturaliter ac civiliter simul; interveniente quidem auctoritate tutoris ac judiciali sententia, acceptata per minorem solutio debitori adeo ad liberationem plenissimam profutura est, ut nullum adversus eam restitutionis remedium metuendum sit. Contra vero, deficiente tutoris assensu judicisque decreto, ipso jure citra illum prætoris auxilium non ultra debitori contingit liberatio, quam quatenus locupletior ex ea solutione minor apparet, *§. ult. instit. quib. alien. licet vel non*, Hugo Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 30. *num.* 33. 34. Quod si, omisso magistratus decreto, sola tutoris aut curatoris accessisset auctoritas, liberabat quidem debitorem pupillarem ipso jure celebrata eum in modum solutio, *l. Lucius* 46. *§. tutela* 5. *ff. de admin. & peric. tut.* non tamen plenissima securitas per eam debitori quæsita fuit, sed causa cognita indultum adversus eam ætatis auxilium, læsione probata, *l. exemplo* 1. *Cod. si adversus solutionem*; nisi ita solutæ fuissent pensiones annuique reditus biennii metam & aureorum centum quantitatem non excedentes, *l. sancimus* 25. *l. constitutionem* 27. *C. de administr. tutor.* Cui exceptioni plerique addunt & alteram, in fideicommisso, quod minori debitum est, restituendo: id enim sine decreto fieri posse, cautum putant in *l. pen. C. ad Senatusc. Trebell.* Sed accuratius eam constitutionem examinanti, patescet, nihil aliud ea dictari, quam quod fideicommissaria hæreditas restitui possit soli tutori aut soli curatori, si infanti aut furioso debita sit; cum alioquin tutorem aut curatorem habens ipse deberet suscipere ex fideicommisso hæreditatem auctore tutore vel curatore. Fuitque hoc ita a Justiniano constitutum ad exemplum ejus, quod ipse bimestri spatio ante hanc legem sanciverat de hæreditate directa furioso delata, per solum furiosi curatorem pro furioso acceptanda, *l. ult. §. fin. autem* 5. *C. de curat. furiosi*, si conferas legis utriusque subscriptionem: quodque ab anterioribus Imperatoribus jam dudum de hæreditate directa, per solum tutorem pro infante adeunda, inductum fuerat in *l. si infanti* 18. *§. parente* 2. *C. de jure deliber.* Uti autem in casibus, quibus hæreditas directa per tutorem pro infante quæsita erat non erat exclusum restitutionis remedium, ubi aditione infantem in damno hærere apparuisset; ita nec illud denegandum fuit, si ex admissa hæreditatis fideicommissariæ restitutione læsio infanti fuisset illata. Adde Oddum *de restitution. part.* 2. *quæst.* 52. *art.* 1. *n.* 12. Brunnemannum *ad d. l. penult. C. ad Senatusc. Trebell.* Hodierno interim jure verius est, prope in desuetudinem abiisse illam Justiniani constitutionem, qua ad solutionem minoribus tuto faciendam judicialis sententiæ interventus desiderabatur; sic ut nunc plenissima debitori pupillari contingat liberatio, si modo solverit vero creditoris minorennis tutori; nisi de maximi momenti debito solvendo agatur; quo casu cameræ pupillaris decretum desiderant, ne iterato ad solutionem adigatur, qui solvit, ubi pupillus finita tutela non potest, ob inopiam tutoris servare solutum. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 39. *num.* 27. *ibique* Groenewegen *in notis*, Respons. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 182. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. quib. alien. licet vel non*, *num.* 6.

23. De solutione quæ dicta sunt, eodem fere modo in mutuo obtinere, quod minori vel a minore numeratum est, prout defuerit aut intercesserit curatoris auctoritas, colligi potest ex *d. §. ult. Inst. quib. alien. licet vel non l. non omnis* 19. *§.* 1. *ff. de reb. credit. l. naturaliter* 13. *§.* 1. *l.* 14. *ff. de condict. indeb. l. patri* 27. *§. si pecuniam* 1. *ff. h. t.* cujus occasione confer, quæ *tit.* 1. *de integr. restit. n.* 24. dicta sunt.

24. Præte ea adversus omissam hæreditatem, aut acquisitam, ætatis auxilium admitti potest, *tit. C. si minor ab hæred. se abstineat*, *tit. C. si ut omiss. hæred. vel bon. poss. acquir.* Omissionem hæreditatis tutore auctore factam quod attinet, non omni in casu adversus eam minori succurritur: aut enim ille abstinuit, cum suus hæres esset, aut repudiavit, cum esset extraneus. Si abstinuerit cum suus esset, efficit hoc potentissimum jus sui hæredis, ut omni modo minor per abstinentiam in damno hærens restituatur, sive res adhuc integra sit sive integra esse desierit per bonorum hæreditariorum distractionem, durante minoris abstinentis ætate ab eo factam, qui vel ex substitutione vel ab intestato ad omissam venerat hæreditatem; adeo ut rescissa venditione res alienatæ in minoris restituti revertantur potestatem, *l. ult. in fine C. de repudianda vel abstin. hæred.* Sin repudiaverit cum esset extraneus, rebus quidem hæreditariis nondum distractis ad hæreditatem repudiatam redire minori læso permittitur, auxilio ætatis ad id implorato: at alienatione rerum jam subsecuta, denegandum minori est adversus repudiationem restitutionis auxilium; aut saltem parcissime ei indulgendum; cum iniquum videatur, eum negotiis finitis ad paratam substituti labore pecuniam venire; *l. quod si minor* 24. *§. Scævola* 2. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 15. *defin.* 2. & si justissimis forte ex causis ei subveniendum esse prætor constituerit, rata tamen manebunt, quæ prius rite gesta aut distracta per curatorem bonis datum, aut jure substitutionis vel ab intestato ad hæreditatem vocatum; *l. in integrum* 22. *in fine ff. h. t.*

25. Quod si puella minorennis, accepta dote, renunciaverit hereditati paternæ (quod jure civili vetitum, *l. pactum dotali* 3. *C. de collation.* Canonico autem permissum, maxime, si jurejurando firmatum sit, *cap. quamvis* 2. *de pactis*, *in* 6. & gentium multarum usu receptum) de restitutione adversus talem renunciationem controversia est. Eam quidem in universum

puellæ denegandam esse, quæ supra modum facilitate sua se circumscriptam obtendit, multis placet, inter quos Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 225. *gloss.* 4. *num.* 4. 5. 11. Barry *de successionibus lib.* 11. *tit.* 25. *num.* 36. *in fine*, Charondas *lib.* 7. *respons.* 29. pluresque alii, quos recenset ac sequitur Abrah a Wesel *de connub. bonor. societate tract.* 2. *cap.* 6. *num.* 63. Sed vix est, ut iniquitatis rigorisve in ætatem minorem nimii vitio carere videatur hæc ipsorum opinio, levioribus etiam suffulta ratiocinils, vix speciem habentibus, si ad exactius revocentur examen. Quid enim, obsecro, est illud, quod nuptæ multis in locis, nominatim in Gallia, notabilia ex maritorum bonis ac industria acquirunt emolumenta? ergone fas erit ob adventitium lucrum, incertamque quantitatem ejus, spoliari minorennes captas circumventas portione legitima, qua nequaquam sese privari passæ fuissent, si firmati magis fuissent judicii ac ætatis provectioris? Frustra quoque incertus prætenditur augmenti decrementique eventus, quod post dotem constitutam paternæ potuissent substantiæ supervenire. Id enim si sufficeret, quid ni omnes probamus in legitimæ præjudicium emendicatas, aut reverentiali metu extortas, aut calliditate obtentas hæreditatum renunciationes per ætatis & sexus cujuscumque progeniem, sive pactis dotalibus, sive aliis simplicibus, quocumque tandem modo conceptas; cum utique omnibus in hisce eadem eventus dubii, & damni lucrique ancipitis post dotem constitutam ratio, conventionum talium atque renunciationum firmitatem persuasura sit? Quod quantum a jure recepto recedat, nemo non videt, ac plenius *ex tit. de inofficioso testamento* patescet. Et sane, non ad aliud illa augmenti decrementique post dotem constitutam incertitudo ad summum prodesse posset, quam ut non mortis paternæ, sed dotis constitutæ tempus videretur considerandum, an congrua dos data esset, nec ne (quamvis contrarium verius esse *d. tit. de inoff. test.* probetur) neutiquam ad id, ut prorsus non congrua dote data, restitutionis auxilium ex capite ætatis haud foret implorandum. Satius proinde fuerit, distinctionis ope dubitationem tolli. Aut enim minor in eo se læsam ait, quod majorem potuisset acquirere portionem jure successionis ab intestato, quam nunc accepta dote, & renunciatione subsecuta ei ex paterno fuit patrimonio collatum: eoque casu infirmandam haud esse renunciationem a minore factam, rationis est. Cum enim supponatur, more regionis in jus commune degenerasse, ac filiabus omnibus cujuscumque ætatis frequentatum esse accipiendæ dotis & renunciationis faciendæ usum; capta videri non potest puella, dum jure communi usa est, *l. fin. C. de in integr. restitut. minor.* 25. *ann. l. nihil consensui* 116. §. 1. *ff. de regul. juris.* Aut ex adverso sese minor in eo captam conqueritur, quod minore accepta quantitate, quam dotis nomine pro rata dignitatis ac facultatum paternarum consequi debuerat, renunciavit successioni, atque ita facilitate ætatis lapsa, dote non congrua contenta fuit; eoque probato ratio nulla est, cur non ei subveniretur, & supplemento saltem usque ad congruam dotis quantitatem adjecto, ipsa æqualis efficeretur conditionis cum aliis, ætate prudentiaque sua majore læsionem probabiliter declinaturis: ne alioquin contra omnem justitiæ & æquitatis rationem in damno perseveret, in quod eam non nisi ætatis defectu ac consilii inopia facilitateque inconsulta præcipitatam apparet. In quam sententiam conspirant procul dubio, quotquot etiam majorennibus renunciatione circumscriptis restitutionem arbitrantur non esse denegandam. Vide Fabrum *Cod. libr.* 2. *tit.* 3. *defin.* 8. & *libr.* 3. *tit.* 19. *defin.* 15. Andr. Gayl *libr.* 2. *observ.* 147. Guid. Pap. *decis.* 224. 226. *ibiq. Ferrer. annot.* Joh. Papon *libr.* 16. *tit.* 4. *arrest.* 13. Franc. de Barry *de successión. lib.* 11. *tit.* 25. *num.* 37. 33.

26. Ex contrario, si per minorem fuerit adita hæreditas, quam apparet damnosam esse, etiam tunc restitutionis impetrandæ facultas competit, sive impubes auctore curatore fecerit aditionem, *tit. Cod. si minor ab hæreditate se abstineat*, *l. ait prætor* 7. §. *restitutus* 9. *l. verum* 11. §. *si locupleti* 5. *ff. h. t.* sive filiusfamilias minor auctore patre, vel pater ejus nomine, *l. ult.* §. *ult. Cod. de bonis, quæ liberis*, sive servus a domino institutus tanquam hæres necessarius; ad id saltem, ut bonorum obtineat separationem, *l. ait prætor* 7. §. *sed & si* 5. *ff. h. t.* junct. *l. necessariis* 57. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. hæred.* Nec interest, res integra fuerit, nec ne, dum bona quædam a minore distracta, cum & rata mansura sint, quæ ante restitutionem bona fide per minorem ut hæredem gesta sunt, sive libertates secundum defuncti voluntatem datæ sint, sive legata præstita, cum, restituto minore, is, qui ejus loco ad hæreditatem venire debet, iisdem legatis gravatus est; sive creditoribus hæreditariis solutum sit, quod ipsis debetur, aut debitores hæreditarii præstiterint, quod debebant hæreditati, *l. in integrum* 22. *l. si mulier* 32. *ff. h. t. l. filius* 90. *ff. de solution. l. si non expedierit*, 6. §. *si pupillus* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* adeo ut nec creditoribus ceteris, aut curatori bonorum, jus sit petendi a creditore, qui suum consecutus est, ut soluta communicet, aut distracta emtoribus avocandi, *l. quotiens* 44. *ff. de acquir. vel omitt. hæred. d. l. si mulier* 31. *in fine ff. h. t. d. l.* 6. §. *quid ergo* 2. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* Respons. JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 134. Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 15. *defin.* 2. *post med.* Nec adversatur *l. tutores* 61. *ff. de condict. indebiti.* Cum illic agatur de casu, quo tutor creditoribus solvit amplius, quam iis erat debitum, & definiatur, quis tunc ejus, quod indebite solutum, condictionem habeat. Sed & si minor auctore tutore in negotio hæreditario in lite substiterit, ac succubuerit sine culpa tutoris, judicati actio post restitutionem in eos danda foret, qui minore subducto, hæredes sunt, *l. ex contractu* 44. *ff. de re judic.* Nec minor ipse restitutus reddere tenetur, quæ hæreditatis occasione ei quæsita, sive ex pretiis rerum distractarum, sive ex debito per debitores soluto, nisi quatenus possidet, aut dolo fecit quominus possideret, *l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integr. restit.* Si quæ enim penes eum periisse probentur per ætatis imbecillitatem; præstare cogendus non est, *l. ait prætor* 7. §. *sed & si* 5. *in ne ff. h. t.* Sande *d. libr.* 1. *tit.* 15. *def.* 2. *fere in fine.* In solutis tamen per minorem legatis receptum est, ut per legatarios, restituto minore, iis reddenda sint, ad quos post restitutionem hæreditaria cœperunt bona pertinere, cum ipsi non essent ad eadem legata obstricti, condictione indebiti ipsis concessa, *l. nec novum* 5. *ff. de condict. indeb.* Quam-

vis vero post impetratum a minore ætatis auxilium, hæreditas vel substitutis, vel cohæredibus, vel ab intestato successuris ita plerumque cedat, ac si nulla medio tempore aditio facta esset, *l. ex contractu* 44. *ff. de re judicata*; tamen, quantum ad jus accrescendi attinet, considerandum est, cohæredi volenti tantum, haudquaquam invito, adcrescere minoris restituti portionem & onus; eoque admittere recusante, mittendos esse creditores in partis, per restitutionem vacantis, possessionem, *l. si minor annis* 61. *ff. de acquir. vel omit. hæred.* Respons. JCtotum Hollan. *part.* 4. *consil.* 1. *in fine*, qui & eam ob causam implorato per minorem restitutionis auxilio evocandi sunt, observata citationis forma per Justinianum præscripta *novell.* 119. *cap. ad hac quoque* 6. Sic ut ipsis haud evocatis interpositum restitutionis decretum præjudicaturum non sit, *l. etiam si patre* 29. *§. ult. ff. h. t.* Quod si minor, restituta ex fideicommisso hæreditatis parte, restitutionem meruerit; optio fideicommissario deferenda foret, ut aut portionem quoque minoris restituti agnoscat, aut a tota discedat hæreditate, aut omnimodo patietur bona divendi, ut id, quod superfluum est, minori servetur, *l. si pupillus* 79. *ff. ad Senatusc. Trebell.*

27. Quisquis autem ex causa ætatis adversus aditionem tanquam damnosam restitutus est, si postea omissionem sibi nocere deprehendat, non impeditur adversus omissionem implorare idem illud ætatis auxilium, atque ita rursus ad eam, quam ex prima restitutione dereliquerat, redire hæreditatem, *l. ait prætor* 7. *§. restitutus* 9. *ff. h. t.* nisi filiusfamilias minorennis, postquam auctore patre adiverat, aut repudiaverat delatam sibi hæreditatem, restitutionem impetrasset adversus id, quod egerat patris consilio & auctoritate: neque enim ullum ei amplius superest adversus primam restitutionem obtentam remedium, idque in pœnam inconsiderate spreti judicii paterni; ut ita discant liberi, non temere veniendum esse adversus ea, quæ paterno consilio (quod optimum liberis jura præsumunt) fuere tractata, *l. ult. §. ult. C. de bonis, quæ liberis*.

28. De licitatione Romanis quidem placuisse videtur, minorem licitatione superatum, ac restitutionem petentem adversus addictionem plus licitanti factam, audiendum esse, si sua interesse doceat rem sibi emptam habere, veluti quod majorum ejus fuisset, *l. si in emtionem* 35. *ff. h. t.* sive de venditione per auctionem publicam accipiamus *d. legem* 35. sive de privata in diem addictione, quæ minori per venditorem facta erat, *si alius intra certum tempus meliorem conditionem obtulisset*, de qua est titulus *de in diem addictione*. Sed vix est, ut tanti non sit illa peculiaris in rem venalem affectio, ut ob eam solam apud nos restitutio minori impertienda foret. Groenewegen *ad l.* 7. *§.* 8. *& ad l.* 35. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 10. *n.* 45. Nec his contraria sunt, quæ superius hoc tit. tradita, minorem nempe juvari quandoque si res ejus, in quam peculiari ac probabili ducebatur affectione, distracta esset. Etenim longe magis ei favendum fuit, qui ob singularem affectionem in rem suam propriam, sed durante minore ætate alienatam, sibi eam restitui, atque ita sibi dominium ejus conservari desiderat; quam si id, quod alienum est, cum nunquam fuisset minoris proprium (licet olim forte a majoribus ejus alienatum) sibi cuperet ex affectionis causa quæsitum. Quod si minorem auctione publica non victum ab alio, sed licitando vicisse contigerit, atque ita rem ei solemniter, ac ex usu hodierno per judicis decretum, fuisse addictam; ratio nulla est, cur restituendus non esset, ubi inconsulta ætatis facilitate ac licitandi fervore se læsionem graviorem subiisse docet Ant. Matthæus *de action. libr.* 1. *cap.* 20. *num.* 44.

29. Extrajudicialibus denique negotiis restitutionem admittentibus ex capite minorennitatis annumerata invenitur usucapio ac præscriptio; ut tamen nec idem per omnia in utraque obtineat, nec in puberibus semper tale, quale in impuberibus, jus servetur. Etenim cum usucapiendi tempora non currant impuberibus seu contra res eorum, (ut dicetur *tit. de usurp. & usucap.*) nulla etiam restitutione ipsos indigere, indubitati juris est, *l. bona fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin.* At si puberes sint, minorennes tamen, usucapio quidem & currere adversus eos & impleri potest; usque adeo, ut ob impuberem impedita ætatem, post pubertatem inchoari possit, arg. *l. pro emtore* 2. *§. si a pupillo* 15. *ff. pro emtore*, *l. unic. C. si advers. usucapion*. Sed quia lubrico ætatis neglecta videri potest ejus interruptio, restitutionis auxilium decerni æquum fuit, *d. l. unic.* Temporales vero præscriptiones nullis currere minoribus placuit, sive puberes essent, sive impuberes; longeque rectius intacta servari minorum jura, quam post vulneratam causam remedia quæri; quo factum, ut supervacuum ipsis evaserit ætatis adjutorium, *l. ult. in quib. caus. in integr. restitut. necess. non est*, abrogatis legibus anterioribus, præscriptiones admittentibus, atque adeo etiam abrogata dispositione *l. properandum* 13. *C. de judiciis*, in quantum in *§. ult.* triennii tempus, intra quod lites civiles terminandæ erant, minoribus quoque ac pupillis currere, sancitum fuerat; cum ex subscriptione pateat *d. l.* 13. anteriorem esse. Cujacio, Raguello, aliisque visum quidem fuit, non esse abolitam *d. legis* 13. dispositionem, quasi præscriptiones quidem temporales non currerent minoribus, in *d.* vero *l.* 13. non ageretur de præscriptione temporali, sed de tempore, quo ipso jure lites finiuntur. Wissenbach *ad d. l.* 13. *§. ult.* Sed uti gratis assumitur illud, quod ipso jure lites finiantur, ita non est, cur his assentiamur. Habent autem hæc etiam tunc locum, cum adversus majorennem inchoata præscriptio est, cui defuncto minor successit: quiescente scilicet interim usque ad impletam ætatem perfectam præscriptionis progressu. Cumque jure novo sublatæ fuerint, quæ quondam inter usucapionem ac longi temporis præscriptionem intercesserant differentiæ, *tit. C. usucapione transformanda*, rationis est, ut ad exemplum præscriptionis etiam usucapionem adversus minores haud currere existimemus, ac proinde nec restitutione eosdem hoc casu egere, Prezius *tit. Cod. si adversus usucap. in fine*. Longissimi plane temporis præscriptio, quæ annorum triginta curriculis impletur, quin jure novo etiamnum adversus minores procedat, dubitare non sinunt Imperatores; dum pupillarem duntaxat exceperunt ætatem, *l. sicut* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* junct. *l. ult. in fine C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*, contra quam tamen impletam minores restitutionis

auxilium implorare, nihil vetat: si enim in brevioris temporis præscriptionibus *melius sit intacta minorum jura servare, quam post vulneratam causam remedium quærere*, secundùm Imperatorem in *l. ult. C. in quib. caus. in integ. rest. necess. non est*; triginta autem vel quadraginta annorum exceptiones in suo statu remanserint, *d. l. tit.* neque uspiam veteri jure minoribus inveniatur vetitum adversus illas jam impletas post causam vulneratam remedium quærere; quidni stet duretque, quod non expresse correctum? Sed cum moribus inter impuberes puberesque nulla soleat, quantum ad bona ipsorum diminuenda, differentia servari, confusis tutelæ curæque juribus, ut dicetur *tit. de tutelis*, ac ampliandi potius, quam restringendi sint ætatis favores; magis est, ut, quemadmodum pupillis non cucurrerunt temporis longissimi præscriptiones juxta *d. l.* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* ita nec puberibus minorennibus eas nocere statuamus; atque adeo ipsis nunc etiam ipso jure tutis supervacuam esse super restitutione impetranda disceptationem, nisi speciatim lex municipalis restitutionem præscribat. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. libr.* 2. *cap.* 7. *in fine*, & *libr.* 3. *cap.* 48. n. 9. 10. Anton. Matthæus *ad paramiær Belg. Jurisconsult. parœm.* 9. *num.* 22. 23: ubi & plura in hanc rem statuta recenset. Sunt tamen adhuc ex jure novo temporis brevioris præscriptiones, quæ ipsis etiam currunt minoribus, sic ut adversus eas ad restitutionem convolandum sit: veluti spatium decem dierum ad appellandum, *novell.* 23. *cap.* 1. tempus, quod a jure datum ad opponendam soluto matrimonio non numeratæ dotis exceptionem, *novell.* 100. *c. si ergo* 1. & *c. generaliter* 2.

30. Et hæc quidem ita in præscriptione legali cauta, aut usu recepta sunt: aliud in conventionalibus præscriptionibus dicendum est, veluti, cum pactum de redimendo intra certum tempus, puta, quinquennium, est interpositum, vel lex commissoria de pretio intra certum tempus solvendo, ne res inemta fiat; tunc enim & tempora conventione definita currere minori, & restitutionem minori recte denegatam fuisse, contendit JCtus Paulus, ea motus ratione, quod pater puellæ, non ipsa, contraxerat, *l. Æmilius* 38. *ff. h. t.* nec est, quod regeras, in *d. l.* restitutionem tamen ab Imperatore indultam proponi: nam adnotatum recte est, ob singulares facti illius qualitates concurrentes eum ad id impulsum fuisse, nominatim quia lex commissoria displicebat ei, & venditor interpellatione sua videbatur remisisse legem commissoriam, ac denique tutores priores, qui pupillæ commoda neglexerant, suspecti erant pronunciati. De cetero stabat intactum ac firmum Jurisconsulti ratiocinium: quo profitebatur se non moveri, quod dies committendi in tempus pupillæ incidisset, seu transivisset demum, cum jam puella patri hæres erat; *non magis, quam si creditor pignus distraxisset, post mortem debitoris die solutionis finita*, Oddus *de restitut. part.* 2. *quæst.* 86. *art.* 2. 3. Sande *dec. Fris. lib.* 1. *tit.* 15. *defin. ult. in med. ad fin.* Gomezies *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 27. *in med.* Balbus *de præscript. partis sextæ. seu ult. parte prima num.* 30. Responsa JCtorum Holl. *part.* 5. *consil.* 251. Brunnemannus *ad l.* 38. *ff. h. t. num.* 5. Ant. Faber *C. lib.* 2. *tit.* 23. *def.* 2. Thesaurus *dec. Pedemont.* 103. eodem scilicet modo, quo & immotum stabat ejusdem Pauli JCti argumentum, etsi Papinianus contra rationabilem Pauli opinionem sine ulla juris ratione pronunciasse memoretur in quæstione proposita in *l. Clodius* 97. *ff. de acquir. vel omitt. hæred.* Quia vero decisionis fundamentum in *d. l.* 38. ponitur, *quod pater pupillæ, non ipsa, contraxerat*; & sane quod dubites, an non ergo minor audiendus sit, si ipse auctore tutore contraxerit cum legis commissoriæ aut alterius pacti similis adjectione. Sed ratio sufficiens nulla est, cur aliud hoc, quam præcedenti in casu definiendum foret: nisi in eo se læsum minor docuerit, quod inconsulta ætatis facilitate pacta talia conventioni suæ apponi passus sit, quæ majorennis alius, firmatiore per ætatem judicio usus, non fuisset eo modo admissurus. Alioquin enim, cum non magis in hoc, quam superiore in casu videri possit ætatis lubrico temporis adjecti observationem neglexisse, quidni in pari cessatione, parique diei additi neglectu, parem faciamus juris decisionem; præsertim, cum utroque in casu aeque fieri potuerit, ut non alia lege cum minore aut praedecessore ejus alter fuisset contracturus; quam pactionem conventam postea ætatis minoris obtentu deludi cum paciscentis incommodo durum foret. Vid. Sande *d. l.* dissent. Oddus *de restitution. part.* 2. *qu.* 86. *art.* 1. fere sibi contrarius *d. quæst.* 86. *art.* 4. *num.* 56. Neque hanc evertit sententiam id, quod a Marciano traditum est, pignore per creditorem distracto ea lege, *ut si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescindatur*, si tempus præterierit non posse rescindi venditionem, *nisi minor sit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut reipublicæ causa absens, vel in aliqua earum causarum, ex quibus edicto succurritur*, *l. si creditor* 7. §. *illud* 1. *ff. de distract. pign.* Non enim illic minor aut major ipse rem suam pacto redemptionis, intra certum tempus faciendæ, distraxerat; sed potius creditor hypothecarius: qui, licet dominum debitorem in vendendo repræsentet, & ex ipsius voluntate videatur distrahere, si primam pignoris constitutionem spectes; re ipsa tamen eo tempore, quo distrahit invito magis ac refragante debitore id facere plerumque credendus est. Unde nec mirum, si adversus lapsum temporis, non ab ipsis minoribus, sed a creditore definiti, restitutionis auxilium iis ex capite minorennitatis vel absentiæ tribuatur; cum etiam nulla de redimendo pactione apposita, adversus pignoris distractionem ex hisce causis restitui potuerint, ad id, ut soluta pecunia, liceat ipsis pignus recuperare, *d. l.* 7. §. 31.

31. Vidimus de extrajudicialibus negotiis; sunt & judicialia, adversus quæ minoribus læsis per ætatis beneficium succurri potest, sive dum agunt, sive dum conveniuntur, capti sint; *l. ait prætor* 7. §. *sed & in* 4. *ff. h. t.* veluti si allegationes ac probationes minor omiserit, quibus lis ejus instruenda erat, *l. minor* 18. §. *sin autem* 1. *l. minor viginti quinque* 36. *ff. h. t.* si eremodicium contraxerit, seu litem contestatam deseruerit, *l. ait prætor* 7. §. *ult. ff. h t.* aut aliter sui copiam non fecerit, atque ita tanquam contumax condemnatus sit; si modo appareat, ætatis infirmitate id contigisse, *l. minor etiamsi* 8. *ff. h. t.* nam si dolose non paruisset magistratus imperio, atque adeo veræ contumaciæ convi-

ctus esset, nequaquam restitutionis auxilio juvandus foret, arg. *l. non potest dolo* 199. *ff. de reg. juris* junct. *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. h. t.* uti ex adverso ne restitutione quidem opus esset, si adversus eum neque tutoris, neque curatoris auctoritate defensum, edictum peremtorium fuisset propositum; utpote quod nullius plane momenti est, *l. contra pupillum* 54. *ff. de re judic.*

52. Denique etiam adversus ipsam sententiam restitui desiderans minor audiendus est, *tit. C. si adversus rem judic.* sive in eo se læsum putet, quod appellandi tempora elabi passus sit, ac provocandi licentiam sibi credat expedire, *l. ait prætor* 7. §. *pen. ff. h. t.* sive citra appellationem sibi subveniri desideret, per eundem forte judicium, a quo lata sententia est: id enim eum petere posse, satis innuitur in *d. l.* 7. §. *pen.* in qua dum Jurisconsultus ait, *subvenitur ut provocet: finge enim hoc desiderare*, supponit, alio quoque modo, quam per restitutam appellandi licentiam, ipsum adversus sententiam potuisse adjuvari: adeo ut, quod appellatio interposita majoribus præstat, hoc beneficio ætatis consequantur minores, *l. prætes provinciæ* 41. *ff. h. t. l. si pater tuus* 8. *C. quando provoc. non est necesse*. Plenissima tamen interveniente causæ cognitione, ut observat Mynsingerus *cent.* 1. *obs.* 49. & *cent.* 4. *ob.* 21. Quin imo, nostris & Gallorum moribus non aliter minoribus adversus judicum inferiorum sententias opem ferri per restitutionem, quam ut ipsis redintegretur, quæ lapsu temporis peremta erat, appellandi potestas, testatur post alios Groenewegen *ad tit. C. si advers. rem jud.* Nec dubium, quin aut totius sententiæ aut etiam partis infirmationem, restitutione mediante, impetrare valeat, si parte sola se læsum queratur; quoties pluribus sententia capitibus constat, sic ut subsistere ex parte possit, ex parte infirmari, *l. etiam* 20. §. *ex causa* 1. *ff. h. t.* alias non, arg. *l. in hoc judicio* 27. *ff. famil. ercisc.* Neque interest, definitiva sit sententia, an interlocutoria, sive ea talis sit, ut irreparabile damnum contineat, sic ut ab ea æque ac a definitiva appellari potuisset, sive ex adverso per definitivam secuturam, atque adeo contrario imperio, tolli possit, ut post Mynsingerum *cent.* 4. *observ.* 21. notat Perezius *tit. C. advers. rem judicat. num.* 2. Quemadmodum nec refert, a quo sententia lata sit, cum & adversus eam, quam Princeps tulit, quive vice sacra judicavit, restitutio implorari possit, dummodo non ab alio, quam ipso Principe tunc tribuatur, *l. minor autem* 18. §. 1. 3. 4. *ff. h. t. l. adversus sententiam* 3. *C. si advers. rem judicat.* quod & nunc obtinere docet Groenewegen, sic ut læsus supremi judicis sententia, non a supremo judice restitutionem postulare debeat, qui alioquin vulgo pro restitutionibus impetrandis adeundus est, sed ab ipso majestatem habente, *ad d. tit. Cod. si advers. rem judic.* ut scilicet minori per lapsum biennii a supplicandi potestate excluso, redintegretur supplicationis faciendæ jus. Interim non est, quod quis miretur, restitutionem adversus eorum res judicatas dari, a quorum sententiis appellatio interdicta fuit; hoc enim idcirco tam varie, quia appellatio quidem iniquitatis sententiæ querelam; in integrum vero restitutio erroris proprii veniæ petitionem, vel adversarii circumventionis allegationem continet, *l. præfecti* 14. *ff. h. t.*

53. Si tamen viduus aut vidua massaria (*boedelhouder*) in lite substiterit de causa sibi & liberis defuncti conjugis, tanquam hæredibus ejus, communi, ac sententiam sequiorem obtinuerit; minorennes liberos eo judicato læsos non posse ex solo minorennitatis capite adversus sententiam restitui; sed demum, si cum adversario collusum sit, aut rationes concurrant, ex quibus majores quoque restitui solent: alioquin sufficere privignis contra vitricum novercamve actionem, si quid ea in lite neglectum appareat, censet D. Someren *de jure noverc. cap.* 6. *sect.* 1. *num.* 27. & a paucis hoc restitutionis remedium tentatum ait, licet ipse dissentiens, Fontanella *dec. Cathalon.* 111. *num.* 25.

54. Sunt & aliæ plures causæ, negotia plura, de quibus disputari posset, an minores adversus ea restitutionem implorantes, audiendi sint, nec ne; sed quia etiam de majoribus adversus ea restituendis sæpe controversia est, commodius eorum tractatio ad *tit.* 6. *ex quib. caus. majores*, videtur rejicienda: neque enim dubium, quin adversus ea, contra quæ majores adjuvandi ex capite absentiæ aut clausula generali, minores quoque beneficio ætatis indemnitatem plerumque consequantur. Vide *d. t. num.* 8. & *seqq.*

55. Conceditur minori restitutio adversus eos, a quibus læsus est. Vide *tit.* 1. *hujus libri*, etiam fiscum, quoties is rem minoris ut suam (non ob debitum minoris) distraxit, *l.* 1. *C. si advers. fiscum*, Oddus *de restitut. part.* 1. *qu.* 18. *art.* uti & filiumfamilias Macedoniani, aut mulierem Vellejani Senatusconsulti auxilio munitam, si minor alia ratione nequeat indemnis servari. Tametsi enim & mulier & filiusfamilias privilegiatis quoque personis accenseantur, magis tamen ætatis, quam senatusconsulti rationem habendam esse responsum est, *l. verum* 11. §. *ult. l.* 12. *ff. h. t. l. si quis patremfam.* 3. §. *proinde* 2. *ff. ad Senatusc. Maced.* Oddus *de restitut. part.* 1. *quæst.* 18. *art.* 7. & 8. Et si in aliis causis extra mutui dationem filiusfamilias cum minore contraxerit, vel etiam servus, adversus patrem dominumve minor restituendus foret, ut ab iis consequatur, quod ad ipsos in detrimentum minoris filiifamilias servique facto pervenit, ac de cetero, quatenus patiuntur peculii vires, præstetur per eos, quod abest minori, *l. quod si minor* 24. §. *si servus* 3. *ff. h. t.* Quod si cum minore minor contraxerit, si quidem de damno evitando alter agat, alter certet de lucro captando, non dubium, quin in damnis hærenti succurrendum sit adversus eum, qui lucrum captat, *l. verum* 11. 11. §. *pen. l. si minor* 34. *ff. h. t.* quamvis enim verum sit axioma vulgatum, privilegiatum adversus aeque privilegiatum suo non uti privilegio; tamen id ita demum recte admiseris, si par utriusque causa sit, qualis par causa non est, ubi unus lucrum captat, alter desiderat indemnis servari, arg. *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt, ut restit.* Si vero neuter cum damno adversarii locupletior factus sit, restitutio deneganda foret; qua ratione si minor pecuniam mutuam dederit, eamque perdiderit, qui accepit, meliorem Pomponius respondit futuram conditionem ejus, qui accepit, & vel perdidit vel dilapidavit, *d. l.* 11. §. *pen. d. l.* 34. *ff. h. t.* Oddus *de restit. qu.* 18. *art.* 4. 5. 6. Tertios quod attinet possessores rerum illarum, quibus carens minor ex amissione vel omissione, in damno consti-

tuitur, vix est, ut adversus eos minori subveniatur; nisi tertius ille fraudis particeps fuerit; aut in bona quidem fide ipse positus, sed solvendo non sit is, qui cum minore contraxerat, & a quo possessor hic rem nactus est; vel denique minoris intersit, rem potius ipsam, quam justum pretium habere. Nec refert tunc, utrum secunda tantum intercesserit possessionis translatio, an vero per plures personas emptio ambulaverit, ut loquitur JCtus *l. in causa* 13. *§. ult. l.* 14. 15. *l. intra utile* 39. *§. ult. ff. h. t. l. minor* 39. *ff. de evictión.*

36. Quoties autem restitutionis impetrandae gratia minor praetoris implorat auxilium, ante omnia necesse est vocari omnes illos, quibus aliquid decessurum esset restitutione facta, quorumque adeo interest, eam non indulgeri; non tantum ad id, ut contradicant, si causam habeant, atque ita praesentibus adversariis vel per contumaciam deficientibus perpendantur restitutiones, &, uti quaeque res erit, animadvertatur, *l. in causa* 13. *in fine pr. l. etiam si* 29. *§. ult. ff. h. t. novell.* 119. *cap. ad hac quoque* 6. sed & ut ipsi vicissim ex suo quoque latere redintegrationem causae postulare queant, sive pretio reddito, sive actionibus restitutis, sive alio quocunque modo: nam & iis, contra quos restitutio impetratur, causam in pristinum statum, quo ad ejus fieri potest, restituendam esse, patet *l. ait prator* 7. *§. sed etsi* 5. *l. quod si minor* 24. *§. sed & si* 4. *l. intra utile* 39. *§.* 1. *ff. h. t. l. unic. C. de reputat. qua fiunt in judic. in integr. restit.* de quibus latius actum *tit.* 1. *hujus libri num.* 22. de pretiis tamen rerum venditarum ad minores pertinentium reddendis post restitutionem per minores obtentam non eadem semper juris nostri determinatio est. Si enim alius nullo jure rem minoris distraxisset, tanquam suam, nullam a minore restituto faciendam esse pretii redditionem, in anterioribus hoc titulo monitum. Sin eam jure pignoris creditores vendiderint, pretium in universum restituendum foret, sive locupletiorem inde minorem esse concipiamus sive non, *arg. l.* 1. *C. si vendito pign. agatur, l.* 1. *C. si propter publ. pensitat. vend. fuerit celeb.* nec eum existimo defungi posse hoc casu, si creditoribus exsolvat debitum universum, pro quo consequendo pignus obligatum fuerat ac distractum, quod tamen ei permittit Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 28. Etenim, quod in *l. ult. C. si advers. fiscum, & l. si minori* 3. *C. de jure fisci*, debitor exsoluto debito pignus recuperat, nec totum emtori pretium reddit, id ideo est, quia vel dolus & gratia procuratoris fisci vendentis rem pro debito fiscali, vel dolus emtoris in *d. ll.* ponitur intercessisse. Quod si minor ipse fecerit venditionem, restitutus adversus eam non ultra ex pretio sibi soluto reddit emtori, quam quatenus locupletior inde factus est, *l. patri* 27. *§. si pecuniam* 1. *vers. prædium quoque, l. tutor* 47. *§. ult. in fine ff. h. t. l. sine harede* 32. *§. interposito* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* Oddus *de restit. part.* 1. *quæst.* 47. *art.* 4. Ant. Matthaeus *de auct. d. libr.* 1. *c.* 16. *n.* 28. Videturque probandi onus imponendum emtori, ut doceat, an, & quo usque, minor ex pretio numerato locupletior factus sit; tum quia ille quantum ad pretii repetitionem non immerito actoris partes obtinere dici potest; tum quia ea minorum conditio est, ut non praesumantur bene sua administraturi, *pr. Inst. de curator.* adeoque nec pretium in suos erogasse usus. Vide Pinellum *ad l.* 2. *C. de rescind vend. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 25. *& seqq.* Oddum *de restitution. d. quæst.* 47. *art.* 5.

37. Ubi autem minor restitutus adversario reddidit, quae ei reddenda esse jam diximus, quaeque prius ipse reddere debet, antequam repetere quicquam possit, arg. *l. ædiles etiam* 25. *§. ult. ff. de ædil. edicto*, tum deinceps recuperat, quae ei absunt, rem cum fructibus, si quid de suo alienaverit, *l. quod si minor* 24. *§. sed & si* 4. *l. patri* 27. *§. si pecuniam* 1. *ff. h. t.* aut pretium cum usuris, si sorte adversus emptionem rei damnosam restitutus sit, arg. *l. illud sciendum* 29. *§. condemnatio* 2. *ff. de ædil. edict.* nisi talis occurrat facti species, ut commode fructus rei cum usuris pretii videantur compensandi, *l. minor annis* 40. *§.* 1. *ff. h. t.* uti nec usuras solutas recuperat in facti specie, quæ est in *l. ult. §. ult. ff. de condict. indebiti*, quaeque explicata est *tit.* 1. *de in integr. restit. num.* 24.

38. Est autem aetatis beneficium non ex numero eorum, quae in totum realia, aut in totum personalia sunt, sed mixti magis generis: etenim haeredibus quidem prodesse potest, ac necdum a minore postulatum ad eosdem transmitti, adeoque si major successerit minori defuncto, quadriennium habiturus est a tempore aditae haereditatis vel bonorum possessionis agnitae computandum; succedens vero majori, qui in minorennitate laesus, & major factus intra quadriennium decesserat, non nisi tantum tempus, quantum defuncto reliquum erat. Et vicissim, si minoris in jura minor successerit, ex capite defuncti restitui desideranti quadriennium datum, ex eo dinumerandum, ex quo non defunctus, sed haeres ipse major erit. Sin majori haeres sit, cui necdum quadriennium totum restitutioni petendae praefinitum praeterierat, id quod ex quadriennio defuncti reliquum erat, ei currere incipiet ex quo vicesimum & quintum compleverit ipse aetatis annum, *l. minor.* 18. *§. ult. l.* 19. *ff. h. t. l. ea, qua* 5. *C. de tempor. in integr. restit.* Adde Oddum *de restitut. part.* 1. *quæst.* 50. *art.* 1. *& seqq.* Neque hic distinguendum puto inter immixtionem haereditatis a minore factam, & alios actus contractusque a minore gestos, aut etiam aditam extranei haereditatem; quasi in ceteris quidem jus idem restitutionis petendae salvum esset minoris haeredibus, ut ipsi minori; in immixtione vero singulare esset quod minor quidem ipse juvari posset, non item haeres ejus; idque quia jus abstinendi beneficium prorsus personale esset, sola suorum contemplatione a praetore inductum, nec ulli alteri, adeoque nec haeredi minoris communicandum, uti ratiocinatur Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 25. *defin.* 5. Labitur namque vir doctus in eo, quod adeo personale credit esse abstinendi beneficium, ut ad haeredes non esset transitorium. Primo enim id redarguitur a Paulo JCto *in l. si quis filiumf.* 7. *§.* 1. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* ubi filius suus haeres proponitur mortuus, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri haeredem, relicto filio haerede sui patris necessario; diciturque *permittendum esse nepoti abstinere se avi hareditate*, addita ratione, *quia & patri ejus idem tribueretur*: quem tamen nepotem avitae haereditatis intuitu non suum, sed extraneum fuisse haeredem constat, & omne tum immiscendi jus, tum abstinendi beneficium ex patris

intermedii defuncti capite sortitum esse; quia scilicet ipse nepos filio intermedio haeres fuerat, & quia is id poterat, cui nepos haeres erat. Quae si ita sint cum necdum suus se immiscuisset, ut nempe haeres ejus se possit abstinere, quia defunctus filius suus potuit, quidni & tunc, cum is se miscuisset, haeres ejus adversus immixtionem a defuncto factam restitutionis auxilio implorato recuperet abstinendi jus, uti ipse suus post immixtionem potuisset, illo beneficio mediante, abstinere? Cui accedit, quod æquiparatur & tanquam iisdem nitens juris regulis proponitur restitutio adversus immixtionem a suo, & aditionem ab extraneo factam, *l. necessariis* 57. §. 1. *ff. de acquir. vel omitt. hæred.* ut proinde ratio non sit, cur restitutionis petendæ jus minus a suo immiscente, quam extraneo adeunte transmittendum foret. Et licet verum sit, ordinario jure substitutum pupillarem succedentem pupillo, postquam is suo patri suus hæres extitisset, ac se immiscuisset, non posse patris hæreditatem separare ab ea, quæ filii impuberis est; quia juncta hæreditas esse cœpit, *l. sed si plures* 10. §. *filio impuberis* 2. & §. 3. *ff. de vulg. et pupill. substit:* non tamen ideo exclusa censeri debet separandi potestas, quam ex restitutionis beneficio repræsentans pupillum hæres ejus impetrare posset; uti eam impetrare potuisset pupillus ipse, si immixtionem a se factam deprehendisset sibi damnosam esse. Quod uti jam ante ab Oddo post Bartolum observatum fuit *tract. de restitution. part.* 2. *quæst.* 82. *art.* 5. *num.* 49. ita & satis indigitatur a Papiniano in *l. si filius* 12. *ff. de vulg. & pupill. substit.* ubi fratre (qui una cum fratre suo patri suus hæres extiterat, ac deinde fratre quoque defuncto ex pupillari successerat substitutione, adeoque fratri fuerat hæres extraneus) audiendus dicitur, si patris hæreditatem recuset, fraternam vero admittere malit, *justiusque prætorem facturum, si fratri separationem bonorum patris concesserit*: scilicet, non jure communi id obtinebat, sed justitia & æquitate prætoria indulgebatur extra ordinem, restitutionis auxilio apud prætorem ex capite fratris impuberis defuncti postulato. Jus tamen singulare circa tempus restitutionis tum ipsis minoribus, tum hæredibus competens, constitutum a Justiniano in non numeratæ dotis exceptione, idque dotis favore. Vide *novell.* 100. *cap. generaliter* 2.

39. Et hæc ita in hæredibus: contra vero fidejussoribus minoris haud prodest restitutio. Si enim, cum scirem minorem esse, & ei contrahenti mecum fidem non haberem, fidejussorem ab eo acceperim, non est æquum, fidejussori in meam necem subveniri; quippe cui potius contra minorem deneganda foret mandati actio ad indemnitatem, *l. in causæ* 13. *ff. h. t. l.* 1. 2. *C. de fidejuss. minor. l. exceptiones* 7. *in fine ff. de exception.* Pinellus *ad l.* 2. *C. de resc. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 43. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 48. *num.* 30. 31. Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 18. 19. Oddus *de restitut. quæst.* 48. *art.* 1. & *seqq.* Nisi vel concurrente adversarii dolo minores læsi essent, *l.* 2. *Cod. de fidejuss. minor. d. l. exceptiones* 7. *in fine ff. de exception.* vel fidejussores pro minore quidem intercesserint, sed non qua tali, verum ut aliam personam sustinenti. Qua ratione si sese minor sine mandato alienæ litis defensioni ingessisset, ac satisdedisset, judicatum solvi, non ei tantum, sed & fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur, *l. minor* 51. *ff. de procurator.* Idemque est, si minor hæres creditoribus hæreditariis fidejussores dederit; nam & tunc eo adversus aditionem restituto, succurrendum foret fidejussoribus ab eo datis, si ex hæreditario contractu convenirentur, *l. si pupillus* 89. *ff. de acquir. vel omitt. hæred. l. si tutor* 2. §. 1. *ff. de admin. tutor.* Et ad hæc, similiaque pertinet, quod ab Ulpiano scriptum fuit, restitutionem minoris *interdum solere fidejussori prodesse*, *l. denique* 3. §. *sed utrum* 4. *in med. ff. h. t.* An autem etiam prosit fidejussori, si is minori, pro quo intercessit, hæres extiterit, obscurum satis dubiumque reddit Papiniani acutissimi responsum in *l. Stichum* 95. §. *quod vulgo* 3. *ff. de solutionibus*, & affirmationem suadere videbatur ratio a confusione desumta; quoties enim vel debitor fidejussori suo, vel fidejussor debitori succedit, necesse est fidejussoriam extingui obligationem, cum nemo sui ipsius possit fidejussor esse, & æquius sit accessoriam perimi, quam principalem, utpote validiorem plenioremque, *l. generaliter* 5. *ff. de fidejussor. l. si duo* 93. §. *sed & si* 2. & 3. *ff. de solution.* in quo §. 2. pro *non confunditur* legendum esse, *confunditur*, deleta particula *non*, sequentia istius paragraphi verba & leges aliæ abunde dictant. Ubi ergo sublata erat obligatio fidejussoria, atque ita fidejussor non nisi ex capite minoris defuncti obstrictus erat, nihil obstabat, quo minus ipse tanquam hæres minoris secundum jura communia posset ætatis auxilio semet ipsum tueri. Et hæc uti certa nituntur ratione juris, ita quoque æquitati conveniunt, si fidejussor pro minore, non qua tali, & cum respectu ad metuendum ætatis auxilium, sed pro eo hæredis forte aut defensoris partes sustinente intercesserit secundum ante tradita: ac de isto casu Papinianum agere in *d. l.* 95. §. 3. dicendum est, dum concludit, *auxilium igitur restitutionis fidejussori, qui adolescenti hæres extitit, intra constitutum tempus salvum erit*; agit enim de tali obligatione principali minoris, cui fidejussor accessit *sine contemplatione juris prætorii* seu (ut paulo ante dixerat) *juris honorarii, quod potuit auxilio minori esse.* Nec huic refragatur, quod in *d. l.* fiat mentio *propriæ & personalis defensionis*; cum ætatis auxilium etiam illis in casibus, quibus fidejussori prodesse supra declaratum est, personalis ac propria minoris defensio sit; in quantum illud nunquam fidejussor ut talis implorare potest, sed solus minor, licet obtenta per minorem restitutio deinceps etiam quandoque extendat vim suam ad fidejussoriam obligationem enervandam. Quod si pro minore, qua tali, fidejussorem intervenisse ponamus, ut scilicet creditori consultum esset adversus periculum & incertum ætatis ac restitutionis, etiam tunc ex superius allegata ratione subsistere non potest & perdurare obligatio fidejussoria, ne quis sui ipsius fidejussor sit; sed, tanquam debilior, principali cedet obligationi, atque ita perimetur per confusionem, sola remanente principali obligatione minoris, & adversus eam restitutionis implorandæ potestate. Quia tamen *juris ratio, quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno non debet afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat* in casum, quo restitutio ob minorennitatem imploranda foret, ut ait idem Papi-

nlantis in *l. debitor fidejussori* 3. *ff. de separation.* potentior æquitatis consideratio pati non potest, ut hoc casu maneat penitus extincta fidejussoria obligatio in necem creditoris; ideoque vel ad exemplum illius casus, qui est in *d. l.* 3. separationis petendæ licentia creditori indulgenda foret, non ita quidem, ut bona, sed magis, ut causa defuncti & hæredis separetur, & eo cuncta habeantur loco, quasi confusio per aditionem facta non esset; vel doli aut in factum exceptio aut replicatio creditori danda, adversus fidejussorem ætatis beneficio sese, ut minoris hæredem, tueri cupientem; eo modo, quo illa creditori data adversus reum fidejussori succedentem, si reus ipse personali exceptione, quæ fidejussori non competierat, post extinctam confusione fidejussoriam obligationem ex sua obligatione principali conventus, adhuc sese tueri velit. De quo casu tractare legem *cum reus* 14. *ff. de fidejussoribus*, si ibi pro verbis *fidejussori competente* legatur *fidejussori non competente*, docet Ant. Fab. *conject. libr.* 1. *c.* 5. Licet alioquin sine tali emendatione satis justum, sed alium sensum habeat *d. l.* 14. ut constat ex dictis *in tit. de solution. n.* 20. Plura de obligationum confusione nimis sane confuse & turbatis multifariam legum nostrarum verbis obscure tractata, dicere supersedeo, in materia solutionum ac liberationum, ut propria sede, eam latius explanaturus. Interim de emendatione *d. l.* 95. §. 3. *ff. de solution.* vide Cujacium *libr.* 11. *observat. cap.* 34. Ant. Fabrum *conject. lib.* 8. *cap.* 4.

40. Particulares minoris successores quod attinet, puta, legatarios aut donatarios; non est, cur causam eorum separemus a causa hæredum: atque adeo, si minor rem, cujus intuitu captus erat, oppignorando eam vel servitutem ei imponendo, legaverit, donaveritve, recte illi restitutionem petierint, quo res a pignoris nexu aut servitutis onere liberetur. Neque enim adeo personale est hoc minorum beneficium, quin cessione in extraneum transferri possit; *l. quod si minor* 24. *ff. b. t. l. si minoris* 25. *ff. de admin. & peric. tut.* & vulgo id obtinet, ut, quæ actiones ex capite defuncti competentes intuitu rei alicujus hæreditariæ transire possunt ad hæredes, eæ quoque ad legatarios transmittantur, quibus res singularis legata fuit, cujus nomine natum defuncto leganti fuerat agendi jus, arg. *l. de servitutibus* 2. §. *ult. in fine ff. si servit. vind.* Estque hæc sententia probabili minoris legantis aut donantis voluntate subnixa; cum enim minor liberalitatem voluerit in donatarium ac legatarium conferre, credendum est, illum magis voluisse jus suum plenissimum eis largiri, quam penes tertium, a quo circumventus erat, relinquere lucrum non sine iniquitate quæsitum. Nec absonum fuerit, talium rerum legata ac donationes comparare rerum litigiosarum legatis; quibus datis testator legasse censetur eventum litis, adeoque jus omne, quod in illis eum habuisse sententia declarabitur, *auth. nunc si C. de litigiosis, novell.* 112. *cap.* 1. Quæ tamen, an ad emtores quoque rerum ita ætatis lubrico per minorem oneratarum extendi debeant, merito addubites; quippe quos utique pretium obtulisse præsumendum est, rei sic oneratæ respondens; nisi ut liberam ac omni onere atque servitute solutam minor distraxisse proponatur, ideoque de evictione obstrictus esse. Vide Oddum *de restitut. part.* 1. *quæst.* 50. *art.* 3.

41. Extraneis aliis ultra hæredes & fidejussores ac particulares successores secundum jam tradita, non prodest ætatis auxilium per caput minoris; adeo ut tunc, cum ex mandato alterius a minore quid gestum est, ex quo mandans læsionem sustinuit, ne restitutio quidem minori concedenda sit; cum eo modo majori potius consuleretur, cujus damno res gesta cessit, *l. cum mandatu* 23. *ff. b. t.* Et si causa minori fuerit cum majore communis, dum forte fratres minores majoresque simul damnosam adiverunt hæreditatem, aut pretio viliore prædii communis fecerunt distractionem, minoribus quidem pro sua parte adversus aditionem venditionemque subveniendum foret; reliquis autem ad communicandum restitutionis beneficium patrocinari non posset ætas captorum sua facilitate minorum, *l. unic. C. si in communi ead. causa in integr. restit. postul.* Si tamen prædii communis emtor, restituto minore venditore pro sua parte, a toto contractu discedi velit, quod partem emturus non fuisset, audiendus est; ne alioquin invitus ad communionem adigatur, *l. tutor* 47. §. 1. *ff. b. t.* Sed & si individuum fuerit negotium minori cum majore commune, necessitas exigit, ut consortis minoris contemplatione indultum ætatis auxilium ipsi quoque prosit majori, arg. *l. si communem* 10. *ff. quemadmod. servit. amitt.* neque huic obstat *l. per fundum* 11. *ff. de servitut. præd. rustic.* qua cum aliis multis motus Gomezius, in contrariam ivit sententiam, *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 14. *num.* 10. Cum enim in illa lege dicitur illos, qui per fundum sibi cum aliis communem cesserunt servitutem, cum reliqui necdum eandem cessissent, prohibere non posse, ne vicinus utatur cesso jure; non aliud inde inferri potest, quam quod majorennis consors minoris non possit ipse restitutionis auxilium ob consortis minoris ætatem petere, uti hi, qui cesserunt servitutem, impedire nequeunt exercitium ejus ex capite reliquorum, qui necdum cesserant. Sed tamen, uti prohibendi jus habebant illi, qui necdum cesserant, & prohibitione sua etiam ipsis proficiebant cedentibus, perinde ac si & ipsi jure prohibuissent, in quantum prohibitione interposita prædium totum manebat liberum a servitutis exercitio; ita quoque impetrata per minorem consortem restitutio socio majori profutura est in negotio individuo, perinde ac si & ipse per ætatis beneficium pro sua fuisset parte adjutus. Et, ut apertius dicam, solus prohibere potest, qui non cessit servitutem; solus quoque minor petit restitutionem: his non prohibentibus aut restitutionem non petentibus, consortes nec prohibere usum servitutis possunt, nec ætatis auxilium implorare: at iis vetantibus aut restitutionem obtinentibus emolumentum ac commodum ex ea restitutione vel prohibitione sentiunt reliqui individuæ causæ consortes, qui ex suo capite nec prohibitionem interponere potuissent, nec restitutionem obtinere.

42. Quid vero juris sit, si filiusfamilias minor sive in peculiis suis, sive in re patris ætatis infirmitate læsus sit, & quo usque patri ex capite filiif. minorennis opituletur prætor, vide ac confer *l.* 3. §. 4. 9. 10. *l.* 23. *l.* 27. *ff. b. t.*

43. Ceterum multis in casibus denegatur ex hac minorennitatis causa restitutio, puta, si quis juris interpretatione pro majorenne fuerit habitus contractus tempore: dum vel veniam ætatis impetravit, vel

ex hodierno plurium gentium usu per nuptias ad legitimam fingitur pervenisse ætatem, de quibus *in pr. ff. h. t.* vel dolo malo majorem se dixerit apud eum, quocum contrahebat, in bona fide positum ac in facto errantem: generaliter enim errantibus quidem minoribus, at non fallentibus, ac dolosis, jura publica subvenire constitutum est, malitia in mentientibus ætatem supplente, *l.* 2. 3. *& tot. Cod. si minor se majorem dix.* Christinæus *volum.* 2. *decis.* 131. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 65. *num.* 1. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 371. *num.* 3. aliique apud Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 43. *n.* 7. vel denique non vana hujus aut illius simplicitate, aut juris ignorantia, sed communi omnium errore, pro majorenne habitus fuerit contractus tempore, sic agens publice, sic muneribus fungens, ut majorennes, *l. minor* 32. *ff. b. t. arg. l. si quis patremfamilias* 3. *pr. ff. de Senatusc. Macedon. l. Barbarius* 3. *ff. de off. prætorum*, Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 478. Sande *decis. Frisic. lib. tit.* 9. *defin.* 16. Plane, si minor quidem se dolose pro majorenne gerat, aut etiam se dicat majorem apud adversarium minorennitatis non ignarum, sed id ipsum callide dissimulantem, adhuc minoris, utcunque dolosi, ratio habenda est; tum quia is, qui cum minore contraxit, sciens minorem esse, non tam ab alio, quam a se ipso decipitur, arg. *l. is qui se* 25. junct. *l.* 26. *ff. de rei vind.* tum quia dolus cum dolo pensandus est, *l. ult. §. pen. ff. de eo, per quem fact. quo min. quis in judic. se sistat*, arg. *l. apud Celsum* 4. *§. Marcellus* 13. *ff. de doli mali & met. except.* eo vero utrimque pensato, melior esse debet minoris de damno evitando agentis conditio, quam majoris lucrum captantis, Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 20. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 65. *n.* 1. 2. ut tamen scientiæ probatio minori incumbat, cum dolus non præsumatur, ut *tit. praced.* dictum, & affirmans sit, qui ætatis scientiam ait adfuisse, arg. *§. non solum* 4. *Instit. de legatis*, junct. *l.* 2. *ff. de probat.* nisi adversarius sit consanguineus minoris, quippe quem ætatis ignarum non fuisse præsumptio est, *l. de tutela* 7. *C. h. t. de integr. restit. minor.* Donellus *comment. libr.* 21. *cap.* 10. *in med.* Gayl. *d. obs.* 65. *n.* 4.

44. Sed & si major quis factus rata habuerit, quæ in minorennitate gesta sunt, non ultra potest ad ætatis auxilium convolare, *l.* 1. *&* 2. *C. si major factus ratum habuerit*, sive expressa interposita sit ratihabitio, sive ex rebus ipsis & factis colligatur; veluti si minori quidem pecunia mutua promissa fuerit, sed ei demum post impletam legitimam ætatem numerata, arg. *l. si quis patremfamilias* 3. *§. ult. l.* 4. 5. *ff. de Senatusc. Maced.* vel cœptum cum minore judicium, eodem jam majore facto, per sententiam terminatum sit, *l. denique* 3. *§. si qui* 1. *ff. h. t. l.* 1. *C. si advers. rem judic.* nisi concurrat dolus adversarii callide diem negotii ad finem perducendi, aut contractus in minorennitate cœpti, protelantis, ut in majorennitate demum finis ultimus imponeretur negotio ante inchoato: ac non ex levi suspicione, sed evidentissimis argumentis hunc dolum ac machinationem fallacem ab adversario structam constet, *d. l.* 3. *§.* 1. *in fine ff. h. t.* Quod si negotium in minorennitate non cœptum tantum, sed & perfectum fuerit; deinde vero post impletam ætatem legitimam quid gestum fuerit in consequentiam contractus aut negotii durante ætate minore perfecti; non id pro tacita foret ratihabitione habendum, nec ætatis beneficium videri potest hoc ipso exclusum: veluti si minor condemnatus, satisfaciat judicato jam major factus; vel pretium exigat, aut rem tradat ex emtione, permutatione, aliave causa, quæ suam erat firmitatem adepta, durante cura; vel solverit exegeritve æs alienum hæreditarium, ex vi aditionis vel immixtionis per ipsum adhuc minorem factæ, *d. l. denique* 3. *§. scio* 2. *h. t.* Quæ enim in actus præcedentis consequentiam fiunt, pro eo habenda videntur, ac si ipso actus principalis tempore gesta essent, arg. *l.* 1 *ff. qui potior in pign.* Ant. Faber *Cod. l.* 1. *tit.* 30. *defin.* 1. *num.* 14. *& per tot.* Christinæus *vol.* 3. *dec.* 180. Joh. Papon. *lib.* 16. *tit.* 1. *arrest.* 5. Gothofredus in notis *ad d. l.* 3. *§.* 2. *ff. h. t.* Zypæus *notis juris Belgici tit. de restitutionibus* vers. *majorem.* Respon. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 132. (aliter Costalius ad *l.* 3. *§.* 2. *ff. h. t.* Oddus *de restitution. part.* 1. *quæst.* 25. *art.* 6.) Nec immerito; cum enim de restitutione postulanda quæstio esse nequeat, nisi cum summo jure validum erat, quod a minore gestum est (adde *tit. de dolo* & *tit.* 1. ubi de restitutione ex abundanti contra negotia nulla), atque adeo minor jam major factus efficaciter ad negotii in minorennitate perfecti implementum cogi posset, quandiu re ipsa restitutionem non impetraverat; neque tamen protinus ab impleto vicesimo quinto ætatis anno disceptationem super restitutione ordiri obstrictus fuerit, sed integrum ad id quadriennium a lege datum sit; sequebatur, perperam ex implemento contractus deduci ratihabitionis præsumptionem: sed ex adverso longe rectius justiusque conjiciendum fuit, illum & judicati & contractus implementum fecisse, uti & æris alieni hæreditarii solutionem, ne lite alioquin ab adversario conventus ac procul dubio condemnandus ex hisce causis per restitutionem necdum infirmatis, insuper impendia litis tanquam temerarius litigator cogeretur sustinere: & vicissim quoque æris alieni hæreditarii solutionem exegisse, aut aliter negotii alterius perfecti petisse implementum, ne, dum de restitutione petenda deliberat, lapso interim facultatibus hæreditario debitore per neglectam a se jam majore facto exactionem, etiam post restitutionem impetratam hoc ipse ferret detrimentum: neve in damno hæreret, si forte postmodum, deliberatione pleniore habita per quadriennium totum a lege datum, consultum ei non videatur, ætatis auxilium implorare, de quo petendo vel omittendo protinus, ex quo major factus fuerat, necdum certi quicquam secum constituerat, nec statuere nisi intra quadriennium secundum jam dicta tenebatur. Aliter, quam sese res habitura esset, si gestum in minorennitate negotium fuisset ipso jure nullum, veluti si sine decreto alienata ponerentur minoris bona, vel ipse sine curatoris auctoritate contraxisset, & quæ alia plura concipi possunt his similia: tunc enim subsecuta post majorennitatem impletam solutio vel petitio vel acceptatio æstimationis necessariam tacitæ ratihabitionis inducit conjecturam, *l. illicite* 10. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura.* Cum enim nemo ex negotio, quod ipso jure nullum est, ad implementum ejus judiciali auctoritate constringi possit, adeoque nec condemnationem aut pœnam impendiorum litis jure metuat; videri non potest solius damni avertendi causa fecisse im-

plementum negotii, quod nullum erat: cui proinde consequens fuit, ut ex implemento non alia quam ratihabitionis præsumtio caperetur aut capi posset. Sed &, si negotium a minore gestum summo jure substiterit, is autem major factus nihil quidem eorum fecerit, quæ ad negotii ante gesti consequentiam ac implementum spectabant, sed ea de novo egerit, quæ supponunt necessario firmitatem eorum, quæ ante legitimam fuerant ætatem gesta; dubium esse non potest, quin tacita ratihabitio censeri debeat tunc quoque interposita. Qua ratione si emancipatus a patre silentio præteritus non agnoverit delatam sibi edicto prætorio contra tabulas bonorum possessionem, vel sine causa filius a parentibus exhæredatus querelæ renunciaverit, aut extranei cujuscumque delatam ex testamento vel ab intestato repudiaverit hæreditatem, vel res in alium venditione aliove titulo transtulerit; deinceps vero major factus legatum petierit aut acceptaverit ex eo testamento, quo exhæredatio vel præteritio facta erat; vel rem hæreditariam aut a se alienatam emerit conduxeritve ab hærede illo vel emtore, adversus quem potuisset ætatis beneficio adjuvari; eo ipso tanquam tacita ante gestorum ratihabitione peremtum censeri debet omne restitutionis petendæ jus, *l. si filius* 30. *ff. h. t.* arg. *l. si pars judicantium* 10. §. 1. *l. ult. ff. de inoff. testam. l. post legatum* 5. *pr. ff. de his quæ ut indign.* Add. *tit. de inoff. testam.* Radelantius *Curiæ Ultraject. dec.* 25. Struvius *syntagm. juris ad Pand. h. t. num.* 52. Atque ita explanata putem, quæ non satis consideratis juris rationibus confusius passim ab interpretibus de ratihabitione hac tacita tractata occurrunt.

45. Deneganda insuper ex capite minorennitatis restitutio adversus matrimonium; quippe quod omnis vitæ consortium continet, & individuam ex conjugum voto conjunctionem, adeoque favorabilius est, quam ut ætatis obtentu resolveretur, §. 1. *Instit. de patr. potest. l.* 1. *ff. de ritu nupt.* dationem libertatis; nisi magna ex causa Princeps succurrat, *l. si ex causa* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t. tot. tit. C. si advers. libertat.* remissam neglectamve pœnarum exactionem, aut accusationem non intentatam, *l. auxilium* 37. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Oddus *de restit. part.* 1. *quæst.* 4. *art.* 9. Licet enim verum sit, temporales minori non currere præscriptiones, *l. ult. C. in quib. caus. in integr. restit. necesse non est*; non tamen legis hujus vix extendenda videtur ad præscriptiones illas, quibus pœnarum exactio sublata fuit; cum jus novum strictam recipiat interpretationem, ut quam minimum derogetur juri veteri; nihil vero de pœnarum præscriptionibus fuerit in *h. l. ult.* innovatum. Sed nec adversus delictum restitutio danda; neque enim crimen, præsertim atrocius, ætate, sed innocentia purgandum est, *l. impunitas* 7. *C. de pœnis*, *l.* 1. 2. *C. si adversus delictum*, usque adeo, ut Tryphoninus ait, nulla deprecatio adulterii pœnæ est, si se minorennis adulterum fateatur, aut quid eorum commiserit, quæ pro adulterio lex Julia ponit; veluti adulterii damnatam sciens uxorem ducendo; aut in adulterio deprehensam uxorem non dimittendo, quæstumve de adulterio uxoris faciendo, pretiumve pro comperto stupro accipiendo, aut domum præbendo ad stuprum adulteriumve committendum, *l. auxilium* 37. §. 1. *ff. h. t.* sed & si furtum fecisse dicatur, damnumve injuria dedisse, ei haud subveniendum foret, *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. h. t.* Quæ tamen non impediunt, quo minus interdum miseratio ætatis ad mediocrem pœnam judices producat, *d. l.* 37. §. 1. *ff. h. t.* de quo latius *tit. de pœnis*, atque etiam facta quædam in minoribus pro delicto non reputentur, ac impunita sint, dum ab ætatis lubrico creduntur profecta, quæ a majoribus perpetrata & delictum constituerent & pœnam mererentur, *d. l.* 1. 2. *C. si advers. delictum*. Hinc matri minori ignoscitur, si liberis suis impuberibus tutorem non petierit, ne ab eorum successione depellatur *d. l.* 2. ac minoribus hæredibus non obesse crimen inultæ mortis placuit; quod tamen majores hæreditate delata indignos efficeret ex Senatusc. Silaniano & Claudiano, *l. minoribus* 6. *C. de his, quib. ut indignis.* Nec infamia laborant minores, qui in scenam prodierunt quæstus gratia, aut a jurata recesserunt transactione, sed soli majores, *l. pen. C. ex quib. caus. infam. irrog. l. si quis major* 41. *C. de transact.* at minoribus tribuitur ætatis beneficium, si in duplum adversus eos lis creverit ex damni legis Aquiliæ inficiatione, *l. si ex causa* 9. §. *nunc* 2. *ff. h. t.* quod si damnum dederint lege Aquilia coercendum; si quidem dolo, dubium vix esse potest, quin restitutio deneganda sit; cum & in contrahendo dolum committentibus haud fuerit subveniendum *l. si ex causa* 9. §. *nunc.* 2. *ff. h. t.* at si levi vel levissima culpa, sine lædendi proposito, læsionem intulerint, parcendum iis est, aut saltem restitutione juvari poterunt, ne pœnam pendant: id quod ab Impp. indigitatum puto, dum in *l.* 1. *C. si adversus delictum* ajunt; *Si tamen delictum non ex animo, sed extra venit, noxia non committitur, etiamsi pœna causa pecuniæ damnum irrogetur, & ideo minoribus in hac causa in integrum restitutionis auxilium competit*; ubi enim sola culpa damnum datur, non ex animo delictum, sed extra venit; & ob id vulgo pecuniæ damnum irrogatur lædenti, idque pœnæ causa. Ut proinde ex ea lege limitationem recipiant, quæ generalibus in *d. l.* 9. §. 2. de damno injuria dato fuere dicta, Donnellus *commen. jur. civil. lib.* 21. *cap.* 10. *in med.* vers. *in delictis*.

46. Ad hæc non adjuvandi ætatis auxilio, qui, cum puberes essent, sed adhuc minorennes, jurejurando promiserunt, se contractum servaturos, nullamque de cetero facturos controversiam; *l.* 1. & *authent. sacramenta puberum C. si advers. vendit.* Licet enim vulgo jusjurandum sequatur naturam actus, cui apponitur, sic ut, actu illo per leges improbato, jusjurandum adjectum impedire nequeat rescissionem actus illius, aut majorem ei firmitatem addere; *l. juris gentium* 7. §. & *generaliter* 16. *ff. de pactis*, *l. non dubium* 5. *C. de legibus*, prout id in jurejurando, negotiis metu vel dolo gestis apposito, demonstratum in *tit. de jurejurando num.* 4. 5. tamen diversa hujus sacramenti puberum causa est. Quod enim retractandi fuerint contractus jurati metu vel dolo initi, id inde est, quia, qui ex tali negotio, per jusjurandum firmato, alium sibi obligatum habere vult, in manifesta turpitudine, actuque penitus illicito versatus fuit, atque ita lucrum cum alieno dispendio ex sua captaret iniquitate. At qui cum minore bona fide contrahit (nam si dolus intervenisset, restitutioni ex capite doli locus esset) in nulla turpitudine versatur; sed potius secundum legis permissio-

nem cum minore contrahit, nec ex suo scelere lucrari intendit, sed id agere, quod jura sinunt. Ac proinde, si jusjurandum actui tali licito, & ex parte ejus, qui inde alium sibi obligat, nullam turpitudinem habenti, adjectum sit, non adeò irrationabile videri potuit, quod Imperator *in d. l. 1. C. si adversus vendit.* minori restitutionem adversus tales contractus juratos indulgere recusaverit, ne ei perfidiæ atque perjurii auctor esset. Hæc tamen legis primæ & authenticæ dispositio ad impuberes nequaquam porrigenda, tum quia in *d. auth.* nominatim de sacramentis puberum tractatur: ut a contrario jus aliud in impuberibus statuendum sit: tum quia ratio, cur in *l. 1.* Imperatores restitutionem voluerunt denegatam, ne scilicet *minoribus perfidiæ atque perjurii auctores fierent*, cessat in impuberibus; quippe qui, licet maxime sacramentum neglexerint, aut non ex vero juraverint, civiliter tamen non censentur pejerare, quia scientes fallere non videntur, *l. qui jurasse* 26. *ff. de jurejurando.* Quamvis enim verum sit, pubertati proximos doli capaces esse, ac posse delinquere, sic ut & ex delictis suis coercendi sint, *l. excipiuntur* 14. *ff. de Senatuscons. Silaniano & Claud.* §. *pen. Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. pupillum* 111. *ff. de regul. juris*, junct. §. *item* 1. *Instit. quib. mod. tutela fin.*, id tamen in iis potissimum obtinet, in quibus nihil ei, qui delicto pupillari læsus est, imputari potest; ut in furto, rapina, injuria, cæde, similibusque contingit. Aliter dicendum, si is, qui a pupillo pubertati proximo læsus est, ipse læsioni causam præbuerit. Qua ratione, ut contractus cum pupillo sine tutoris auctoritate celebrati claudicare dicuntur, nec pupillus inde obligari, sine distinctione, an pubertati proximus & doli capax sit, nec ne; quia sibi quisque imputare debet, quod cum eo contraxerit, quem sciebat, aut scire debebat, per ætatem ad conventiones ineundas inidoneum esse, *pr. Instit. de auctorit., tut.* junct. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*; ita quoque præstitum ab impubere contra veritatem, aut violatum jusjurandum, pro perjurio non habitum sine ætatis distinctione, *d. l.* 26. *ff. de jurejurando*, cum utique, si quid peccatum sit, magis illud iis imputandum foret, qui jusjurandum impuberi detulerunt, aut ab eo exegerunt qui ob judicii defectum & ætatis imbecillitatem necdum jurisjurandi religione devinciendus erat. Nec male hic illud applicueris, quod alibi de tyronibus in commissa sibi armorum aut reorum custodia delinquentibus traditum detenti rei custodia, eos culpæ reos esse magis, qui eam tyronibus commiserunt, quam ipsos tyrones, *l. ult. ff. de custod. & exhib. reor.*, *l. qui commeatu* 14. §. 1. *ff. de re militari.* Quod autem jusjurandum impuberis, pubertati proximi, obligatorium dicitur, sic ut utilis inde actio in eum danda fuerit, *l. ut jurisjurando* 7. §. *dabitur & in impuberem* 5. *ff. de operis libert.*, id singulare prorsus est in liberto impubere, operas patrono promittente: uti enim auctore tutore contractus ceteros celebrare impubes potuit, ac ex iis efficaciter obligari, ita & jurejurando sese ad operas patrono obstringere; dum leges veteres jurijurando promissorio non multum alioquin tribuentes, illud tamen de operis inter libertos patronosque interpositum verborum obligationibus voluerunt annumeratum; triplicem constituentes earum speciem, puta, solemnem dotis dictionem, stipulationem, & jusjurandum liberti, quo is patrono aut donum aut munus aut operas se daturum jurabat teste Gajo *in Fragmen. Instiut. lib.* 2. *tit.* 9. §. 3. 4. 5.

47. Sed & illud verum est, ita demum sacramenta puberum fuisse inviolabiliter custodienda, ex *d. l.* 1. *& auth. C. si advers. vendit.* si de cetero omnia rite gesta fuissent ex legum præscripto: sic ut jure summo rata ac firma fuerint, nec alia, quam ex capite læsionis, per ætatem contingentis, restitutio adversus ea fuisset metuenda: cum alioquin non ex dictamine legum per minores contracta, tanquam ipso jure nulla, ne restitutionis quidem auxilio indiguerint. Atque adeo, si alienatio prædiorum pupillarium sine decreto contigerit, rescriptum fuit, supervacuum esse, de vili pretio rei distractæ tractare, cum Senatusconsulti auctoritas retento dominio alienandi vim obstruxerit Interposito autem decreto, & ita jure perfecta venditione, restitutionem adversus viliori pretio factam distractionem potuisse impetrari, *l. si quidem* 11. *C. de præd. & aliis reb. minor.* Sed si insuper jusjurandum accessisset, hæc jurijurando vis tributa fuit, ut in universum perimat competentem alioquin restitutionis obtinendæ spem; de qua perimenda frustra sane caveretur in casibus ipso Jure nullis, in quibus de restitutione non poterat ulla controversia moveri. Et sane, cum ea, quæ per majorennes quoscunque contra leges gesta sunt, sic ipso jure nulla sint, ut nec jusjurandum illis firmitatem addere queat, *l. non dubium* 5. *C. de legibus*, *l. juris gentium* 7. §. *& generaliter* 16. *ff. de pactis*, necesse est, ut, absurditatis evitandæ causa, longe magis infirma manere dicamus per minores gesta, utcunque jurisjurandi religione firmata; nisi deteriorem minorum vellemus esse conditionem in contrahendo, quam majorum, contra manifestum ætatis minoris favorem. Ita cum Bulgaro sentiunt, Andreas Gayl *libr.* 2. *observ.* 65. *num.* 5. *& seqq.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr.* 1. *cap.* 8. *num.* 10, 11. Donellus *comment. jur. civilis libr.* 21. *cap.* 13. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 40. Perecius *tit. Cod. si adversus vendit. num.* 1. 2. dissentientibus cum Martino plerisque antiquioribus, quos longa serie recenset Joh. a Sande *de probibit., alienat.*, *part.* 1. *cap.* 1. *num.* 94. Non etiam hoc minorum sacramento exclusa censeri debent remedia cetera, quæ & majorennibus ad damnum depellendum aut consequendam indemnitatem comparata sunt; veluti doli, aut metus actio, vel rescissio ob enormem laesionem: ne alias hic quoque minoribus denegetur, quod majorennibus indultum est.

48. Ceterum ita gentium plerarumque communi consuetudine abolita nunc est *d. l. t.* 1. *& authentica* dispositio, ut merito quæri posset, in qua Orbis parte, aut quo in angulo, reservatus etiamnum sit usus ejus, testantibus illud Hispanis, Italis, Gallis, Belgis, aliisque juris interpretibus. Et hoc quidem justissima ratione; cum experientia docuisset, eodem ætatis lubrico eademque facilitate, qua ad contrahendum in substantiae suæ perniciem inducuntur minores, etiam ad contractus suos jurejurando muniendos instigari ac permoveri; ac multa minorum patrimonia fuisse exhausta obtentu sacramenti, quod per insidias artesque non bonas aetati fragili captiosa contrahentium extorserat avaritia, & per fas nefas-

que lucrandi cupido, Joh. a Sande *de probib. alienat. part.* 1. *cap.* 1. *num.* 97. 98. Christinæus *vol.* 5. *decis.* 215. *num.* 20. *& seq.* Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 11. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 471. *num.* 1. 2. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 3. *cap.* 24. *vers. non immorabor*, seu *num.* 13. Henr. Kinschot *responso* 102. *num.* 18. (*in editione ann.* 1653. Franciscus Kinschot *respons.* 16. *num.* 18.) Bugnion *de legib. abrogat. libr.* 1. *sacyr.* 119. Perezius *ad tit. Cod. si advers. vendit. num. ult.* aliique, quos refert Groenewegen ad *d. tit. si advert. vendit.* & Christinæus ad Bugnion *d. loco.* Ideoque, si quid tale contigerit, necesse est, minorem, antequam judicio de restitutione experiri possit, supplicare Principi, ut jurisjurandi gratiam faciat; qui tunc id judici, cui ejus rei notio est, cum principalis causæ cognitione, si juris ratio postulet, facere permittit, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 80. Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 265. 266. 267.

49. Non etiam restitutioni locus est, si minor læsus sit, dum jure communi utitur; neque enim captus videri potest aut circumventus, qui, & si major esset, idem fuisset damnum passurus, *l. fin. C. h. t. de integr. restit. minor. l. nihil consensui* 116. *§. non capitur* 1. *ff. de regul. juris*, veluti si contractum damnosum celebraverit parens minoris, aliusve major cui minor successit; cum factum defuncti præstare cogatur ætatis cujuscunque hæres, ac censeatur jure majoris defuncti, arg. *l. pen. C. de restitut. militum, l. si intra* 2. *l. ea, quæ* 5. *§.* 1. *C. de tempor. in integr. rest*, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 11. *n.* 11. Brunnemanus *ad l. Æmilius* 33. *ff. h. t. num.* 4. Idemque est, si fato quodam in damno hæreat, mortuo forte servo, quem sibi tanquam necessarium comparaverat, vel consumtis incendio terræve motu ædibus hæreditariis, fundis chasmate subsidentibus, animalibus aut servis hæreditariis mortalitate vel fuga subductis, atque ita damnosa effecta hæreditate, quam minor hisce superstitibus adierat ut vere lucrosam, non enim eventus solus damni, quod patrifamilias cuivis, quantumvis diligenti, contingere potuit, sed inconsulta demum facilitas, restitutionem indulget, *l. verum* 11. *§. item non* 4. 5. *l. non omnia* 44. *ff. h. t.* Nisi tamen in eo se minor lapsum causetur, quod adiit hæreditatem, in qua res erant multæ mortales, vel prædia urbana, æs autem alienum grave; nec prospexit, evenire posse, ut demoriantur mancipia, prædia ruant; vel non cito distraxerit hæc, quæ multis casibus obnoxia *d. l.* sunt, *verum* 11. *§. si locupleti* 5. *ff. h. t.*

50. Quod si quis, dum in arte versatur, quam profitetur, læsus sit, nec tunc indulgenda restitutio videtur; cum audiendus non sit, qui propriam allegat turpitudinem, arg. *l. transactione* 40. *C. de transaction.*; *l. cum profitearis* 4. *C. de revoc. donat. l. mercalem* 5. *C. de condict. ob turp. causam*, Aug. Barbosa *axiomate* 221. verbo *turpitudo n.* 1. *ibique DD. citati*, in qua hæret procul dubio, qui palam artem professus, sese nunc eam non callere causatur. Adeoque, licet Jurisconsulto minori in facto erranti restitutionis auxilium non videatur denegandum; cum & ipsis majoribus non raro in hisce subveniatur, dum ea, quæ facti sunt, veluti pretia & similia etiam prudentissimos fallere possunt, arg. *l.* 1. *C. qui & adversus quos*, *l. in omni* 2. *ff. de juris & facti ignor.* tamen, si in jure errans, læsionem subierit, ad ætatis auxilium non facile admittendus est; cum professio juris peritiæ discrepet prorsus, imo contraria sit fundamento restitutionis ob errorem juris implorandæ, arg. *l. professio* 6. *C. de muner.* 1. *patrim.* ac *turpe sit patritio & nobili & causas oranti jus in quo versatur ignorare*, ut Servio Mucius *l.* 2. *§. Servius* 43. *ff. de orig. juris*, arg. *l. regula* 9. *§. sed juris* 3. *& §. si quis jus* 5 *ff. de juris & facti ignor.* Prudentia scilicet in factis est, ac cum annis crescit, neque hanc Jurisconsultus profitetur; sed solam scientiam, cujus oppositum turpe in eo est, error juris. Nec dubium, quin plures subinde invenias, consiliis habitos auctores haud subtiles, qui interim nihil minus, quam ex consilio se regunt, suamque tractant rem familiarem, ac suo nimirum confirmant exemplo, non semper bonos esse œconomos, qui optime docti. Fac ergo, minorem Jurisconsultum acceptos mutuo nummos in luxum perdidisse, restituendus erit; cum non a juris imperitia isthæc obliguritio processerit, sed magis ab imprudentia & inconsulta facilitate. Concipe ex opposito, eum legata solventem, aut hæreditatem restituentem, Falcidiæ detractionem aut Trebellianicæ prætermisisse, dum sibi jus quartæ retinendæ ignorabat datum; vix est, ut restitutione juvetur ad recuperandam solutorum partem, sola hic juris imperitia damno causam dante, *d. l.* 9. *§.* 5. nec ab hac determinatione alieni sunt, si rationes eorum consideres, licet dissentire velle videantur, Fachineus *controv. libr.* 3. *cap.* 5. Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. tit. quæst.* 16. Oddus *de restitution. part.* 1. *qu.* 23. *art.* 7. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 21. Perezius *ad tit. C. qui & advers. quos.*

51. Quæ autem de Jurisconsulto minore in jure errante, ac ob id non restituendo, dicta, ad mercatores quoque & artifices producenda sunt, si in artis suæ aut mercaturæ exercitio per artis negotiationisve ignorantiam damnosas cum aliis celebrarint conventiones; si modo palam mercatorum numero eos associatos constet, dum vel tabernam exercendo merces emunt ac vendunt minutim, vel liberaliorem sine taberna instituunt negotiationem. Etenim hic quoque dubium esse non potest, quin desiderium restitutionis, habens pro fundamento negotiorum imperitiam, pugnet cum publica negotiationis professione, arg. *d. ll.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 22. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 43. *num.* 5. 6. Brodeau *sur Louet, lit. F. cap.* 11. *columv.* 3. *pag. mihi* 422. (*in editione ann.* 1623. *column.* 2. *pag.* 259. *circa fin.*) Ut tamen ex eo, quod quis subinde lucri & pecuniæ collocandæ gratia merces quasdam minoris emptas iterum distraxit, non satis recte eum protinus & mercatorem dixeris & negotiationem professum; unde nec tali restitutio deneganda foret, si se non modice lubrico ætatis doceret captum. Neque quicquam hac in parte mutat concurrens cum ætate sexus muliebris fragilitas, sed in fœminis ante ætatem perfectam publicis negotiatricibus idem potius, quod in masculis statuendum est, sive innuptæ sint, sive viro junctæ; præsertim, cum maritatæ palam negotiantes non tam ex sua considerentur persona, quam potius ex capite mariti sui, cujus ex jussu seu præpositione dum mercaturam exercere censentur, velut institrices ejus, eum ex moribus hodiernis tanquam præponentem creduntur obli-

gare; quibus ita consideratis, restitutio non tam mulieri minori, quam potius viro per ætatem aut nuptias majori, videretur dari, Brodeau *sur Louet d. lit. F. cap.* 11. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 18. *&* 20. *pag.* 338. *& seqq. & pag.* 342.

52. Non denique ad restitutionem minori recurrendum est, sive jus Romanum spectes, sive mores hodiernos, si ipso jure tutus sit; supervacuo quippe tunc apparente prætorio ac extraordinario remedio, ubi minor communi auxilio & mero jure munitus est, *l. in causa* 16. *& §.* 1. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. libro* 3. *capite* 48. *num.* 20. *&* 21. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 1. *consil.* 255. Groenewegen *ad lit. C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 43. *num.* 2. Adde *d. libr. tit.* 1. *n.* 13. veluti, si prædia minoris sine decreto distracta, vel donata sint, aut qualibet ratione alienata, *l. non est* 2. *l. non solum* 4. *l. prædia rustica* 8. *l. si quidem* 11. *C. de præd. & al. reb. minor. l.* 2. *C. si advers. donation.* aut pupillus contraxerit sine tutoris auctoritate, *l. in causa* 16. *ff. h. t.* vel minor curatorem habens sine ejus consensu mutuum acceperit, nec locupletior inde factus sit; aut talem iniverit conventionem, ad quam sequi debet bonorum alienatio; cum non absimilis habeatur ei, cui curatore dato, bonis interdictum est, *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restit. minor.*, cui cum contradicere videretur Modestinus *in l. puberes* 101. *ff. de verb. obligat.* definiens, puberes sine curatoribus *suis posse ex stipulatu obligari*, placuit nonnullis, interque eos Simoni van Leeuwen in additamentis ad notas Gothofredi ad *d. l.* 101. pro *obligari* restituendum esse *obligare*, id est, alios sibi obligatos reddere. Neque adeo improbabilis videri posset hæc minima unius literæ emendatio, nisi Modestinus, ea admissa, ineptus prorsus esset. Cui enim, quæso, dubium unquam fuit, minores alium sibi posse sine curatore devincire, cum id & impuberes sine tutore potuerint, licet necdum doli capaces, necdum proximi pubertati, sed tantum infantiæ metas egressi? *pr. Instit. de auctor. tutor. l. obligari* 9. *ff. eod. tit. l. pupillus* 11. *ff. de acquir. rer. domin.* quorsum mentio nominatim *puberum*, si in impuberibus jus idem sit? Quin potius id Modestinum egisse reor, in *d. l.* 101. servata ejus vulgata lectione, ut significaret, puberibus a jure quædam permissa fuisse, quæ impuberibus denegata, nunquam scilicet impuberes sine tutoribus suis ex stipulatu obligandos fuisse; *puberes contra sine curatoribus suis potuisse ex stipulatu obligari*, non quod semper & omni in casu sine curatoribus obligarentur, sed quod aliquando casus dentur, *quibus obligari possint*, puta si obligatio ex stipulatu non trahat post se rei familiaris diminutionem ad sui implementum, sed sola personalis facti præstatione contenta sit; quod in sponsalibus nuptiisque apparet; dum ad officium curatoris non pertinet, pupilla nubat, an non; quia officium ejus in administratione negotiorum constat, *l. sciendum* 20. *ff. de ritu nupt.* junct. *l. sponsalia* 2. *ff. de sponsalibus l. in copulandis* 8. *C. de nuptiis*, quæ aliter in tutore servabantur, qui principaliter personæ datus, sponsalibus quoque pupillorum suorum debebat intervenire, *arg. l. si puella* 6. *ff. de sponsalibus.*

53. Quod is ipso quidem jure tutus minor non sit, sed aliæ ei actiones competant ad indemnitatem, arbitrio ejus videtur fuisse relictum, an ordinariis uti vellet actionibus, an ex causa ætatis extra ordinem prætoris auxilium implorare; quoties vel pinguius aut commodius apparebat restitutionis remedium, quam actio jure communi data; vel cum utilius non esset, adversus eandem personam de restitutione controversia & ordinaria actio movenda erat: secus, si contra personas diversas. Qua ratione, si minor ex mandato, quod ipse interposuerat aut susceperat, damnum senserit adversus tertium, quocum ipse ex mandato contraxit, vel cum quo ex mandato ipsius a procuratore contractum est, non aliter restituendus fuit, quam si directa vel contraria mandati actione non potuerit indemnis esse, *l. cum mandatu* 23. *ff. h. t.* Contra vero, si a minore cautio fuerit indebite interposita, adversus eum, cui cavit, vel indebiti condictione experiri potest, vel impetrato restitutionis auxilio juvari, *l. in causa* 16. *§. Pomponius* 2. *ff. h. t.* Idemque est, si legatum ab eo indebite solutum sit, arg. *l.* 2. *C. si advers. solution.* junct. *l.* 1. *§.* 1. *& ll. seqq. ff. de condict. indeb.* Sed &, si tutoris vel curatoris intervenerit auctoritas, non impeditur minor restitutionem postulare, licet ei tutelæ actio supersit, necdum conventis & excussis illis, qui ei damnoso in negotio auctores fuerant; eo quod vel expedire potest minori rem potius ipsam recuperare, quam a tutoribus consequi indemnitatem; vel satius ei est, uno restitutionis judicio ad indemnitatem contendere, quam longis litium multiplicatarum adversus tutores singulos, eorumque fidejussores, ac tandem magistratus, movendarum ambagibus, vix tandem id impetrare, ut extra damnum sit, *tot. tit. Cod. si tutor vel curator intervenerit*, *l. ult. C. si advers. rem judicat. l. tutor.* 47. *l. si res* 49. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 11. *defin.* 34. Ant. Faber *Cod. libr.* 5. *tit.* 39. *defin.* 2. *in notis num.* 6. Nec repugnat hisce *l. properandam* 13. *§. ult. C. de judiciis*, ubi restitutionis auxilium minoribus in id tantum superesse dicitur, quod ex tutorum aut curatorum substantia consequi ad sui indemnitatem haud potuerunt. Etenim exceptio hæc est a regula, favore litium sopitarum, ne facile per restitutionem suscitentur, triennii lapsu peremptæ. Sed & secundo, totam istam præscriptionem adversus minores lege posteriore abrogatam fuisse, jam supra ostensum est. Minus adversatur *l. in causa* 16. *pr. ff. h. t.* licet enim in causæ cognitione hoc quoque versari debere dicatur, num forte actio possit competere citra in integrum restitutionem; non tamen hanc ejus legis mentem esse, quod protinus tunc restitutio denegarda foret, colligi abunde potest ex ejusdem legis §. 2. in quo condictionis & restitutionis concursus est. Neque novum in jure, ut in causæ cognitione examinandum dicatur aliquid, veluti an adoptare volens alios liberos habeat, an sexagenario major sit, licet non ideo cuivis liberos habenti, aut minori annis sexaginta, denegetur adoptandi licentia, si justa causa subsit, *l. si paterfam.* 15. *§. pen. l. nec ei* 17. *§. præterea* 3. *ff. pr. §.* 3. *& seqq. Instit. de adoption.* atque ita etiam in nostro casu restitutio exclusa videri non debuit, si justa subesset causa, dum vel pinguior est, vel ordinarium & hoc extraordinarium juris remedium adversus eundem datur, ut ante dictum.

54. Non tamen in venditionibus rerum suarum læso minori deneganda restitutio ob id, quod adversarius ejus iniquitatem pretii emendare, & id quod justæ deerat æstimationi, supplere paratus sit, uti id in remedio *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. venditione* servatur; sed potius omnimodo, non obstante tali oblatione, rescissio contractus, ac rei cum fructibus restitutio, per judicem in integrum restituentem decernenda est: ita enim passim rei venditæ redditionem læsione probata, leges præcipiunt, *l. si quidem* 11. *C. de præd. & aliis reb. minor. l. quod si minor* 24. §. *sed & si* 4. *l patri* 27. §. *si pecuniam* 1. *vers.* item ex diverso *ff. h. t.* Nec videri potest tantum minori restitutum esse quantum læsio abstulit, cum solum pretii supplementum ei præstatur: plus namque est rem cum fructibus recuperare, quam simpliciter æstimationis justæ suppleri defectum. Præterquam quod & sæpe pluris interesse potest, variis ex causis, rem potius ipsam habere, quam pretium rei. Si tamen in nullo alio minor læsus sit, quam in eo quod viliori pretio res ejus distracta sit, dum de cetero non docet, sua interesse, ipsam ut rem habeat, non iniquum fuerit, audiri emptorem, pretii supplementum una cum medii temporis usuris minori offerentem: sic enim inficias iri non poterit, quin restitutio tantum minori præstet, quantum læsio abstulit, in sola consistens pretii vilitate, arg. *l. si res* 12. §. *si mulier* 1. *ff. de jure dot.* Atque ita forte in concordiam redigendi, qui hac in controversia se mutuo discedunt interpretes, Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 3. *cap.* 1. *num.* 21. Fachineus *controvers. libr.* 2. *cap.* 89. cum Oddo, aliisque ab eo allegatis, *de restitution. part.* 2. *quæst.* 57. *art.* 4.

55. Quæ de minoribus huc usque tradita, ea quin ad prodigos, furiosos, aliosque similes ob corporis animive vitium curatoris ope juvandos, etiam producenda sint, haud videtur dubitandum, arg. *l. qui neque* 8. §. *sed si* 1. *l. si prædia* 11. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt, l. curatorem* 3. *C. h. t. de in integr. restit. minor. l. & mulieri* 15. §. 1. *ff. de curat. furios. l. dubimusque* 19. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auctor. jud. possid.* Et quamvis non omni ex parte minor, ecclesia, pauperes, fiscus, respublica, civitas eodem jure gaudeant; neque a minore ad ecclesiam aut fiscum, vel vice versa, procedat argumentum, ut suis locis monstrabitur, ac colligi potest ex iis, quæ habet Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 3. *num.* 5. *in fine*, & *in parœmis Belg. Jurisc. parœm.* 9. *num.* 23. 24. Everhardus *in topicis, loc.* 74. *a minoribus ad ecclesiam num.* 12. in materia tamen restitutionis fiscus, ecclesia, civitas, &c. a minoribus haud videntur separandi; sic ut, ex quibus causis, & contra quæ negotia restituuntur minores, ex iisdem etiam restitui possit fiscus, ecclesia, pauperes, civitates. Militat namque in his omnibus generalis ratio, quod horum omnium res, æque ac minorum, per alios administrari debeant, atque adeo æque ignorare possint, quid per ipsorum administratores geratur, nec æquum sit imprudentiam eorum nocere his, qui, cum propriæ personæ non sint, sua nequeunt administrare. De civitatibus utique ac rebus publicis, tanquam pupillis, extra ordinem juvandis, rescripta extant, *l. respublica* 4 *C. quib. ex causis majores, l. rempublicam* 3 *C. de jure reipubl. l. illud sciendum* 9. *ff. de appellat. & relat.* Nec ratio est, cur non in fisco idem servetur, licet leges id ipsum speciatim haud dictent; cum constet, in aliis juris partibus non modo æqualia esse minorum ac fisci privilegia, sed & quandoque majora fisci, quam minorum. Pari certe jure gaudent, quod ipsis fiat mora ex re, *l. cum quidem* 17. §. *fiscus* 5. *ff. de usuris, l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. in integr. rest. necess. non est;* & legalis hypotheca in bonis administratorum data sit *l. pro officio* 20. *C. de admin. tut. l.* 1. *C. de jure fisci l.* 1. *C. de privil. fisci.* Majora fisci jura sunt, quod legalem habeat hypothecam in bonis eorum, quibuscum contraxit, *l. certum est* 2. *in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah. l. quamvis* 2. *C. de privileg. fisci, l. aufertur* 46. §. *fiscus* 3. *ff. de jure fisci;* & toto triennio petere ante tempora Justiniani potuerit restitutionem adversus sententias contra se latas; cum minoribus tantum daretur annus, *l. unic. C. de sentent. advers. fisc. latis retract.* ad hæc in concursu præferatur minori, pro tributis aut militari annona ex causa primipilari agens, ut dicetur *tit. qui pot. in pign.* ac denique rescindatur venditio, si fundus tributi nomine distractus sit viliore pretio, quam erat debitum tributorum, & debitor aut alius integri tributi offerat solutionem, *l. fundus* 9. *ff. rescind. vendit. l. si minori* 3. *C. de jure fisci.* Sed & de ecclesiis piisque causis idem merito dixeris, cum civitatibus comparatæ inveniantur in *l. ut inter* 23. *C. de sacros. eccles.* & œconomi, orphanotrophiis præpositi, similesque, dicantur quasi tutores & curatores; ut proinde etiam orphanotrophia ac ecclesias jure minorum gaudere, recte concludatur, arg. *l. orphanotrophos* 32. *C. de episc. & cler.* quæ sententia etiam evidentius jure Canonico firmata est, dum cautum, ecclesiam semper jure minorum debere illæsam servari, *cap.* 1. *extra, de in integr. restit. cap.* 1. 2. *eod. tit. in* 6. Nec in contrarium facit, quod privilegia sine lege haud extendenda sint, cum restitutio non sit privilegiis proprie dictis annumeranda. Uti nec, quod ad civitates, & fiscum pertinere dicatur edictum de majoribus, & generalis clausula edicti prætorii de restitutionibus, *l. ergo* 22. §. *ult. l. inter eos* 23. *princ. ff. ex quib. caus. majores.* Sciendum enim, non protinus illis, quibus accommodatum edictum de majoribus, propterea denegatum esse ætatis beneficium; cum & infantibus ac furiosis prosit, *d. l.* 22. §. *ult.* quibus tamen & ex capite minorennitatis succurri manifestum est. Ne dicam in *d. l.* 33. non tam de fisco restituendo tractari, quam potius de fisci patrono, qui fisci dum curat utilitatem, reipublicæ causa abesse non videtur, sed tamen ex generali clausula edicti juvari potest, Vide Ant. Matthæum *de auction. l.* 1. *cap.* 16. *num.* 29. 30. Oddum *de restitutionibus part.* 1. *quæst.* 3. *art.* 1. 2. 3. 4. & *seqq. usque ad finem*, & *quæst.* 18. *art.* 9. Peregrinum *de jure fisci lib.* 6. *tit.* 2. *num.* 7. & *seqq. usque ad fin.*

TITULUS V.

De Capitis Diminutione.

SUMMARIA.

1. *Quotuplex sit capitis diminutio, & qualis hoc titulo consideretur?*
2. *Minima capitis diminutione pereunt regulariter non actiones tantum & jura, quæ contra minutum*

capite aliis competierunt, sed & quæ ipse capite minutus antea habuerat; exceptiones tamen recensentur.

3. *An per prætorem tantum restitutæ fuerint actiones, quæ contra capite minutum competierunt, an vero etiam, quæ ipsi capite minuto? plenius explicatur.*

1. QUamvis capitis diminutio, quæ est prioris status mutatio, triplex sit, maxima scilicet, qua libertas; media, qua civitas tollitur; & minima, qua tantum familia mutatur, *l. ult. ff. h. t. tot. tit. Instit. de cap. diminut.* non tamen alia consideratur in materia restitutionis, quam minima. Si enim maximam aut mediam quis passus fuisset capitis diminutionem, & ita civis esse desiisset, ita actiones ei & in eum competentes, ipsius intuitu perimebantur, ut nec ex restitutione possent reviviscere; cum neque ulla æquitatis ratio suaserit, neque adeo potens fuerit jurisdictio prætoria, ut per eam servus, aut civitate exutus, ac amissis bonis nudus exulans, vel ad agendum adversus alios admitteretur, vel actione civili posset conveniri: sed potius in fiscum dominumve, ad quem servi vel deportati bona devoluta, judicium dandum fuerit, ac vicissim Fiscus dominusve habuerint jus movendi actionem, quæ deportato servove fuerat ante capitis diminutionem quæsita, *l. pertinet* 2. *tutelas* 7. §. *pen. & ult. ff. h. t.* arg. *l. non possunt* 11. *ff. de jure fisci.*

2. Per minimam autem capitis diminutionem quin etiam jura pleraque & actiones peremtæ fuerint, dubitare non oportet, sive ipsi competiissent capite minuto, sive in eum fuissent natæ, antequam subiisset familiæ mutationem: eo quod eadem ratio in utrisque apparet, dum ita capite minutus in imaginariam servilem causam deductus censetur, *l. liberos* 3. §. 1. *ff. h. t.* atque ita non idem, sed alius homo effectus, arg. *l. qui res suas* 98. §. *aream* 8. *in med. ff. de solution.* Quod & liquido satis evincunt exceptiones, quæ majore numero de juribus ipsi capite minuto competentibus, quam de actionibus in eum dandis, in hoc nostro titulo conceptæ ac propositæ inveniuntur: cum enim una tantum occurreret exceptio in actionibus ex delicto natis, quod illæ caput sequerentur, ac nemo delictis exueretur, quamvis capite minutus, *l. pertinet* 2. §. *nemo* 3. *l. tutelas* 7. §. *injuriarum* 1. *ff. h. t.* (quo & facit argumentum ex *l. servi* 14. *ff. de oblig. & act.*) plures ex adverso traduntur de juribus ei quæsitis; veluti primo, quod publica jura per eam capitis diminutionem, quæ salva civitate sit, non intervertantur, neque finiantur officia magistratuum, tutorum, judicum, & aliorum similium, *l. amissione* 5. §. *ult. l.* 6. 7. *ff. h. t. l.* 11. *ff. de tut. & ration. distrah.* solis exceptis tutelis, quæ jure agnationis deferuntur, seu, quæ in jure alieno personis positis (id est, filiisfamilias) *non deferuntur;* ita enim cum Haloandro legendum suadet imperfectus alioquin legis sensus. Secundo, quod non pereant ipsis capite minutis obligationes illæ, quæ naturalem præstationem habere intelliguntur, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. Qua ratione si legatum in annos singulos vel menses singulos relictum sit (quod plerumque in dubio alimentorum loco censetur datum, ut dicetur *tit. de annuis legatis,*) vel si cui habitatio legetur, (quæ alimentorum pars est, *l. legatis alimentis* 6. *ff. de aliment. vel cibar. legatis,*) capitis diminutione interveniente perseverat; quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit, *l. legatum* 10. *ff. h. t. in singulos* 8. *ff. de annuis legatis,* id est, naturalem præstationem habet, neque tam juris capacitas in eo spectatur, quam facti seu præstationis naturalis suscipiendæ habilitas; quo fit, ut talia legata etiam illis recte relinquantur, qui deportati, vel servi pœnæ sunt, atque ita juris civilis communionem non habent, *l. si in metallum* 3. *ff. de his, quæ pro non scriptis, l. is, cui* 11. *ff. de aliment. vel cibar. legatis.* Idemque jus est in societate, quæ & post minimam capitis diminutionem manet; quia jus quoddam fraternitatis est, & naturalem industriæ præstationem involvit, *l. si id, quod* 58. §. *pen. l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. pro socio.* In actione quoque de dote similiter obtinuit ut illa duret etiam post capitis diminutionem, adeoque emancipata recte agat ad dotem sibi, adhuc in sacris paternis constitutæ, promissam, *l. eas obligationes* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* junct. *l. si pater* 44. *ff. de jure dot.* idque, quia *hæc actio de dote in bonum & æquum concepta est,* ut Cajus scribit *d. l.* 8. quo non id vult, quod actio hæc bonæ fidei sit; ita enim omnis actio bonæ fidei deberet perdurare post capitis diminutionem, quod falsum est: sed potius, quod dotis dandæ obligatio, etiam semota omni promissione, ex naturali æquitate descendat; aut saltem æquitatem & pietatem adjunctam habeat; adeo ut & pater ad filiam dotandam cogi possit, velut ad debitum quoddam naturale, *l. Capite* 19. *ff. de ritu nupt.* ac voto patris pudicitiæque filiæ congruere dicatur, cum filia ex patris bonis fideicommisso obnoxiis dotem constituit, *l. mulier* 22. §. *pen. ff. ad Senatusc. Trebell.* fœmina quoque, pro dotis promissione intercedens, Vellejani exceptione nequeat dotis solutionem evitare; ne civilis ratio naturali videretur jura corrumpere, *l. ult. C. ad Senatusc. Vellejan.* ac denique a Juliano traditum fuerit, *mulierem, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quicquid dotis nomine dederit, non repetere: sublata enim falsa opinione, relinqui pietatis causam, ex qua solutum repeti non potest, l. cum is* 32. §. *mulier* 2. *ff. de condict. indeb.*

3. Quæ cum ita sint, illud quidem inter omnes constat, prætoria restitutione redintegrari actiones adversus eum, contra quem per minimam fuerant capitis diminutionem extinctæ, perinde ac si nulla status mutatio intervenisset; excepto casu, quo creditor ipse suum adrogavit debitorem, *l. pertinet* 4. §. 1. 2. 4. *ff. h. t.* Sed an vicissim ipsis quoque minutis suæ restituantur actiones summo jure extinctæ, non satis expeditum est. Negat id Cujacius *in notis ad Paulum recept. sent. lib.* 1. *tit.* 7. §. 2. Ant. Faber *in rationalib. ad l.* 8. *ff. h. t.* contendens, perimi quidem capitis diminutione minima actiones, & quæ in capite minutum dabantur, & quæ ei adversus alias competebant: sed priores in eum restitui ex hoc capite; posteriores, quæ ipsi fuerant ante status mutationem quæsitæ, non item; quia (inquit) omni casu is, qui capite minutus est, eas suo amisit proprio facto, ideoque restitutionem earum non meretur: uti illa ei, qui suum adrogavit debitorem, denegatur *d. l.* 2. §. 4. *ff. h. t.* sed plenius consideranti universa, statuendum videtur, difficilius quidem ra-

riusque contigisse, ut minima capitis diminutione extinguerentur actiones, quæ capite minuto fuerant ante status mutationem acquisitæ: dum adrogatione in alienam transiens familiam omnia fere jura, actiones omnes, ipso adrogationis jure transferebat in patrem adrogatorem; unde & adrogatio universalibus accensita fuit dominii acquirendi modis, *tot. tit. Instit. de acquisit. per adrogat. l. si paterfamilias* 15. *ff. de adoption.* emancipatione vero sui juris factus non multas actiones sibi antea acquisiverat, sed patri potius, cujus suberat potestati; quæ proinde etiam apud patrem firmæ manebant ac illibatæ post emancipationem, *l. ult. C. de usufructu*: interim tamen veteri jure varia, quæ capite minuto competierant, per minimam capitis diminutionem fuisse extincta, quia ad patrem adrogatorem nequibant transire; veluti jus ususfructus aut usus, aliaque personalia sic ossibus personæ inhærentia, ut de persona in personam non possent transferri, teste Imperatore in §. 1. *Instit. d. tit. de acquisit. pro adrogat.* & Paulo *recept. sent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 29. (licet jure novo cautum fuerit, ne minima capitis diminutione ususfructus periret, *d.* §. 1. *t. ult. C. de usufr.*). In his igitur quæcumque illa fuerint, minima capitis diminutione peremtis non potuit non manifestissima apparere æquitatis ratio, quæ prætorem debuit ad restitutionem actionis aut juris hoc quoque in casu movere: præsertim, cum & ipsos testatores quandoque in casum capitis diminutionis præcavisse, Cajus auctor sit, testamenti formulam talem exhibens: *Titio usumfructum fundi lego, quotiensque capite minutus erit, eundem usumfructum ei do, l. in singulos* 8. *ff. de annuis legatis.* Adde *l. sicut* 3. *ff. quib. mod. usufr. vel usus amitt. l. licet* 23. *ff. de usu & usufr. leg.* Esto enim, quod hic concurrat factum ejus, qui capite minutus est, in quantum in ipsam consentit familiæ mutationem; quis tamen, obsecro, non animadvertit, durum nimis ac crudele futurum, si actiones, quæ non tam ex voluntate ejus, qui minimam subiit capitis diminutionem, quam potius ex juris scrupulositate nimiaque subtilitate extinctæ sunt, sine spe restitutionis manerent peremtæ; atque adeo commoda, quibus pellectus in capitis diminutionem minimam consentiendum credidit, tam gravi actionum jactura pensarentur & redderentur luctuosa, uti in simili ratiocinatur Imp. in §. *hoc quoque Instit. per quas person. cuique acquiritur.* Sed & quid, quæso, concipi potest ineptius, quam hoc, quod minima capitis diminutione creditoris interveniente, debitores ejus sine ullo suo facto ab omni efficaci obligationis vinculo & exactione mansissent liberati, atque ita prætor denegando restitutionem favisset liberationi, & liberalitati, quæ non ab ullius munificentia vel beneficii conferendi voluntate, sed tantum ex summo jure, id est, nimia ac misera subtilitate, ad meram iniquitatem & injustitiam ducente, causam habet? Aliam sane prætori stetisse sententiam, vel inde collegeris; quod, licet minima capitis diminutione perierit etiam agnatio, simulque successionis ab intestato, & alia suitatis jura, *d.* §. 1. *Inst. de acquisit. per adrog.* §. *ult. Inst. de legit. agnat. tut.* tantum tamen abfuerit, ut hic prætor acquieverit, ut potius emancipatos ita cum suis vocaverit ab intestato, ita emancipatos jusserit hæredes paterno institui testamento, ac si effectu inspecto per omnia prope potestas patria non fuisset dissoluta, data præteritis emancipatis bonorum possessione contra tabulas, ab intestato vero ea, quæ *unde liberi* appellatur; cognatis etiam post agnatos ad bonorum possessionem, *unde cognati*, admissis. Ne dicam, non prætorem modo capite minutis adversus læsiones, ex minima capitis diminutione contingentes, suppetias tulisse; sed & jure civili iisdem fuisse succursum: dum non uno loco traditum, per minimam capitis diminutionem veteres quidem hæreditates, id est, quæ ex lege 12. tabularum deferebantur, peremtas fuisse; at non reliquas novas, ex lege posteriore vel Senatusconsulto obvenientes, *l.* 1. §. *capitis* 8. *ff. ad Senatuscons. Tertull. l. capitis diminutione* 11. *ff. de suis & legit. hæred.* §. *sciendum* 2. *Inst. de Senatusc. Orfit.* Neque multum præsidii est adversæ sententiæ in eo, quod non restituatur creditori actio, qui suum adrogavit debitorem, *d. l.* 2. §. 4. *ff. h. t.* tum, quia facilius fuit, intra adrogantem adrogatumque extinctam manere obligationem, quam inter capite minutum & quosvis promiscue debitores ejus, sæpe nec gratia, nec amicitia, nec vinculo sanguinis, nec beneficio ullo notus: tum, quia ex affectione illa, quæ adrogantem movit ad adsciscendum sibi in filium debitorem suum, non difficulter debiti remittendi voluntas atque propositum præsumi potuit, eaque ratione subtilitas juris hoc in casu, æquitate non refragante, conservari.

TITULUS VI.

Ex quibus causis majores 25. annis in integrum restituantur.

SUMMARIA.

1. *Quis hoc tit. absens dicatur? quales, re ipsa præsentes, fictione tamen juris pro absentibus habeantur?*
2. *Quomodo præsenti per absentem læso subveniatur, & qualis absentia tunc sufficiat, quale remedium jure novo datum sit præsenti?*
3. *Qualis absentia requiratur, ut absenti per absentiam læso succurratur contra præsentem; quinam absint reipublicæ causa, an & legati municipiorum?*
4. *Absenti non succurritur, si domi procuratorem reliquerit, quem & regulariter relinquere debet.*
5. *An, & quæ absentia voluntaria faciat absenti læso subveniri?*
6. *De actione rescissoria, exceptionibus, aliisque remediis, quæ competunt per absentiam læsis.*
7. *Quibus in casibus cesset restitutio propter absentiam?*
8. *De generali clausula edicti*, aut si quæ alia mihi justa causa videbitur &c. *cujus exemplum additur.*
9. *Facilius hodie, quam apud Romanos, ex illa generali clausula majoribus dantur restitutiones. An adversus silentium ex judicio legis* diffamari *impositum?*
10. *An adversus peremtam litis instantiam? An adversus distractionem rerum suarum & solemnem ex decreto judicis factam earum addictionem, si ea ipsis absentibus aut justa ex causa ignorantibus facta?*

11. *An creditor, qui edictis monitus, ut suum creditum manifestaret, & de prælatione disputaret, in mora fuit, & ita per sententiam declaratus est excidisse jure suo, si justam doceat ignorantiam aut impedimentum? Et quid, si in mora quidem fuerit, sed necdum sententia exclusus sit?*

12. *An adversus longi vel longissimi temporis præscriptionem ob solam ignorantiam? quid si concurrat cum ignorantia? quid si concurrat cum ignorantia justa absentia?*

13. *An adversus temporis brevioris præscriptiones major ex justa ignorantia restitui possit? veluti adversus statutariam biennii præscriptionem in exigendis pretiis rerum minutim venditarum, salariis &c. vel adversus pœnam commissi ob non solutum canonem, non petitam investituræ renovationem, lapsum fatalium appellationis aut revisionis?*

14. *An adversus lapsum temporis ad retractum faciendum statuti, vel alia similia præter jus commune introducta, qui ex ignorantia vel absentia vel ætatis auxilio restitui possit?*

15. *An adversus præscriptiones conventionales, puta, lapsum temporis lege commissoria vel pacto redemtionis intra certum tempus faciendæ comprehensi?*

16. *An fidejussor adversus non petitam actionum cessionem contra reliquos confidejussores, postquam solidum solvit, ut adhuc actiones cedantur?*

17. *An adversus* voluntarias, *seu ex partium conventione ac consensu factas condemnationes a supremis vel inferioribus judicibus? ubi &, an supplicatio adversus eas a supremis judicibus latas?*

18. *An adversus omissionem vel aditionem hæreditatis? & quid, si creditores quidam dolo latuerint, ut hæres hæreditatem adeat, tanquam sufficientem?*

19. *An vidua, quæ ante funus mariti renunciavit domui mortuariæ ad evitandum æs alienum stante matrimonio contractum, adversus illam renunciationem restitui possit?*

20. *An succurratur majoribus læsis, dum in dolo vel delicto versabantur; vel nimio licitandi calore in publica auctione?*

21. *An si tantum facti & temporariæ possessionis quæstio sit?*

1. INter justas restitutionis causas numerata quoque invenitur absentia, quæ hic est, cùm quis abest ab eo loco, in quo domicilium habet; atque ita aliter, quam in judiciis, & usucapionibus, absentia accipitur. Sed & fictione juris quandoque in materia restitutionis pro absentibus habentur, qui vere præsentes sunt, ut, puta, furiosi, prodigi, pupilli, & similes non defensi, *l. ult. ff. de verb. signific.* ag. *l. ut perfectius* 2. *in pr. C. de annali except.* quique eodem in loco in vinculis detinentur, aut in jus vocari nequeunt, ut magistratus majores; aut præsentes sui copiam non faciunt; aut denique contra quos noluit jus dicere magistratus per sordes, *l. ait prætor* 23. *pr.* & *§. ult. l.* 24. 25. 26. *§.* 2. & *seqq. ff. h. t.*

2. Succurri vero potest vel præsenti contra absentem, vel absenti contra præsentem, vel absenti contra absentem. Præsenti quidem adversus absentem subvenitur sine absentiæ distinctione; cum quælibet sive necessaria, sive voluntaria, sive honesta, sive inhonesta sufficiat. Si enim ipsa absentia reipublicæ causa non debeat alteri præsenti vel absenti damnosa esse, *l. absentia* 140. *ff. de reg. juris*, multo minus id debet absentia alia, quæ non ita, uti quidem ea, quæ reipublicæ causa est, præcipuum meruit favorem. Non aliter tamen præsens adversus absentem juvatur, quam si absens indefensus sit, adeoque procuratorem domi non reliquerit, & defuerit defensor, qui, præstita de judicato solvendo cautione, sese pro absente sistere paratus fuit: nam si talis sese obtulerit, culpa præsentis est, quod actionem aut jus suum adversus absentem amisit, *l. item ait* 21. *§.* 2. & 3. *l.* 22. *ff. h. t.* Sed jure novo is, qui præsens est, contra absentem querimonia, seu protestatione, apud præsidem, vel loci judicem, vel his deficientibus apud tabellionem, vel testes facta, jus suum conservare potest, *l. ut perfectius* 2. *C. de annali except.*

3. Quod si ex adverso absens læsus sit per præsentem, aut absentem, secundum *l. ult. ff. h. t.* inter necessariam & voluntariam absentiam adhibenda distinctio est. Etenim, si necessario quis abfuerit, si quidem ex turpi causa, veluti dum relegatus est, non restituitur; nisi causa cognita appareat, illum omni culpa carere in damno, quod per talem absentiam passus est, mortuo forte procuratore, quem rebus suis præfecerat, *l. sed & si* 26. *§. adversus* 1. *l. si qua militi* 40. *§.* 1. *ff. h. t. l. Papinianus* 20. *ff. de minor.* 25. *annis*. Sin ex causa honesta, datur restitutio per hujusmodi absentiam læsis; quales sunt milites in expeditione, vel Romæ, non item domi commeatu accepto, existentes; quique propter milites castra sequuntur medici, similesque, *l. milites* 7. *l. inter eos* 53. *§. ult. l.* 34. *l. pen. ff. h. t.* arg. *l. un. ff. de bonor. possess. ex testam. militis, tit. C. de restit. milit.* ad hæc missi, ut milites ducerent aut reducerent, aut ad homines malos compescendos; uti & proconsules præsidesque provinciarum, legati proconsulum, procuratores Cæsarum, & generaliter qui ad provincias regendas missi sunt, eorumque comites ac ministri, *l. abesse* 32. *l. qui mittuntur* 35. *pr.* & *§§. seqq. ff. h. t.* arg. *l. administrantes* 41. *§. eorum* 2. *ff. de excusat. tut.* Brissonius *Antiquit. lib.* 4. *cap.* 14. legati, sive a populo Romano ad gentes alias, sive a municipio ad Principem pro expediendis sui municipii negotiis, missi sint; quatenus sensu latiore dicuntur abesse reipublicæ causa, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt, *l. legat.* 8. junct. *l. reipublicæ causa* 36. *ff. h. t.* licet proprie loquendo municipia a rebuspublicis separata sint, eoque sensu legati municipiorum negentur reipublicæ causa abesse, *l. sed & si* 26. *§. ult. ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* junct. *l. bonis civitatis* 15. *l.* 16. *ff. de verb. signif.* Quod si quis absens fuerit ex causa, quæ necessaria quidem, sed per se nec honesta nec turpis est, etiam tunc absenti succurrendum fuit; veluti si quis morbi, aut justi metus causa, non vano timore perterritus, absit, dum vi tempestatis, latronum, hostiumve impeditur adesse, sive hos tantum metuat, sive ab his aliisque detentus sit, *l. hoc edictum* 2. *§.* 1. *l.* 3. *l. succurritur* 9. *l. si cui* 38. *in fine ff. h. t. l. si idcirco* 2. & *ult. C. h. t.* vel si testimonii dicendi causa evocatus sit, aut

cognitionis vel appellationis gratia peregrinetur, *l. sed & si* 26. §. *ult. in fin. ff. b. t.*

4. His tamen omnibus ita demum succurri solet, si nullum domi procuratorem reliquerint: hunc enim si constituerint, cum ordinariam adversus eum habeant mandati actionem, haud restituendi, *l. is, qui reipublicæ* 59. *ff. b. t. l. ult. ff. de in integr. restitut.* nisi is solvendo non sit, aut culpa careat; quo de casu intelligenda *l. sed & si* 26. §. *ult. ff. b. t.* Bachovius *tract. de action. disp.* 3. *th.* 28. aliter Cujacius *libr.* 19 *observ.* 14. Et quamvis regulariter quisque absfuturus teneatur domi procuratorem relinquere; multi tamen casus evenire possunt, quibus impeditur; veluti nimia festinatione, vel quia destinaverat maturius reverti, vel idoneum non inveniebat, vel quia mortuus est is, quem absfuturus constituerat. Plane si per manifestam negligentiam, ac velut contemptum, prætermiserit domi alium suis rebus præficere, restituendus non videtur; eo quod non tam absentia, quam potius culpa atque negligentia propria ei damnosa fuit, arg. *l. non enim* 16. *ff. b. t.*

5. Voluntariam absentiam quod attinet, si quidem non nisi ex causa injusta procedat, dum absens vagabundus est, aut transfuga, vel desertor militiæ, vel latrocinia exercet, vel creditorum fraudandorum causa latitat, aut propter crimen commissum non audet præsens esse, nulla ratio suadet, ei succurrendum esse, arg. *l. item ei* 14. *ff. b. t.* Sed &, si justa subsit absentiæ voluntariæ ratio, veluti studiorum aut mercaturæ, restitutio regulariter concedenda non est; cum debuerit, atque etiam potuerit, nulla pressus profectionis necessitate, procuratorem domi constituere, contra quem de damno regressum habet. Si tamen mortuus fuerit datus procurator, aut furore aliove modo inhabilis redditus, non inique prætor fecerit, si ei subveniat; ne per justissimam absentiæ causam capiatur ac in damno sit, *l. mandatum* 57. *ff. mandati, l. nec non* 28. *ff. b. t.*

6. Ad hanc vero restitutionem impetrandam comparata fuit actio prætoria rescissoria in rem; etiam Publiciana in jure nostro appellata, *l. in bonorariis* 35. *ff. de oblig. & action. l. mandatum* 57. *ff. mandati*, hæredibus & in hæredes competens, qua rescinditur usucapio, & res amissa recipitur, §. *rursus* 5. *Instit. de action l. cum miles* 30. *ff. b. t. d. l.* 35. *ff. de oblig. & act.* Sed & exceptio comparata est ad rem retinendam, si forte is, cujus res usucapta est, in rei istius possessione sit, ac ab eo, qui usucepit, interpelletur, *l. nec non* 28. §. *pen. ff. b. t.* Ravardus *libr.* 4. *varior. cap.* 5. Et si absens condemnatus sit, si quidem indefensus, sententia executioni danda non erit, ac denegabitur in eum judicati actio, sic ut ex integro causa agenda sit, *l. si prætor* 75. *in fine ff. de judiciis, l.* 1. *C. b. t.* sin defensus, & se per sententiam læsum putet, ita restituendus foret, ut tantum possit omissam interponere appellationem, *l. ult. in fine ff. de in integr. restitut.* quod si alio modo, actione perempta, læsio contigerit, veluti repentinis feriis, restituitur agendi jus, *l. sed & si* 26. §. *si feriæ* 7. *ff. b. t.* Considerandum etiam, non modo læsis subveniendum esse, si per absentiam damnum passi sint, sed & si lucrum iis non accesserit: qua ratione miles, cui annuum legatum erat sub conditione, si in Italia moraretur, per hanc restitutionem etiam tempore expeditionis legatum capit, *l. Julianus* 17. §. *ult. l. & sive* 27. *l. si quis Titio* 41. *l. si quis stipulatus* 43. *ff. b. t.* Si tamen absens lucrum captare vellet per restitutionem cum alterius pœna vel damno, audiendus non esset, cum natura æquum sit, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. Qua de causa non restituitur, si usucapio, quam præsens inchoaverat, per absentiam ejus, veluti captivitatem, interrupta sit, *l. sciendum est* 18. 19. 20. *ff. b. t.*

7. Cessat ex hac causa restitutio, si quis læsus sit, cum ultra constitutum tempus abesset: vel dicis causa absfuerit reipublicæ gratia, dum alterius grandis commodi captandi gratia id egit, ut reipublicæ causa abesset, *l. item hi* 4. *l.* 5. *l. reipublicæ* 36. 37. 38. *l. non vere* 42. *ff. b. t. l. qui libera* 14. *ff. de legation.* vel quadriennium (olim annum utilem, §. *rursus* 5. *Instit. de action. l. in bonorariis* 35. *ff. de obl. & act.*) elabi passus sit a tempore cessantis absentiæ aut impedimenti, aut missionis impetratæ, *l.* 1. *l. ult. C. de tempor. in integr. restitut.* vel præsens idem damnum fuisset subiturus, *l. is, qui reipublicæ* 44. *ff. b. t.* Quod si is, cujus res jam erat cæpta usucapi, deinceps reipublicæ quidem causa abesse cœperit, sed ante impletam suæ rei usucapionem redux, ac jam præsens, rei istius usucapionem impleri passus sit, non aliter restituendus est, quam si tam exiguum a reditu tempus superfuerit prætoris arbitrio, ut non satis commode sese potuerit ad interruptionem faciendam parare, *l. ab hostibus* 15. §. *ult. l.* 16. *ff. b. t.*

8. Est & generalis edicti clausula, videlicet, *si qua alia mihi justa causa esse videbitur, restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit, l.* 1. *ff. b. t.* ex qua succursum ei, qui, de itinere actuque privato experiri interdicto desiderans, cum non hoc anno ivisset ob inundationem, (uti requiritur ad illud interdictum) sed superiore, ita mediante restitutione ad interdictum admissus fuit, ac si non superiore, sed hoc anno itinere actuque privato usus esset, *l.* 1. §. *si quis propter* 9. *ff. de itinere actuque privato.*

9. Quia vero faciliores ac proniores sunt hodierni mores, quam jus Romanum, ad restitutionem ex hac clausula generali tribuendam, teste Neostadio *Curiæ Holland. decis.* 39. vers. *secundo movi.*, operæ pretium fuerit, casus præcipuos controversos hic subnectere. Si ergo jus aliquod non ex generali præscripto legum, sed quodam modo more insolito amissum fuerit, haud difficulter per restitutionem redintegratio ejus impetrari potest: atque adeo, si alicui convento ex *l. diffamari*, ac intra tempus præfinitum actionem non intentanti, silentium fuerit in perpetuo impositum, ex probabili causa adversus lapsum temporis ipsamque sententiam restitui desiderans, audiendus foret; uti post Ant. Solam *ad constit. Sabaud. tit. de conclus. in causa. part.* 3. *gloss.* 3. *n.* 4. 5. *pag. mihi* 334. notat Warsenaar *pract. judic. cap.* 3. *n.* 11. & 13.

10. Similiter adversus peremtam litis instantiam facilem esse hodie restitutionis impetrationem, observat Neostadius *Curiæ supr. decis.* 92. Groenewegen *ad l.* 18. §. 4. *ff. l.* 18. §. 4. *ff. de dolo, & ad l.* 13. §. 1. *C. de judiciis*, aliique ibidem citati. Nec minus adjuvandi per restitutionem majores, si

res eorum, quasi ad tertium pertinentes, distractæ palam ac post solemnia subhastationis ex decreto judicis traditæ emtori ac addictæ sint, ipsis propter absentiam aliamve causam probabilem ignorantibus; sive absentes fuerint, dum alio in loco domicilium fovebant, sive dum in loco subhastationis domicilium foventes peregrinabantur. Quamvis enim non vilis hastæ fiscalis auctoritas sit, hodiernis præsertim moribus, nec facile convelli debeat fides ejus; non tamen usque adeo sui valitura momento est, ut propterea verus dominus, ignorantia probabili non intercedens rerum suarum distractioni, atque adeo extra culpam positus, dominio rerum suarum alteri publice addictarum maneret exutus. Sic ut hic idem prorsus in majore ob justam ignorantiæ causam statuendum sit, quod de minore plenius traditum, *tit. de minor.* 25. *annis*, Joh. Papon. *libr.* 18. *tit.* 6. *arrest.* 4. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 31. 32. Groenewegen *ad l.* 13. *C. de eviction.* Parladorius *rer. quotid. lib.* 2. *cap. fin. part.* 5. §. 9. *num.* 11. 12. Respons. Juris Holl. *part.* 2. *cons.* 324. Et hæc ita, nisi a fisco vel Principe esset facta distractio; quippe qua jus plenissimum emptori quæritur, ac perfectissima securitas; sola domino adversus fiscum actione intra quadriennium superstite, §. *ult. Inst. de usucapion. l. ult. C. si advers. fiscum.*

11. Ex eadem ratione creditoribus subveniendum, qui publico edicto admoniti, ut suum creditum manifestarent, cum forte bona debitoris solvendo non essent, ac de prælatione creditorum foret disputandum, id ipsum facere prætermiserunt, ideoque judiciali sententia declarati sunt cecidisse juribus suis & actionibus, si quæ ipsis competiissent; si deinde intra tempora statutis definita, vel alioquin intra ordinarium restitutionibus petendis præfixum tempus, justam allegaverint ignorantiæ aut alterius impedimenti causam, quod edictis propositis non paruerint ac indicaverint crediti sui exigendi jus ac quantitatem. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 13. 14. Mævius *ad jus Lubec. libr.* 3. *tit.* 1. *art.* 10. *num.* 14. Plane si necdum per sententiam fuerit impositum perpetuum silentium, etiam sine solemni restitutionis auxilio ad jus suum proponendum ac de protopraxia disputandum, admittendi videntur; eo quod dilationes arbitrariæ per judicem præfinitæ regulariter peremtoriæ non sunt, atque insuper liberum cuique esse debet agendi petendique jus, quamdiu illud neque a lege neque a judice ademtum est; ademtum vero non censetur, nisi sententia definitiva id declaratum sit; neque enim solæ indicum comminationes sufficiunt, secundum inscriptionem & *tot. tit. Cod. comminationes, epistolas, programmata, subscriptiones, auctoritatem rei judicatæ non habere*, And. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 57. *n.* 8. Ant. Matthæus *de auct. d. libr.* 1. *cap.* 17. *num.* 12.

12. De longi vel longissimi temporis præscriptione expeditum existimo, adversus eam semel rite impletam pristino domino non esse dandum ex causa ignorantiæ restitutionis auxilium: vix enim est, ut illa satis probabilis sit; atque insuper id vetat de usucapione *l. ult. C. de longi temp. præscript.* qua cautum, *nullam scientiam expectandam esse, ne altera dubitationis inextricabilis occasio oriatur.* (Adde *l. unic. C. de usucap. transform.*) de præscriptione temporis longissimi, *l. omnes* 4. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* dum illic sancitum, *ne ullum jus privatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveatur.* Quibus accedit, quod uno tantum in casu ex jure novo ob malam fidem auctoris cum pristini domini ignorantia concurrentem præfinitum fuit possidenti triginta annorum spatium ad usucapionem, alioquin decem aut viginti annis adimplendam, *novell.* 119. *cap. rursus* 7. quod frustra foret, si ob ignorantiam restitutio adversus usucapionem promiscue concedenda foret. Quo ipso etiam satis tollitur ac præcluditur effugium dissidentium, dum ajunt, præscriptionem quidem currere ignoranti, sed non denegari restitutionem ex capite ignorantiæ, tanquam justa causa, Fachineus *libr.* 1. *controvers. cap.* 69. dissentiunt plerique, Christin. *ad L. L. Mechl. tit.* 20. *art.* v. *num.* 29. & *vol.* 4. *decis.* 84. *n.* 5. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *n.* 18. 19. Oddus *de restitution. part.* 2. *quæst.* 90. *art.* 4. 5. Ant. Faber *Cod. l.* 2. *tit.* 23. *defin.* 1. decisiones Cur. Holl. *impressæ post cons. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 23. 24. & 28. Si tamen necessaria pristini domini absentia concurreret cum ignorantia, magis est, ut ei etiam adversus temporis longissimi præscriptionem subveniatur; eo quod & sola absentia necessaria id operari potest; secundum edictum de majoribus, jam in præcedentibus hoc tit. tractatum. Nec hisce adversatur, quod in *l. sicut* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *an.* dicitur, *non absentia, non militia contra hanc legem defendenda*; cum inde quidem appareat, adversus absentes militesque currere istam temporis longissimi præscriptionem; non tamen, restitutionem ex capite absentiæ exclusam esse: nam & ipsis minoribus eam currere, & hos tamen ætatis auxilio adversus eandem impletam juvari, ante traditum *tit. de minor.* 25. *annis*. Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 7. *in fine*, & *libr.* 3. *cap.* 46. *n.* 9. 10. Ant. Matthæus *parœm. Belg. Juriscons.* 9. *n.* 22. Groenewegen *ad l.* 3. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 2. *n.* 33.

13. Brevioris temporis præscriptiones quod attinet; adversus eas majoribus remedium denegandum non fuisse, constat ex *l. Pannonius Avitus* 86. *ff. de acquir. vel amitt. hæred.* nec id ambiguum esse potest illis, qui paulo ante allegati, etiam in longissimi temporis præscriptione ex sola ignorantia restitutioni dederunt locum. Atque adeo non dubitem, quin adversus statutariam biennii præscriptionem, exigendis pretiis mercium minutim distractarum, mercedibus operariorum, salariis advocatorum &c. præfinitam, ex hoc ignorantiæ capite majorennibus quoque subveniendum sit. Vide Abr. Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 21. *num.* 30. uti & adversus jus commissi ob non solutum toto triennio canonem, aut non petitam intra tempus legitimam investituræ renovationem, si negligentia ex eo processerit, quod emphyteura vel vasallus ignoravit, prædium emphyteuticarium esse, aut feudale. Crivellu. *decis.* 58. *num.* 8. 9. 10. Jocobus Coren *observ.* 22. Wassenaar *pract. judic. cap.* 2. *num.* 14. & *seqq.* & *num.* 20. 21. Groenewegen *ad l.* 2. *C. de jure emphyteut. n.* 2. Idemque in lapsu fatalium, ut appellant, admitti, plenius dicetur in appellationum materia. Interim vide Gayl. *lib.* 3. *observ.* 143.

Neostadium *supr. cur. decis.* 52. & *de pactis ante-nupt. observ.* 1. *in notis*, verb. *non recipiendam*, exceptis fatalibus revisionis, teste van Alphen *Papeg-dey part.* 1. *cap.* 28. *n.* 6. *pag. mihi* 438. *in med.*

14. Si tamen iis, quæ contra generalia juris fundamenta, ac generalem juris rationem, & naturam rei, introducta ac permissa sunt, peragendis certum tempus præfinitum sit; vix est, ut adversus temporis illius lapsum restitutio concedatur. Unde, si quis anni vel alterius temporis statuto, definiti spatium, ad retractum rei venditæ exercendum, elabi passus sit, ei nec ob ætatem, nec ob absentiam, nec ob ignorantiam restituendam fore retrahendi facultatem, observat Neostadius *curiæ supr. decis.* 29. Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 276. 277. 278. licet aliis contra placeat, tempus retractus non currere ignoranti, sed soli scienti, sic ut restitutione ob ignorantiam opus quidem foret. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 11. 12 qua de re plenius *tit. de lege commissoria.*

15. Similiter restitutio non danda majori ex capite ignorantiæ vel absentiæ adversus lapsum temporis, quod mutuo contrahentium consensu definitum est, seu adversus præscriptionem conventionalem; veluti si id actum fuerit, ut res inemta esset, si intra decem menses pretium solutum non sit, vel ut intra annum competeret venditori redimendi jus: nam ne ipsis quidem minoribus ætatis auxilium adversus temporis hujusmodi lapsum debere tribui, *tit. de minoribus* adstructum est: ut proinde idipsum longe magis in majoribus ob rationes ibidem prolatas probandum sit: eoque facit, *l. si a te* 7. *C. de pactis inter empt. & vend.* Sande *decis. Frisc. lib.* 1. *tit.* 15 *defin.* 5. Frustraque in id sudat Ogdus, *de restitution. quæst.* 86. *art.* 4. ut, contrariam amplexus sententiam, speciem quandam ac rationem differentiæ inter minorem majorennemque videri posset adduxisse. Cum enim is, quocum contractum est, non alia lege voluerit rei suæ privari dominio, quam si intra certum tempus pretium numeratum sit; aut vice versa, noluerit tanto emere pretio, quam si post temporis adjecti lapsum irrevocabile sibi haberet dominium; nullus sane concipi potest casus adeo fortuitus aut improvisus ex parte ejus, qui tempus adjectum debebat observare, (veluti latronum prædonumque violentia, aut publica Principis in usus publicos pecuniam occupantis potestas) ut is non ei potius, ex cujus parte contigit, quam adversario, ex cujus parte casus fortuitus haud extitit, deberet nocere; sive minor ille fuerit, sive major, cui temporis observatio ex pacto incumbebat. Sic enim & in locatione operarum, iisdem ob casus fortuiti impedimentum non præstitis, (veluti mortalitatis interventu) mercedis promissæ exactio vel admittenda erit, si moriatur is, cui opera præstanda erat; vel deneganda, si is in fata concesserit, qui debebat præstare, ut *tit. locati* latius firmabitur. Fallitur vero, dum rationem differentiæ inter conventionalem hanc & legalem præscriptionem in restitutione majorennium nullam esse arbitratur: cum enim legalis præscriptio a lege, conventionalis a mero partium arbitrio dependeat, & quisque etiam invitus legalem præscriptionem in se admittat, conventionalem vero in se vigere, non alteri, sed sibi soli, suæque actioni ex libera voluntate conceptæ debeat imputare, arg. §. 1. 2. 3. *inst. de divis. stipulat.* justum quidem fuit, adversus legalem præscriptionem quandoque restitutionem indulgeri, & rem suæ æquitati restitui, ubi apparebat, ob quasdam circumstantias illam præscriptionem certo in casu iniquitate laborare; at nunquam poterit justum videri, ut conventiones, neque temere interpositæ, neque honestati repugnantes, suo destituerentur effectu per remedium prætorium, ubi casus aliquis inopinatus intercessit, atque ita dominus contra conventionem exueretur dominio, quod non nisi certa lege voluit translatum. Neque sane alia ratio est, cur prætor in stipulationibus quidem prætoriis non ex libera partium voluntate, sed se jubente interpositis, ac pœnæ adjectione firmatis, quandoque pœnam promissori ex æquitate remittat, licet tempora (velut sistendi) non exacte fuerint observata, si modo necdum adversarii inceperit interesse, atque adeo cesset aequitas, quae praetorem moverat; ut stipulationem pœnalem fieri juberet, *l. & si post tres* 8. *ff. si quis caut. in jud sist. caus. fact. non obtemp.* contra vero in mere conventionalibus, arbitrio partium sine necessitate conceptis, ac pœnali stipulatione munitis, nunquam pœnæ promissæ remissio a praetore concedatur, sed condemnatio fiat etiam ei, cujus nihil interest promissionem impletam esse; quasi nihil aliud hic considerandum esset, quam quod actum est, ac placuit contrahentibus: *pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitatis, quæque conditio stipulationis, l. stipulatio ista* 38. §. *alteri* 17. *ff. de verb. obligat.* §. *alteri* 20. *Instit. de inutil. stipulat.*

16. Quod si unus ex pluribus fidejussoribus, qui petere poterat, sibi actiones cedi per creditorem contra reliquos confidejussores, non opposito beneficio cedendarum actionum, neque pactione de iis post solutionem cedendis interposita, solus integrum debitum exsolverit; huic quoque restitutionem ad id, ut creditor eas etiamnum crederet, denegari debere, verius est. Cum enim ipse solidum debuerit, atque ita non solverit quod erat indebitum, indeque etiam jura ei denegaverint soluti condictionem adversus creditorem, qui suum consecutus est ab eo, qui debebat, *l. si testamento* 49. §. *ex duobus* 1. *in fine ff. de fidejussor.* quae tamen condictio, utpote ex mera aequitate introducta, danda fuisset, si quæ æquitas apparuisset: ac praeterea necesse foret, ut actiones reviviscerent tertio, id non petenti, creditori scilicet, cujus non interest, quippe cui per solutionem factam ipso jure perierunt, nec nisi revixerint, cessionem recipiunt, *l. cum is* 36. *ff. de fidejuss.* non potest inveniri sufficiens æquitatis ratio, quæ prætorem moveret ad auxilium suum talibus impertiendum. Crivellus *decis.* 80. Eoque facit, quod ab Oddo traditum; si quidem condictio non detur, quia æquitas naturalis non patitur, tunc neque restitutionem dandam esse, *de restitut. part.* 1. *qu.* 8. *art.* 11. *n.* 89. Et hæc ita illis in locis, in quibus juris civilis principia etiamnum probata sunt; quod nempe fidejussor indigeat actionum cessione contra confidejussores, & illa ante solutionem fieri debeat, vel saltem de cessione facienda conventio ante interponi. Ceterum positis Hollandiæ moribus, quod

scilicet etiam sine cessione fidejussor contra confidejussores agere possit, vel saltem dudum post solutionem sine præcedente speciali conventione cessionem petere a creditore, prout id adnotatum in *tit. de fidejussor. & mandat. n.* 30. *fere in fine*; supervacua hæc de restitutione quæstio est.

17. Porro, si convenerit inter partes litigantes, quid pronuncietur, uti tunc non abs re erit, judicem hujusmodi sententiam sine ulteriore causæ cognitione ex partium voluntate proferre, *l. si convenerit* 26. *ff. de re judicat. l. judicem* 21. *ff. communi divid.* ita, si a judice inferiore lata sit, ratio non est, cur non adversus illam restitutio danda foret, si læsio gravis doceatur illata. Si enim adversus conventiones mutuas ob enormem læsionem restitutioni locus sit, nec auctoritas rei ab inferioribus judicibus judicatæ tanta, ut restitutionis auxilium, apparente justa restituendi causa, repellat, etiam tunc, cum plenissima causæ cognitione interveniente lata est; consequens est, ut sive partium conventionem spectes, sive rei ita judicatæ vim, restitutionis æquitatem haud deesse fatearis. Eoque facit, quod & appellationes a tali sententia vi compromissi in arbitros latæ, moribus omnino permissæ sunt. Jacob. Coren *observat.* 2. *n.* 3. At si a supremo Senatu, a quo ulterior appellandi facultas haud competit, sententia ex partium consensu pronunciata sit, restitutionem concedi haud oportere prætextu læsionis, nisi metus justus intercesserit, a suprema Curia, Ordinibus Hollandiæ consulentibus, responsum est; ut aliquis saltem superesset secure paciscendi, transigendique modus, & una saltem velut anchora sacra in foro inveniretur, qua fidentes, qui contraxerunt, possent quiete dormire. Extat rescriptum apud van Alphen *Papegaey part.* 1. *cap.* 28. *in fine pag. mihi* 439. & plenius apud Jacob. Coren *observ.* 14. Quemadmodum nec supplicationem tunc admittendam esse, probat pluribus idem Coren *observ.* 2. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *num. ult. in fine*, licet tum de restitutione tum de supplicatione aliud in Gallia Sabaudiaque servari tradat Rebuffus *tom.* 1. *tract. de litteris civilibus art. unic. gloss.* 2. *num.* 37. 38. 39. Ant. Faber. *Cod. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 6.

18. Non etiam adversus aditionem hæreditatis majoribus subveniendum est restitutionis auxilio; (eademque omissionis ratio est) cum potuerint, adhibito inventarii beneficio, adire sine damni metu, spe lucri interim remanente, si quæ ære alieno soluto supersint; atque adeo suæ prorsus imprudentiæ temeritatique debeant accepto ferre, quod simpliciter adeuntes in damno hæreant, aut repudiantes utilitate destituantur, arg. §. *pen. Instit. de hæred. qualitit. & different. l. ult.* §. *sin autem* 14. *C. de jure deliber.* Eoque facit, quod, necdum adinvento inventarii beneficio, solis minoribus, ætatis favore, succurri potuerit; nequaquam majoribus: quod proinde longe magis ex jure novo servandum est, §. *extraneis* 5. *Instit. de hæred. qual. & different.* Nisi tamen creditores hæreditarios plures dolo malo latuisse probetur, ut ita hæredem in hæreditatis satis opulentæ opinionem inducerent, ac ad simplicem ejus pellicerent aditionem, arg. *l. si legatarius* 23. *& ult. ff. de dolo malo.* Rebuffus *tom.* 2. *tract. de restitution. art.* 1. *gloss.* 1. *num.* 33. Oddus *de restitution. part.* 2. *quæst.* 62. *art.* 14. Wassenaar *practic. judic. cap.* 11. *num.* 117. 118. 119. 120. Adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 305. (*revera*) 205. *n.* 4. *& seqq. pag. mihi* 547.

19. Quod si vidua, quæ ad vitandum æs alienum stante matrimonio contractum, renunciavit domui mortuariæ, seu sine palla & calantica exivit ex domo mortuaria, (qua de re latius in materia cessionis bonorum) postmodum se læsam conquæratur, dum vel æris alieni ostentatione, quod jam exsolutum erat, deterrita, vel credulitate propria inducta, abdicationem facit: non videtur ei restitutio deneganda esse; cum abdicatio talis non longe distet a bonorum cessione; quam si quis fecerit, rebus necdum distractis, pœnitentia duci potest, ac venditione impedire, si modo creditoribus satisfacere paratus sit, *l. is, qui bonis* 3. *l.* 5. *ff. de cession. bonor. l. si quantitatem* 2. *C. eod. tit.* Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 415. *gloss.* 3. *n.* 4. *in fine*, Guerin *ad consuet. Paris. art.* 237. *fere in fin.*

20. Præterea restitutione non juvandi majores, si læsi, dum in dolo versabantur ac delicto, *l. sed & si* 26. §. *adjicitur* 6. *ff. h. t.* nec, si se in publicis auctionibus calore nimio licitationis provectos, emendo conducendove læsos contendant: neque enim temeritas & calor inconsultus in majoribus, seu solis in minoribus ferendus ac condonandus est, atque ita prætorium adjutorium meretur, arg. *l. verum* 11. §. *item non* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, Ant. Matthæus *de auction. l.* 2. *cap.* 11. *num. ult.*

21. Non denique restitutioni locus est, si tantum facti, & possessionis temporariæ quæstio vertatur, notante Neostadio *Curiæ supr. decis.* 63. vers. *Senatus.*

TITULUS VII.

De Alienatione Judicii mutandi causa.

SUMMARIA.

1. *Quid sit Actio in factum ob alienationem judicii mutandi causa? quibus detur, contra quos, & quibus in casibus; an etiam contra eos, qui dolo id egerunt, ne acquirerent, cum possent?*
2. *Ut huic actioni locus sit, alienatio debet esse facta inter vivos; dolo malo; sponte seu ex libera voluntate; ante litem contestatam; & animo judicii mutandi, cum interesset actoris, id non fieri; quæ exemplis explicantur. An alienans invitus cogi possit judicium accipere de re alienata?*

1. Quia alienatione judicii mutandi causa plerumque deterior fit actoris persecutio, dum reus litem metuens in locum suum substituit alium molestum, factiosum, rixosum, potentiorem, aut alterius provinciæ hominem, vel militem cinguli præsumtione adversariis haud raro gravem, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. §. 1. *l. pen. & ult. ff. h. t.* arg. *l. milites* 31. *l. licet* 35. *C. de locato*; ideo si quid tale contigerit, actio in factum prætoria comparata est, læso competens, ac ejus hæredibus, adversus alienantem, etiam tutorem aut curatorem, *l. nam & si* 10. §. 1. *ff. h. t.* non item adversus hæredes ejus, quia ex quodam delicto videtur nasci, licet contineat rei persecutio-

nem: ad id quod interest, si quas forte impensas fecerit, aut si quam aliam incommoditatem passus sit, alio adversario substituto, *l. quia* 3. §. *pen. l.* 4. §. *pen.* & *ult. l.* 5. 6. 7. *ff. h. t.* sive in rem actio fuerit, sive in personam, quæ rei alienatæ intuitu competebat, *d. l. quia* 3. §. 2. 3. *ff. h. t.* sive actor rem ipsam, sive impositam rei servitutem persequatur, *l. item* 4. §. 4. *ff. h. t.* sive oneroso sive lucrativo titulo res alienata sit, *l. pen. ff. h. t.* vel etiam in sacrum dedicata, arg. *l. ult. ff. de litigiosis*, vel servus, qui petebatur, si manumissus, *l. quia* 3. §. *sed si* 1. *ff. h. t.* Nec refert, an res, quæ alienata est, jam usucapta sit per alienantem, nec ne, positis terminis habilibus, quibus usucapio impleri potuit, *l. item* 4. *pr. ff. h. t.* Non tamen hac in materia alienare creditur, qui cum potuisset rei possessionem adipisci, eandem non acquisivit, sed duntaxat omisit, *l. item* 4. §. *itemque* 1. *in med. ff. h. t. l. non alienat* 119. *ff. de reg. juris;* cum enim necdum possessionem adeptus etiam judicio necdum potuerit inquietari, alium suo loco adversarium substituisse, adeoque judicium mutasse dici nequit, sed tantum actionem necdum contra se natam declinasse. Plane, si semel adeptus possessionem, dolo malo eandem amiserit, perinde censetur judicii mutandi causa fecisse, ac si proprietatem alienasset, *d. l.* 4. §. *Pedius* 2. *ff. h. t.*

2. Ut tamen huic actioni locus sit, requiritur, ut alienatio facta sit inter vivos; dolo malo; sponte, liberaque voluntate; ante litem contestatam; ac denique animo judicii mutandi, cum id non fieri actoris interesset. Quod si unum ex his desit, cessabit quoque actionis hujus movendæ potestas. Ac proinde, si quis ultima voluntate, instituendo vel legando, rem in alium transtulerit, huic edicto locus non erit, *l. ex hoc edicto* 8. §. *sed hæredem* 3. *ff. h. t.* cum peccare non videatur, qui rem in alium transfert, dum ei ulterior spes retinendi per imminentem mortalitatis casum perempta est: licet jure singulari Imperator id noluerit sibi capere, quod ei litis causa testamento fuisset datum, §. *ult. Instit. quib. mod. testam. infirm.* Sed & si quis ob valetudinem, aut ætatem, aut occupationes necessarias, aut litium execrationem, (cujus verecunda cogitatio vituperanda non est) alienaverit, aut rem velut debitam bona fide solverit, dederitve in solutum, vel ob vitium venditori redhibuerit, redhibiturus, etiamsi litem non metuisset, hac actione non tenetur, cum dolus desit, *l. item* 4. §. 1. *in med.* & §. 5. *l. ex hoc edicto* 8. §. *ult. l.* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* Necessitate quoque urgente interposita alienato, veluti si pignori res capta sit judicis auctoritate judicati exsequendi causa, actioni huic locum non facit; eo quod plerumque factæ ex necessitate alienationes non continentur legum alienationem vetantium dispositione, arg. *l.* 1. *ff. de fundo dotali, l. sed si pecunia* 3. §. *pignori* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt sine decr. non alien.* Præterea, si non ante, sed post litem demum contestatam, aut jure novo in actionibus in rem post judiciariam conventionem, vel preces Imperatori oblatas, & judici insinuatas, ac per eum futuro reo cognitas, alienatio contigerit, supervacua est restitutionis imploratio; cum alienatio effectu destituta sit, in quantum judicium semel inchoatum inter easdem personas perinde ad finem perducendum est, ac si nihil gestum seu alienatum fuisset, *l. ex hoc edicto* 8. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. lite* 2. & *auth. litigiosa C. de litigiosis*, Denique, quia hæc actio ad id, quod interest, datur, locum invenire nequit, si juxta ultimum requisitum non intersit actoris, alienatione judicii mutandi causa factam esse. Veluti, si res non fuerit petitoris, aut post alienationem ante judicium hoc inchoatum perierit casu fortuito; ita ut nihil actor sua fuisset actione consecuturus, nisi, si quid actoris præterea interfuit, *l. item* 4. §. *pen. ff. h. t.* Idemque est, si is, qui alienavit, utile pati judicium paratus sit, perinde ac si possideret; aut aliter arbitratu judicis pristinam restituat judicii causam, *l. quia* 3. §. *ult. l. ex hoc* 8. *in pr. ff. h. t.* considerandum enim, alienantem invitum ex edicto prætorio cogi non potuisse, ut judicium susciperet quasi possideret, *l.* 3. §. *ult.* quamvis postea per extensionem Senatusconsulti, de haereditatis petitione concepti, cœperit in eum quoque invitum dari principale judicium, & dolus pro possessione haberi, *l. sin autem* 27. §. *sed & is* 3. *l. qui petitorio* 36. *ff. de rei vind. l. qui dolo* 131. *ff. de reg. juris.* Quemadmodum nec impeditur actor, si commodum videatur, adversus eos, in quos possessio judicii mutandi causa translata est, tamquam re ipsa possidentes, efficacem instituere rei vindicationem, *l. unic. C. h. t.*

TITULUS VIII.

De Receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

SUMMARIA.

1. *Rationes, cur ad arbitros eatur. In quibus conveniant arbitria cum judiciis: in quibus differant, puta, in litis pendentia, reconventione, appellatione, doli actione propter arbitri corruptionem, auctoritate ac potestate cogendi.*
2. *Quid sit arbiter, quid arbitrator, quæ arbitratoris partes sint, & in quo distet ab arbitro?*
3. *Quid sit compromissum; an subsistat sine pœnæ adjectione? an nudo possit pacto fieri? & an tacitum compromissum censeatur, si partes, cum non expresse compromisissent, ratam habeant sententiam a tertio, tanquam arbitro electo latam?*
4. *An socius unus recte compromittat in re communi, & quis tunc compromissi effectus sit?*
5. *An mulieres, & quid hodie? an minores & similes? an de immobilibus sine decreto?*
6. *Qui possint esse arbitri? an sacerdotes, infames, Judæi, servi, mulieres?*
7. *An minores?*
8. *An judices, & an jubere possint in se compromitti? quid moribus?*
9. *An quis in re sua? An advocatus adversarii solus? an adversarius una cum adversæ partis advocato? an filius in causa patris, & vice versa?*
10. *An, & quo usque compromitti possit de causis in integrum restitutionis, liberalibus, popularibus, infamantibus, criminalibus civiliter aut criminaliter movendis, matrimonialibus, spiritualibus, jure patronatus?*

11. *Qualia pacta compromisso possint inseri? an jusjurandum addi, an id agi ut arbiter* certam *sententiam dicat?*
12. *An, ut pœna compromissi fisco cedat?*
13. *An, ut duo arbitri electi inter se dissentientes tertium eligant? an ut tunc* Titium *assumant? An partes resilire possint ab arbitrio ob parem arbitrorum dissensum? an moribus duo arbitri dissidentes tertium sibi assumere possint sine novo partium consensu? si id ab initio actum non sit?*
14. *An arbiter cogi possit ad implendum arbitrium susceptum, & quibus modis? notatur singularis quædam cogendi ratio.*
15. *Ferenda per arbitros sententia utraque parte præsente. Quid juris, si pars alterutra per contumaciam vel etiam ex justa causa absit?*
16. *An duo arbitri, absente tertio, judicare possint? quid si tertius legitime citatus sit? quid moribus & jure Canonico? an reliqui, si unus arbitrorum mortuus sit?*
17. *Ferenda sententia loco & tempore debito. An arbiter tempus compromisso insertum prorogare possit, an & referre seu antevertere?*
18. *Arbitri est omnia definire, de quibus compromissum, idque per sententiam definitivam. Non potest excedere fines compromissi; quod exemplis docetur. An sub generali compromisso contineantur & quæstiones futuræ? An possit dilationem solutionis dare, an compensationem objectam admittere? verba sententiæ obscura interpretari?*
19. *Quid juris, si ex tribus arbitris unus condemnet in quindecim, alter in decem, tertius in quinque? & quid moribus?*
20. *An evanescant compromissum, si unus compromittentium mortuus sit, aut bonis cesserit?*
21. *Quibus ex causis arbiter a sententia ferenda necessitate excusetur? an lis ab arbitro ad judicem transferri possit, invita adversa parte; an & hodie? quid si arbitri litem ultra modum protelent? quid si adversus eos nascatur aut emergat nova suspicionis causa ante ignorata?*
22. *An cogi possit arbiter ad judicandum, si pœna compromisso adjecta non sit, vel jam sit commissa? quo modo pœna committatur ante sententiam? Quid juris, si dies certus ad judicandum compromisso additus non observetur? & quid si dies certus appositus non sit?*
23. *An sententia ab arbitro lata mutari ab eo possit? quæ sit pœna non parentium sententiæ arbitri? quando videatur quis contra arbitri sententiam venisse? qualis actio & exceptio nascatur ex sententia arbitri? quis eam a partibus expresse vel tacite comprobatam exequatur, & quales condemnato dilationes competant?*
24. *Quibus in casibus sententia arbitri nulla sit, & executione careat?*
25. *Si quis arbitri sententia se gravatum putet, quid jure Romano agendum fuerit? hodie reductio peti potest; intra quantum tempus? An suspendat executionem sententiæ arbitri, adeoque appellationis aut reformationis effectum habeat? quæ pœnæ sint reductionis temere petitæ?*
26. *Reductio peti potest, licet ei ante sententiam renunciatum sit, sed tunc ea petita non suspendit executionem, sed reformationis effectum habet.*
27. *Quis sit judex competens ad petendam reductionem?*
28. *Si judex reductionis judicaverit, iterum a sententia ejus appellari potest.*
29. *Reductione petita, an pœna promissa debeatur, si* laudum *extrema reductionis sententia confirmetur, an vero etiam ante? & an pœna debita, si reductionem petens desistat a lite sine transactione?*
30. *An pœna debeatur, si* laudum *per judicem reductionis tantum pro parte infirmetur; vel in solidum quidem, sed ex aliis plane documentis?*
31. *Compromisso sæpe adjicitur consensus in condemnationem judicialem eorum, quæ* laudo *comprehensa; an a tali sententia appellari, vel supplicatio fieri aut restitutio peti possit?*
32. *Consultum, non innotescere* laudum *partibus antequam judiciali sententia firmatum sit, ne alias alteruter restitutionem petat. Ne consultum, sententia judiciali confirmari* laudum, *quod adhuc interponendum est.*

1. QUemadmodum & pactis & transactionibus interpositis sæpe fit, ut ad judicem controversias, quæ natæ fuerant, haud deferantur; ita quoque arbitros adiri litis finiendæ & judicii solemnis evitandi gratia, frequens est; quippe ad quos confugere solent, quos terrent graviores litium sumtus, judiciorum strepitus, molestique labores, & injuriosæ protelationes, ac denique onerosa aut tædiosa expectatio incerti juris. Magna autem quin convenientia sit inter arbitria & judicia, dubitandum non est; cum compromissa ad similitudinem judiciorum redacta dicantur, quatenus lites finiunt, *l.* 1. *ff. h. t.* utrobique præscriptionis contigit interruptio, *l. pen.* §. *pen. C. h. t.* feriato die sententia ferenda non est, *l. Pomponius* 13. §. *pen. l. si feriatis* 36. *ff. h. t.* & idem agendi ac probandi ordo est, citationes fiunt, dilationes conceduntur, confessio partium fidem facit, exceptiones admittendæ sunt, in expensas condemnatio fit, perinde ac si apud judicem lis mota esset, Fachineus *libr.* 8. *controv. cap.* 53. Damhouder *praxi civili cap.* 203. & plura alia communia sunt, de quibus in seqq. Sed nec prætereundum, in multis a judiciis distare arbitria; quippe quibus nec litis pendentia inducitur, *l. si quis rem* 30. *ff. h. t.* nec reconventio admittitur cum compromissum suos fines habeat, ultra quos arbiter nihil determinat, adeoque nec causam reconventionis; quippe quæ compromisso comprehensa non est, arg. *l. quid tamen* 21. §. *plenum* 6. *ff. h. t. cap. cum dilectus* 6. *extra, de arbitris*, Mysingerus *cent.* 4. *observ.* 90. *in fine*, nec appellatio, 1. *C. h. t. l. non distinguemus* 32. §. *cum quidam* 14. *ff. h. t.* (aliter quam obtinet in arbitris seu judicibus a prætore datis, de quibus agit, *l. ex consensu* 23. *ff. de appellat.* ubi pro *circa* legendum *circa l. arbitro* 9. *ff. qui satisd. cog. leg. si appellationem* 31. *C. de appellat. l. ult. C. de judiciis*, junct. *l. apertissimi* 16. *C. eod. tit.*) nec publica auctoritate arbitri instructi sunt, arg. *l. privatorum* 4. *C. de jurisd. omn. jud.* sic ut neque litigantes cogere, neque testes ad testimonium perhibendum con-

stringere queant, Damhouder *pra. i civili cap.* 209. *num.* 6. atque insuper, arbitris ab alterutro compromittentium corruptis, actio doli locum sibi vindicat, ac lapso datur contra corrumpentem, *l. ita domum* 31. *ff. b. t.* cum, corruptis judicibus, ipso jure nulla sit sententia, nec actione doli contra adversarium corrumpentem opus sit, *l. venales sententias* 7. *C. quando provoc. non est necesse.*

2. Est vero arbiter, qui compromisso partium electus est, ut lites dirimat; diversus ab arbitratoribus, nomine quidem in jure nostro ignotis, re ipsa notis; quippe qui absque ulla judicii forma ex æquo & bono lites componere suo consilio suaque auctoritate allaborant, *l. Pomponius* 13. *§. recepisse* 2. *ff. b. t. auth. si vero contigerit C. de judiciis*, Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 38. *def.* 2. *in not. num.* 3. Argentraus *ad consuet. Brit. art.* 18. *not.* 1. *num.* 4. Damhouder *pra i civil. cap.* 203. *n.* 18. *& seqq.* vel conventiones aliaque ad finem bonum perducunt, in contractibus, dotibus, aliisque, in quibus viri boni arbitrio opus erat, intervenientes, ut pretia rerum, mercedes usus aut operarum, lucri damnique partes inter socios, dotium dandarum quantitatem, & similia definiant, *l. cum post divortium* 69. *§. gener.* 4. *ff. de jure dot. l. societatem mecum* 76. 77. 78. 79. *ff. pro socio §.* 1. *Inst. de locatione §.* 1. *Instit. de emt. vend. l. ult. Cod. de contrah. emt. l. si merces* 25. *ff. locati*. Sic ut, an arbiter quis, an magis arbitrator sit, ex negotii suscepti natura atque ipsa constitutionis formula dijudicandum sit, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 150. *num.* 4. 5. 6. Wassenaar *pract. jud. cap.* 26. *num.* 17. Simon van Leuwen *censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 4. 5.

3. Constituitur arbiter compromisso partium, id est, conventione, qua contendentes arbitri sententiæ se stituros promittunt, plerumque quidem pœna apposita, eaque vel æquali, vel inæquali, dum alter pecuniam, alter rem pœnæ nomine promittit, *l. litigatores* 11. *§. quod ait* 2. *ff. b. t.* quamvis & sine pœnæ adjectione compromissum iniri possit, hodieque id frequens sit. Etsi enim arbiter de jure Romano non fuerit obstrictus, ut litem dirimeret; si pœna vel nullo modo, vel sub conditione, vel non utrimque, sed ab uno tantum latere promissa esset, vel alteri accepto lata, *l. litigatores* 11. *§. pen. et ult. l.* 12. 13. *pr. et §.* 1. *l. non distinguemus* 32. *§. summa* 5. *ff. b. t.* tamen, si ea deficiente, arbiter nihilominus sententiam tulerit, ad id, quod interest, teneretur, qui definitioni factæ noluerit stare, incerti conditione conveniendus, *l. diem* 27. *§. ult. ff. b. t. cap. per tuas* 9. *extra, de arbitris.* Idque secundum vulgatam naturam obligationum ad factum, arg. *§. ult. Instit. de verbor. obligat. l. si quis ab alio* 13. *§.* 1. *ff. de re judicat.* Hinc quoque, si nullum prorsus compromissum expresse interpositum concipiatur, partes tamen sententiæ per tertium tamquam arbitrum latæ consensum præbuerint, eam vel verbis vel rebus ipsis & factis habendo ratam, non possunt postea ab ea sub compromissi non adhibiti obtentu resilire: quid enim interest, mandatum præcedat, an ratihabitio subsequatur in negotiis, quæ a consensu partium ac conventione vires habent? arg. *l. etiamsi* 2. *C. commun. utriusque judicii, l. ult. C. ad Senatusc. Macedon. l. semper* 60. *ff. de reg. juris.* Licet ergo sine compromisso nulla arbitri potestas sit, *d. l.* 11. *§. arbitrum* 1. *ff. b. t.* non tamen illud deesse credendum est, ex quo ratihabitio proponitur intercessisse, Ant. Faber *C. lib.* 2. *tit.* 38. *defin.* 1. Nec interest, stipulatione, an pacto compromissum fiat ac pœna promittatur, si modo termini habiles inveniantur, ut pactum ad pœnam consequendam sufficere possit; veluti, si ambo sibi invicem aliis ex causis debitores sint, ac paciscantur, ne petat quod sibi debetur, qui sententiæ arbitri non paruit. Alioquin, cum nudis ex pactis actionem non dederint Romanæ leges, nec pœnæ persecutio ex pacto foret, *d. l. litigatores* 11. *§. interdum* 3. *ff. b. t.*

4. Compromittere possunt, qui liberam habent rerum administrationem; etiam socius unus in re communi, non quidem ad id, ut socio noceret, aut eum obstringeret ad observandum quod ab arbitro statutum est, neque enim conventio alterius alteri nocere potest, nec ex alieno pacto alius obligari, *l. unius* 27. *ff. de pactis, §. si quis alium* 3. *Instit. de inutil. stipulat.* sed potius ad effectum illum, ut socius compromittens pœnam adversario solus exsolvat, si socius alter sententiæ arbitri nollet parere: ea enim ratione unumquemque posse promittere factum alienum, ut, si ille non fecerit, promissor pœnam præstet, receptum est *d. §.* 3. junct. *§. versa vice* 31. *Instit. de inutil. stipulat.* atque hoc est, quod Paulus vult *in l. si duo rei* 34. *ff. b. t.*

5. Non tamen recte compromittunt furiosi, servi, mulieres, quoties compromittendo intercedunt, *l. diem* 27. *§. coram* 5. *non distinguemus* 32. *§. si mulier* 2. *ff. b. t. l. licet* 3. *§. si servus* 8. *ff. de peculio*, vel cum maritatæ essent, mariti consensu ex moribus nostris sunt destitutæ. Similiter nec impuberes sine tutoris nec minores sine curatoris sui auctoritate: qui tamen, si fidejussorem dederint, is ad pœnam obligatus erit, ubi postea sententiæ arbitri paritum non est, *l. si pupillus* 35. *ff. b. t.* Plane de rebus immobilibus hi ne tutore quidem vel curatore authore recte compromiserint, sed insuper decreto opus est, secundum ea, quæ in *tit. de transactionibus* fuerunt dicta; cum transactionis & compromissi videatur par ratio. Unde & quæ de procuratoribus, actoribus universitatis, aliisque licite vel illicite transigentibus in illo titulo fuere tradita, huc transferenda sunt, ut inutilis repetitio evitetur, vide Menochium *de arbitrar. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *casu* 171. *num.* 40. *& seqq. ad num.* 46. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 14. *num.* 15. Sande *de probib. rer. alienat. part.* 1. *cap.* 1. *§.* 3. *num.* 29. Montanum *de tutelis cap.* 33. *num.* 217. *& seqq.* Argentræum *ad Consuet. Brit. ann.* 482. *gl.* 1.

6. Arbitri esse possunt omnes non prohibiti, etiam sacerdotes, *l. non distinguemus* 32. *§. sacerdotio* 4. *ff. b. t. l. si qui ex* 7. *C. de episc. aud.* nec non Judæi, *l. Judæi* 8. *C. de judæis*, infames quoque & libertinæ conditionis homines; cum nulla huic officio dignitas insit. Non tamen impuberes, nec servi, adeo ut nec liberi, qui cum servis electi erant, judicare teneantur aut possint; nec ab his definitum ratum sit, aut pœna ab eo, qui non paret, debeatur; nisi servus jam liber factus, partibus consentientibus, sententiam dixerit, *l. Pedius* 7. *l.* 8. 9. *ff. b. t.* Sed nec mulieribus ob sexus verecundiam arbitria recipere jus civile permisit, & hoc officium, ut privatum, virile esse jussit, *l. fin. C. b. t.* quod tamen nunc non

servatur: postquam enim placuit, mulieres etiam jurisdictionis capaces esse, absurdum fuerit, ipsis arbitrii suscipiendi potestatem denegari, *cap. dilecti* 4. *extra, de arbitriis*, Groenewegen & alii *ad d. l. ult. C. h. t.*

7. Minor 25 annis arbiter esse non prohibetur, si modo annis 20 major sit, sic ut tunc etiam ad judicandum cogi possit; qui tamen, si in eo se captum conqueratur, quod arbitrium temere susceperit juvenili facilitate, restitui potest, ne teneatur arbitrari, *l. cum lege* 41. *ff. h. t.* Quod si viginti annis minor sit, ne adigi quidem ad judicandum potest, licet restitutus non sit, propter prohibitionem legis Juliæ privatorum Judiciorum, *d. l.* 41. Sed id non impedit, quo minus ratum sit, quod ipse ex voluntate libera pronunciavit, si modo annis octodecim major sit, & compromittentes haud ignorent, eum annis viginti minorem esse; cum certa ex scientia in eum consentientes imputare sibi debeant, si læsi sint, *l. quidam* 57. *ff. de re judicat.* ac proinde, quod a Callistrato scriptum est, nemini licere compromissarium judicem eligere minorem viginti annis, & pœnam ex sententia ejus nullo modo committi, *d. l.* 41. *ff. h. t.* non male de iis acceperis, qui facti errore lapsi, viginti annis majorem putabant esse eum, in quem compromiserant, cum vere minor esset, & in quem, si non errassent, non fuissent consensuri, scientes minorem ex lege Julia judiciorum non posse cogi ad judicandum, adeoque eligere minorem annis viginti non potuerint cum illo effectu, ut illum invitum cogerent ad judicandum. Multa scilicet recte fiunt a scientibus, & juri communi in suum commodum introducto renunciantibus, quæ ab ignorantibus gesta non valent, quasi legibus improbata.

8. Eadem lege Julia privatorum judiciorum & illud cautum, ne is, qui in causa aliqua judex est, arbitrium recipiat ejus rei, de qua judex est, aut in se compromitti jubeat; cessetque pœnæ persecutio, si, secus faciens, sententiam tulerit, *l. sed si in* 9. §. *si quis* 2. *ff. h. t.* in alia plane causa ad ejus forum aut officium non spectante recte arbitrium suscipit; licet cogi nequeat ad illud implendum, si in maxima sit dignitate, *l. nam magistratus* 4. *ff. h. t.* Nostris tamen moribus infrequens non est, ordinarios ex partium compromisso arbitros constitui, ac ad implendum arbitrium etiam cogi per ipsum illud collegium judicum, cujus ipsi pars sunt, ut jure Canonico cautum est, ac pragmatici testantur *capite cum tempore* 5. *extra, de arbitris*, Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 1. *defin.* 15. Groenewegen *ad l.* 4. *et* 9. *ff. h. t.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 7. licet aliis magis placuerit, in eos quidem, tanquam arbitratores, at non tanquam in juris arbitros, compromitti posse. Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 18. *not.* 4. *n. ult. in fine*, Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 38. *de fin.* 2.

9. Denique nec quisquam in re sua arbiter idoneus est, quatenus se facere juberet, aut se facere prohiberet; neque autem imperare sibi, neque prohibere quisquam potest, *l. pen. ff. h. t.* Quod tamen non impedit, quo minus qui adversario suo permittat controversi negotii determinationem, adeoque eum in causa propria arbitrum faciat, arg. *l. si in lege* 24. *pr. ff. locati*, Ant. Faber *d. libr.* 2. *tit.* 38. *def.* 1. *in notis n.* 3. vel etiam adversarii sui & proprio advocato simul; imo & soli patrono adversarii; cujus candori si fidere voluerit & justitiæ ac integritati, ratio non est, cur non consensu suo hactenus sibi præjudicare potuerit, ut arbitrium deinceps nequeat arguere nullitatis, dummodo ignarus non fuerit, eum, in quem compromittit, adversæ parti patrocinium præbuisse; quicquid in contrarium nititur Leeuwen *d. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 7. Non enim volenti, scienti, ac consentienti potest injuria videri facta, *l.* 1. §. *usque adeo* 5. *ff. de injuriis.* Quo fundamento etiam filium in causa patris, & patrem in causa filii arbitrum esse posse, constat; etsi alias suspectum haud immerito haberi posset tale in personæ adeo conjunctæ negotio arbitrium, *l. quin etiam* 6. *ff. h. t.*

10. Ceterum neque omnibus in causis recte compromissum fit, neque omnis conventio compromisso inserta firmitatem habet. Ecce enim, apud arbitrum compromisso electum haud ventilandas esse justas restitutionum causas, ad eum effectum, ut is sua sententia infirmaret negotia summo jure subsistentia, manifestum est ex *l. ult. C. ubi et apud quem cogn. rest. in integr. cap. pen. in med. extra de in integr. restit.* usque adeo, ut ne examen quidem causæ ei a suprema curia restitutionem indulgere rogata, directo committi soleat, juxta ea, quæ *tit. de in integr. restitut.* dicta sunt, *num.* 9. Similiter nec de criminali, vel liberali & status causa, aut populari vel infamante actione, ad arbitrum iri potest; sed hae ordinariis potius relinqui debent judicibus publica potestate munitis exequenda, *l. non distinguemus* 32. §. *Julianus* 6. & 7. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 6. Quia vero de criminibus non criminaliter tantum, sed & civiliter agi potest, ad indemnitatem praestandam ei, qui pecuniarie ex crimine alieno laesus est; & negotia infamantia etiam quaestionem rei familiaris adjunctam habent; nihil vetat, quo minus in arbitrum de causis supra dictis compromissum fiat, quantum ad illud privatum interesse; eodem modo, quo etiam eum, qui ex crimine damnum sensit, cum criminis auctore transigere posse, in *tit. de transactionibus* adstructum est; intacta interim manente infamiae vel alterius pœnae publicae irrogandae quaestione, tanquam potestatem arbitri superante, ac per advocatos fisci aliosque similes movenda apud eos, quorum de criminibus notio est, *l. quid ergo* 13. §. *ex compromisso* 5. *ff. de his, qui not. infam.* Groenewegen *ad d. leg.* 32. §. 6. *ff. h. t.* Praeterea de matrimonialibus causis compromissum fieri vetat jus canonicum, quippe quas criminalibus ac liberalibus hac in parte exaequavit, *cap. pen. in fine extra, de in integr. restit.* uti & de spiritualibus; cum non sint privati arbitrii, vide Zoesium *ad Pand. h. tit. num.* 19. quae tamen non impediunt, quo minus inter plures de jure patronatus, & beneficii Ecclesiastici conferendi potestate, controversiae exortae arbitrorum definitioni ex compromisso committantur; cum patronatus jura causis quidem spiritualibus annexa sint; nequaquam vero proprie spiritualia, quippe quae a laicis possideri possunt & exerceri, & ad haeredes, aut eos, qui de familia sunt, pro varia primae fundationis lege transire, Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 67. *pag.* 123.

11. Passiones compromisso inserendas ac compromittendi modos quod attinet, reprobatum a Justiniano est & compromissis adjici vetitum jusjurandum, quo sese litigantes ad servanda ea, quae arbiter pronunciasset, devinciebant, quodque fuerat aliquando permissum, *l. ne in arbitriis* 4. *& auth. decernit. C. h. novell.* 82. *cap. quia vero multa* 11. *ʃʃ.* 1. Nullum quoque arbitrium esse Paulus monet, quod in actum fuit, *ut certam sententiam dicat arbiter*, seu, quo convenit, quid pronunciandum sit, *l. qualem* 19. *ff. h. t.* Cum enim omnis vis sententiae, ab arbitrio ferendae, accedat a partium conventione, ineptum fuerit, eum ad illa adhuc tractanda ac terminanda accedere, quæ litigantium transactione jam ita diremta sunt, ut non major his firmitas ab arbitri judicato addi possit. Contra quam in judice receptum est, qui, quia publica instructus potestate firmare magis potest, quæ privatim placuerunt, rei judicatæ auctoritatem iis tribuendo, recte sic aditur, ut sententiam non suo arbitratu, sed ex partium præscripto ferat, *l. si convenerit* 26. *ff. de re judicat.*

12. Non etiam recte convenitur, ut inserta compromisso pœna fisco applicetur, eo quod ex juris civilis principiis quisque sibi & non alteri stipulatur, *l. arbiter intra* 42. *ff. h. t.* junct. *§. si quis alii* 4. *& §. alteri stipulari* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* Quamvis enim a Callistrato traditum sit, fisco posse pœnam ex contractu privato deberi, *l.* 1. *in fin. princ. ff. de jure fisci*; id tamen non de conventionali pœna, qualis in compromisso est, sed potius de ea, quæ a lege constituta, intelligendum est; dum tales a privatis celebrati contractus, quos celebrari lex vetuerat sub comminatione pœnæ fisco applicandæ; cujus exempla sunt in *l. aufertur* 46. *§. quod præside* 2. *ff. de jure fisci*, *l. non licet* 46. *ff. de contrab. empt. vend.*

13. Denique nec ita potuit in duos compromitti, ut, si dissentirent, tertium assumerent, qui tunc ipsis placeret: quia possent in eligendo dissentire. Sed si id actum esset, ut eis tertius assumeretur Sempronius, valere compromissum, responsum est; quoniam in assumendo dissentire non possunt, *l. item si unus* 17. *ʃʃ. si in duos* 5. *ff. h. t.* quo modo & in emtione pretium, in locatione merces, in tertii certi, non incerti, arbitrium conferri posse, ex eadem placuit ratione, *§.* 1. *Instit. de empt. §.* 1. *Instit. de locat. l. ult. C. de contrab. emt.* Si tamen litigantes simpliciter in duos compromiserint, ac hi in lite terminanda dissentiant, liberum quidem est litigantibus sententiæ eorum non stare, & in universum a compromisso resilire, *l. diem* 27. *§. plures* 3. *ff. h. t.* (secus quam in judiciis receptum est, *l. duo judices* 28. *l. inter pares* 38. *ff. de re judicat.*) sed si in compromisso malint persistere, ipsis desiderantibus, prætor potest arbitros cogere, ut tertiam certam eligant personam, cujus auctoritati pareatur, *d. l. item si* 17. *ʃʃ. principaliter* 6. *ff. h. t.* Cum vero non absurdum sit ea pacto comprehendere, ad quæ tanquam rationabilia prætor suo potest constringere imperio; usu merito obtinuit, etiam ipsas partes ab initio sic posse in duos compromittere, ut hi inter se dissentientes tertium suo arbitratu adsciscant discordiam diremturum, Groenewegen *ad d. l.* 17. *§.* 5. *ff. h. t.* Quin imo, si ne additum quidem fuerit, in dissensu electorum tertium assumendum esse, ipsos tamen jure suo posse sibi tertium associare litis dirimendæ causa, quibusdam placuit, Rebuffus *ad constit. regias tom.* 3. *tract. de arbitris art.* 1. *gloss.* 2. *n.* 7. Wassenaar *pract. judic. cap.* 26. *num.* 17. *in fine.* Leeuwen *cen. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 17. *num.* 10. quasi data arbitris controversiæ finiendæ potestate etiam tacite ea censerentur concessa esse, sine quibus arbitrium explicari non potest, & negotium definiri: uti non potest, si pari numero dissentiant, nisi tertio assumto, arg. *l.* 2. *ff. de jurisdict.* quæ opinio etiam juris Canonici constitutione videtur juvari, *cap. cum speciali* 61. *extra, de appellation.*, sed vix est, ut hæc aliter admiseris, quam si compromittentes, non ignaros tertium assumi, patientiam præbuisse atque ita tacite consensum accommodasse constet: nam si ob dissensum arbitrorum malint a compromisso resilire, uti id leges ipsis permittunt, ideoque testationibus denunciaverint ambo, vel alteruter, ne tertius assumeretur, aut assumtus sententiam diceret, non animadverto, cur efficax foret, quod ab eo, quem *superarbitrum* vulgo appellant, fuisset definitum, cum nunquam in eum consensisse dici queant; nullus vero satis idoneus arbiter sine partium voluntate possit censeri.

14. Arbitrii recepti effectus est, quod arbiter cogatur sententiam ferre: licet enim id officii genus nemo invitus teneatur suscipere, quoniam (ut elegantissimis Ulpiani verbis utar) hæc res libera & soluta est, & extra necessitatem jurisdictionis posita; attamen, ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam & sollicitudinem suam hanc rem pertinere prætor putat: non tantum, quod studeret lites finiri; verum quoniam non deberent decipi, qui eum quasi virum bonum, disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim, post causam jam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima, & secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiæ dantem, vel sordibus corruptum, vel alia ex causa, nolle sententiam dicere, quisquamne potest negare, æquissimum fore, prætorem interponere se, ut officium, quod in se recepit, impleret, *l. Labeo*, 3. *§.* 1. *ff. h. t.* Cogendus vero captis pignoribus, indicta mulcta, aliisque similibus modis, quibus vulgo quisque ad oneris suscepti implementum constringi potest, *l. non distinguemus* 32. *§. si arbiter sese* 12. *ff. h. t.* arg. *l. praces* 3. *C. de suspect. tut. ʃʃ. pen. Institut. de satisdat. tut. & curat.* præcipue vero condemnatione in id, quod interest, arg. *l. si quis ab alio* 13. *§.* 1. *ff. de re judicat. ʃʃ. ult. Inst. de verb. obligat.* Nec silentio hic involvenda illa peculiaris cogendi ratio, quæ Anglis Belgisque inter alias pacis conditiones placuit, 28. *Aprilis anni* 1654. *artic.* 28. ut nempe arbitri litibus quibusdam dijudicandis ab utraque gente electi, si non intra certum tempus eas definierint, conclavi includantur ab omni hominum consortio segregati, ibique sine lumine, sine cibo potuque, aut apparatu alio quocunque, tamdiu agant, donec sententia sua commissas sibi terminarint quæstiones, *Placit. Holl. vol.* 2. *pag.* 531.

15. Ferenda autem ab arbitris sententia est, primo quidem, utraque parte præsente, nisi id actum fuerit, ut & absente altero id liceat: alioquin si alterutro absente, ut ut legitime vocato, pronun-

ciata sit, ipso quidem jure nulla est; sed absens ad pœnam incipit obstrictus esse, quod per eum steterit, quo minus arbitrium impletum sit; adeo ut summo jure in eo quoque pœna committatur, qui absentia reipublicæ causa vel valetudine vel alio simili modo impeditus, præsens non fuit: sed si is paratus sit in arbitros eosdem adhuc consentientes (inviti enim non coguntur) compromittere, & sententiæ eorum sese subjicere, actio ad pœnam in eum ex æquitate per prætorem deneganda foret, vel saltem exceptione se posset tueri, *l. quid tamen* 21. §. *si quis ex litigatoribus* 9. *l. diem* 27. §. *si quis litigatorum* 4. *ff. h. t.*

16. Sed & secundo, omnes arbitros electos præsentes esse, jus Romanum voluit; adeoque, si in tres fuerit compromissum, &, absente uno, duo consentiant, arbitrium non valere placuit nisi aliud actum sit, *l. non distinguemus* 32. §. *cum. in plures* 13. *ff. h. t.* licet enim ille absens solus duos præsentes vincere non potuisset suffragio, si & ipse præsens fuisset; superare tamen potuisset rationum momentis, ac inducere, ut aliter illi fuissent judicaturi, quam nunc, absente eo, ab illis pronunciatum est; seu, *potuisset præsentia ejus trahere illos in ejus sententiam*, ut Ulpianus loquitur, *l. item si unus* 17. *l.* 18. *ff. h. t.* neque prodesse potuit interpellatio absentis, ut sese sisteret; fuit enim, si compromissum receperat, cogendus, non interpellandus, ut ait Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 38. *defin.* 3. Quia tamen illa absoluta arbitrorum omnium præsentiæ necessitas non raro malitiis atque calumniis posset ansam præbere, dum aliquando unus aut gratia aut odio aut sordibus corruptus sui copiam non faceret; atque ita quæstiones malitiosa absentia diutius protelarentur ac manerent indecisæ; commode cautum fuit jure Canonico, ut, si legitime omnes citati fuerint, nec justum allegaverint impedimentum, quo minus adessent, liceat duobus præsentibus, absente tertio, perinde ad negotii commissi examen accedere, illudque sua dirimere sententia, ac si tertius legitime vocatus ipsis præsens fuisset, *cap. ult. de arbitris in* 6. eoque jure nos uti, testatur Groenewegen *ad d. l.* 17. §. *ult. & l.* 18. *ff. h. t.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 26. *num.* 18. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 9. Aliter quam statuendum foret, si unus ex arbitris functus sit: morte enim tali compromissum dissolvi verius est: nisi superstitibus reliquis in casum mortalitatis tributum sit alterius in mortui locum cooptandi jus. Ut enim in societate electa conjunctim industria plurium efficit, ut uno moriente solvatur etiam inter reliquos superstites, nisi in coeunda societate aliter convenerit, §. *solvitur* 5. *Instit. de societate*; ita par ratio facit, ut in arbitris pluribus electis jus simile statuatur; cum & hic conjunctim plurium peritiam & fidem & æquitatem respexerint, qui in plures simul compromiserunt, arg. *l. item si unus* 17. §. *ult. l. non distinguemus* 32. §. *cum in plures* 13. *ff. h. t.* Respons. JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 214. *in med.*

17. Necesse insuper ut loco debito feratur sententia, id est, tali, de quo vel expresse convenit, vel in quo compromissum est, si de loco nihil cautum inveniatur. Frustra proinde jusserit arbiter, ut in provincia adsint, qui simpliciter compromiserant Romæ. Vide *l. quidem tamen* 21. §. *si arbiter.* 10. *ff. h. t.* Tempore quin etiam legitimo, adeoque intra diem compromisso definitum; nisi arbitro diei prorogandi seu proferendi potestas data sit, *l. non distinguemus* 32. §. *ult. l.* 33. *l. quid tamen* 21. §. *Papin.* 5. *&* 8. *ff. h. t.* quam & in dubio arbitris tacite moribus hodiernis videri datam quoties non invenitur nominatim adempta, quidam censent; maxime, si justa appareat prorogationis faciendæ causa, Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *num.* 14. Plane diem compromisso insertum referre, id est, antevertere & ita maturius judicare, arbiter invitis litigantibus prohibitus est, *d. l.* 33. *ff. h. t.*

18. Cum vero non tantum de una re, sed & de pluribus aut omnibus causis ac controversiis compromitti possit, quale compromissi genus *plenum* dicitur, *l. quid tamen* 21. §. *plenum* 6. *ff. h. t.* (licet & alio atque alio sensu *pleni* compromissi mentio fiat in *l. litigatores* 11. §. *quod ait* 2. *in fine*, *l. ita demum* 31. *in fin. ff. h. t.*) non aliter videbitur officio functus arbiter, quam si omnes quæstiones sua diremerit sententia; alioquin adhuc a prætore cogendus, ut definiat necdum decisa, *l. qualem* 19. §. *dicere* 1. *l. de rebus* 43. *ff. h. t.* Sed &, si una tantum controversia ad eum delata sit; non suffecerit interlocutoriam de ea tulisse sententiam; verum ita pronunciandum, ut secundum id litigantes a tota controversia discedere velint, *d. l.* 19. §. 1. *ff. h. t.* adeoque nec ad arbitrum alium, nec ad judicem ordinarium potest sua sententia compromittens ablegare, *l. non distinguemus* 32. §. *quæsitum est* 16. *ff. h. t.* Uti ex adverso cavendum quoque arbitro est, ne compromissi fines egrediatur, ac alia dirimat, quam quæ ipsius arbitrio commissa sunt, aut alio modo, quam quo compromissum est, *l. Pedius* 7. *in fine ff. h. t.* Generaliter enim sciendum, omnem de officio arbitri ac potestate tractatum ex ipso compromisso sumendum esse; nec aliud ei licere, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est. Non ergo quodlibet statuere poterit, nec in re qualibet, sed de qua re compromissum, & quatenus compromissum est, *l. non distinguemus* 32. §. *de officio* 15. *& ult. ff. h. t.* &, compromisso generaliter concepto, de his solis judicare rebus & rationibus & controversiis, quæ ab initio fuerunt inter eos, qui compromiserunt, non quæ postea supervenerunt, *l. de his rebus* 46. *ff. h. t.* arg. *l. ut fundus* 18. *ff. communi divid.* Hinc quoque reconventioni locum non fore apud arbitrum, supra in *pr. h. t.* dictum est, nec, si ex compromisso pœnam exigi vetuerit, ratum erit, quia non de pœna compromissum est, *l. quid. tamen* 21. §. *item si arbiter* 4. *ff. h. t.* nec a procuratore recte exigit de rato cautionem, *d. l.* 32. §. *arbitri* 20. *ff. h. t.* nec nomina testium edere cogit, *l. non ex omnibus* 39. *ff. h. t.* nec alium sibi adjungi jubet, *d. l.* 32. §. *item si* 17. *ff. h. t.* Non tamen adeo angustis cancellis concludenda fuit arbitri auctoritas, quin condemnationem faciens diem solutioni peragendæ possit statuere, *d. l. quid tamen* 21. §. *solutioni* 2. *& ult. l.* 22. 23. *ff. h. t.* in expensas temerarium litigationem damnare, ac contumaciam ejus pecuniaria punire pœna, *l. non ex omnibus* 39. *ff. h. t.* Damhouderus *prax. civil. cap.* 203. *num.* 11.

obscura quoque arbitrii verba interpretari; maxime cum quisque optimus verborum suorum interpres sit, arg. *l. actorum* 48. *ff. de re judic.* junct. *l.* 1. *ff. h. t.* compensationes etiam admittere, si quae apud eum objiciantur, ac vulgata compensationum requisita concurrant. Si enim in lite terminanda debeat solutionis allegatae rationem habere, quidni & compensationis? quippe qua aeque ac naturali solutione debitum ipso jure extinctum est, imo pro soluto habendum ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur; nec interest, solverit quis an compensaverit, *l. si constat* 4. *C. de compensat. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pignor.* sic ut non nisi injusta posset dici sententia, qua arbiter debitum pronunciaret, quod dudum desierat vi compensationis deberi.

19. Quod si plures arbitri electi dissentiant in ferenda sententia, id quod majori parti placuerit, ratum erit, *l. item si* 17. §. *ult. l. diem* 27. §. *si plures* 3. *ff. h. t.* sin pares numero utrinque sint, quid juris sit, supra jam traditum. Ut tamen non in universum dissentire credendi sint, si in minorem alii, alii in majorem summam condemnent: cum enim majori summae minor insit, *l.* 1. §. 4. *ff. de verbor. oblig.* omnes in summam minorem conveniri intelliguntur. Unde si ex tribus arbitris unus quindecim, alter decem, tertius quinque condemnent, quinque sola deberi responsum est; quia in hanc summam omnes consenserunt, *d. l. diem* 27. §. *si plures* 3. *ff. h. t.* Et quamvis ab hac sententia recedendum esse, ac in mediam quantitatem, adeoque in decem arbitrium subsistere, plures arbitrentur, quos refert & sequitur Groenewegen *ad d. l.* 27. §. 3. *ff. h. t.* quia tamen frustra convellere nititur Romani juris rationem, rectius fuerit a lege civili hic non resilire. Manet namque naturali ratione certissimum, illos, qui in quindecim aut in decem voluerunt condemnare, etiam voluisse damnare in quinque; quod nisi quis fateatur, necesse est, ut ergo existimet, eos in decem aut quindecim aureos damnando reum, & in sua opinione persistendo, eundem voluisse absolvere ab aureorum quinque praestatione, cum sententia non nisi absolutione vel condemnatione finem liti imponat; quod quam absurdum sit, res ipsa loquitur. Ne dicam, admisso Groenewegii ratiocinio, (quo negat, majori summae minorem inesse in praesenti quaestione) nec in decem debere sententiam subsistere cum ea ratione nec in decem consentiat, qui in quindecim damnavit; atque adeo non magis in decem quam in quindecim aut quinque, plurium arbitrorum opinio conspiret. Sed & favorabiliores esse reorum, quam actorum partes, tralatitium est, *l. favorabiliores* 125. *ff. de regul. juris*, quae tamen regula falsa erit, si in decem sententia nostro in casu subsistat. Perdet denique officium suum axioma illud, quod in ambiguis ac obscuris id quod minimum est, semper sequendum esse dictat, si ultra quinque condemnatio dicatur effectum sortitura, *l. semper in obscuris* 9. *ff. de reg. juris*, *l. inter pares* 38. §. 1. *ff. de re judicata*. Quo autem sensu verum sit ex intentione agentium majori summae non inesse minorem, sed saepe minori majorem latius forte in *tit. Mandati* tradetur, cum nunc sufficiat monstrasse, id nostrae non posse quaestioni applicari.

20. Sunt tamen casus, quibus arbiter ad ferendam sententiam cogi nequit: puta si alter compromittentium mortuus fuerit; morte enim compromissum extinguitur; nisi & persona haeredum utriusque partis compromisso comprehensa sit. Haeredis ab uno tantum latere mentionem fieri, haud sufficit; cum non debeat compromissum claudicare, *l. diem* 27. §. *si heredis* 1. *l. sed & interpellatur* 49. §. *ult. ff. h. t. cap. ult. extra, de arbitris*. Quae & tunc obtinent, cum ex pluribus ejusdem compromissi consortibus unus extinctus est, si modo causa, ipsi cum aliis communis, individua sit, notante Brunemanno *ad l.* 27. §. 1. *ff. h. t. num.* 6. Eademque servantur, si alteruter compromittentium bonis cesserit, atque ita in locum ejus subintrarint creditores; cum ipse compromittens post cessionem nec agere possit, nec conveniri, *l. item si unus* 17. *pr. ff. h. t.* imo pro mortuo habeatur, arg. §. *antep. & pen. Instit. de societate*. Ut proinde per haeredes defuncti, aut cedentis creditores renovatio compromissi facienda sit, Respons. JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 104. quod repetitum *part.* 4. *cons.* 17. etiamsi arbitri sententiam jam concepissent, si modo necdum pronunciatio ejus secuta sit. Resp. JCt. Holl. *part.* 2. *consil.* 214. *in med.* Brunnemannus *ad d. l.* 27. §. 1. *ff. h. t. num.* 5.

21. Non etiam ad arbitrium implendum cogi potest, si gravis aetas, necessaria profectio, munus reipublicae, adversa valetudo, aut alia similis justae excusationis causa superveniat; nisi quod subinde praetor in hisce non in universum remittit munus susceptum, sed causa cognita differt tantum arbitrii recepti implementum, *l. licet autem* 15. *l.* 16. *ff. h. t.* ita, ut id facit, si arbiter juret, sibi necdum liquere, *l. Pomponius* 13. §. *ult. ff. h. t.* Inimicitiae quoque capitales, quae arbitro cum litigantibus aut eorum alterutro coeperunt intercedere, eum liberant a sententiae ferendae necessitate, *d. l.* 15. *ff. h. t.* uti & si arbiter a partibus infamatus fuerit; ut tamen non levior quavis, sed sola gravior infamatio, causa cognita; praebeat excusationem, *l. sed si in servum* 9. §. *pen. d. l.* 15. *ff. h. t.* Sed &, si spreta arbitri auctoritate, ad judicium vel alium arbitrium litigantes ierint, & vel multo post, vel etiam mox, ad eundem arbitrum redierint, cogendus non est ita contumelia affectus inter eos disceptare, *d. l.* 9. §. *ult. l.* 10. *l.* 11. *l. item si* 17. §. 1. *ff. h. t.* cum enim ex eo, quod apud arbitrium lis ventilari coepta est, non inducatur litis pendentia, ut loquuntur, potuit sane ab arbitro ad judicem controversia transferri, ut illic suo ordine peragatur, eo, qui transtulit, tantum in compromissi poenam damnando, *l. si quis rem* 30. *ff. h. t.* & hoc jure etiamnum Ultrajectinos uti, tradit Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *num.* 81. Sed Geldris contra placuit, litis pendentiam compromisso induci, ac ad arbitros remittendum esse eum, qui invita parte adversa voluerit, his derelictis, ad judicem ire, Lambert. Goris *advers. tract.* 4. §. 5. Simile etiam jus in Hollandia, Zelandia, ac Flandria, quae Ordinibus generalibus paret, vigere, vel inde constat, quod sub exceptione litis pendentis etiam exceptionem compromissi in arbitros facti contineri sancitum sit, *Ampliatie van de instruct. van den Hove van Holland.* 21. *Dec.* 1579. *art.* 10. *verdragh. tusschen Holland. en Zeeland* 3. *Augusti* 1587. *art.* 9. *In-*

struct. Curia Flandr. art. 301. Neostadius *Curia Holland. dec.* 40. Groenewegen *ad d. l.* 30. *ff. t. t.* Nec tamen eundum inficias, quin alteruter compromittentium ex justa aut saltem probabili causa restitutionem in integrum petere possit adversus compromissum, atque ita efficere, ut infirmato compromisso ac adempta arbitris judicandi potestate, controversia apud ordinarium judicem deinceps agitetur, uti mox reductionis occasione observabitur plenius. Sed &, cum arbitri forte litem diutius videntur protelare, altero compromittentium desiderante, decerni potest a Curia, ac arbitris injungi, ut intra certum tempus litem dirimant; aut si neglexerint, fore, ut lis ad curiam devolvatur, hique litigantes eam persequantur, novissimis actis continuatis, Noestadius *d. decis. Curia Holl.* 40. *in fine.* Quid quod & illi, qui in arbitros recte electi sunt, deinceps nihilominus tanquam suspecti declinari possunt, ubi alteruter litigantium satis justam probat emersisse, vel antea ignotam nunc innotuisse suspicionis causam? Quid enim si sordes, aut turpitudo arbitri manifesta sit? quid si aliis ex causis inimicus factus? quid si ab adversario hæres institutus, aut aliter in eam deductus conditionem, ut ex ea lite lucrum speret, aut metuat damnum? æquum sane fuerit, eum non minus, quam judicem publica auctoritate constitutum, a suscepti arbitrii implemento depelli, *l. sed si in* 9. *ff. sunt & alii* 3. *leg. non distinguemus* §. *cum quidam* 14. *ff. h. t.* arg. *leg. Julianus ait* 17. *ff. de judiciis, leg. apertissimi* 16. *& auth. si vero C. eod. tit.* Quod enim alibi dicitur, arbitrum ad judicandum compellandum esse, si sordibus corruptus sit, *l. Labeo* 3. *ff.* 3. §. *tametsi* 1. *in fine ff. h. t.* non ad eum pertinet, qui in id corruptus est, ut iniquum ferat arbitrium; sed ad eum, qui tantum sordide inductus est, ut arbitrium interponendum dolo protelet; de quo non ideo protinus præsumendum fuit, quod injustam in negotio principali esset sententiam laturus; unde & partes adhuc id urgent, ut cogatur arbitrari, eum suspectum non habentes. Confer de causis suspicionis *tit. de judic.*

22. Præterea cogendus non fuit arbiter, si pœna compromisso non fuisset inserta, *l. litigatores* 11. §. *item penult. ff. h. t.* vel inserta quidem, sed jam commissa; semel enim commissa pœna, solvi compromissum Paulus ait, nec amplius posse committi, nisi id actum sit, ut in singulas causas toties committatur, *l. si duo rei* 34. §. 1. *ff. h. t.* nec alia verborum sententia est *in l. non distinguemus* 32. §. 1. *ff. h. t.* dum dicitur *non cogendus arbiter sententiam dicere, si pœna commissa sit*: eadem enim utrobique loquendi ratio, auctor idem, sensus planus, atque adeo nulla opus emendatione, quam facit Gothofredus *in notis ad d. l.* 32. §. 1. pro *si*, legens, *nisi*. Etenim, si verum sit, non cogendum esse arbitrum, si ab initio pœna deesset; nonne ratio dictat, eundem nec cogendum esse, si pœna jam commissa sit, id est, jam cœperit deberi? cum neutro in casu pœnam ultra metuant compromittentes, etsi judicio arbitri paritum non sit. Committi vero potest pœna ante sententiam ab arbitro dictam, quoties dies certus compromisso insertus est, ut ante eum arbitrium interponatur, & litigantium alteruter constituto tempore sese non sistit ad audiendam arbitri sententiam, non nisi parte utraque præsente ferendam: cum enim per eum steterit, quo minus lis pronunciatione arbitri finiatur, ipse pœnæ reus sit, arbiter vero arbitrandi necessitati deinceps subductus est, non ultra cogendus, *l. quid tamen* 21. §. *si quis* 9. *l. diem* 27. §. *si quis* 4. *ff. h. t.* unde & diem compromisso apponi, intra quem feratur sententia, non modo compromittentium, sed & ipsius arbitri summopere interest; qui etiam propterea, die a partibus omisso, eundem ipsis consentientibus constituit, ne alioquin omni tempore cogeretur arbitrari, *l. sed si compromissum* 14. *ff. h. t.* Ceterum hodie ex compromisso sine pœna concepto, & arbitrio ita recepto, arbitros ad judicandum cogi posse, non ambigitur. Groenewegen *ad leg.* 11. *et* 13. *ff. h. t.*

23. Sententia secundum requisita superius commemorata latæ effectus est, quod nec ab arbitris mutari possit, etsi errorem allegantibus, quippe quorum officium absolutione finitum est, *l. qualem* 19. §. *ultim. l.* 20. *l.* 21. *ff. h. t.*; nec a compromittentibus impune contemni aut rejici; adeo ut, quisquis ei stare noluerit, ad pœnam compromisso insertam teneatur, vel ad id, quod interest, si pœna non inveniatur promissa, *l. ex compromisso* 2. *l.* 3. *l. diem* 27. §. *ult. ff. h. t.* creditur autem sententiæ non parere, si in judicium deducat ipse aut hæres ejus rem, de qua compromiserat, *l. quamvis* 37. *ff. h. t.* vel petat ab eo, a quo arbiter peti vetuerat, vel a fidejussore ejus. Plane si a fidejussore petere prohibitus sit, a reo principali petens, in pœnam non incidit, nisi ipsius fidejussoris intersit, a reo non peti, dum in rem forte propriam fidejussit, *l. adversus* 29. *ff. h. t.* nec ab uno ex correis debendi petere vetitus, si ab altero petat, pœna committitur, nisi correi simul socii sint, *l. si duo* 34. *ff. h. t.* Jure tamen novo, licet non nascatur actio & exceptio rei judicatæ, cum non fuerit judicium proprie dictum, in factum tamen & actio & exceptio datur ex arbitri sententia, quam partes vel subscriptione, vel decem dierum probaverint silentio, ad id, ut ea executioni detur, non per arbitrum, cujus nulla jurisdictio est, adeoque nec judicati exsequendi potestas; sed per judicem reo competentem, *l. pen. C. h. t.* quod & ante de Judæorum arbitriis invenitur cautum, *l. Judæi* 8. *C. de Judæis*. Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 1. *num.* 50. 51. Merula *praxi libr.* 2. *tit.* 2. *cap.* 6. Argentræus *ad consuet. Britan. art.* 19. *not.* 2. *num.* 3. data tamen condemnatio dilatione vel per arbitrium expresse ad solvendum constituta, vel alioquin modica, *l. quid tamen* 21. §. *ult. & ll. seqq. ff. h. t.* quod modicum spatium quidam de decem dierum induciis intelligunt, arg. *l. promissor* 21. *ff.* 1. *ff. de constit. pecun.* sed forte rectius de tempore ordinario condemnatis concesso acceperis; nam & confessis idem datum est, *l. certum* 6. *ff. ult. ff. de confessis*, & arbitria ad similitudinem judiciorum redacta sunt, *l.* 1. *ff. h. t.* ut effectu inspecto eandem vim habeat arbitri sententia, quam, si a judice lata esset, ubi a partibus est homologata, ut loquuntur. Quod & usu servatur; eo excepto, quod apud nos receptum sit, reum ab arbitro condemnatum prius citari ab actore eodemque victore, ut videat ab ordinario judice decretum interponi de facienda executione sententiæ per arbitros latæ, teste Groenewegen *ad l.* 5. *C. h. t.* Sim. van Leeuwen *censor. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 16. Wassenaar *practic. judic. cap.* 26. *n.* 7. 8.

24. Nec tamen executioni danda erit, si per sordes aut per manifestam gratiam vel inimicitiam probetur lata, *l. ita demum* 31. *ff. h. t. l. arbitrorum* 3. *C. h. t.* maxime, si testationibus conventus arbiter, ne hasce ob causas diceret sententiam, dixerit nihilo minus nullo cogente, *l. non distinguemus* 32. *§. cum quidam* 14. *ff. h. t.* Idemque est, si arbiter aliquid non honestum jusserit, *l. quid tamen* 21. *§. non debent* 7. *ff. h. t.* aut compromissi fines prætergressus ea definierit, quæ ejus arbitrio non erant commissa, arg. *l. de his rebus* 46. *ff. h. t. ut fundus* 18. *ff. communi divid.* aut denique compromissum nullum fuerit ratione personarum compromittere non valentium, vel eorum, in quos compromittere vetitum, vel causarum arbitrium respuentium; de quibus ante dictum fuit.

25. Quod si alteruter compromittentium sese sententia arbitri gravatum putet, appellare quidem non potest, ut *in pr. h. t.* monitum; sed tamen liberum ei, intra decem dies a lata sententia, attestationem mittere judici vel adversario, per quam manifestum fiat, definitionem arbitri non esse amplectendam, *l. pen. in med. pr. C. h. t.* quæ attestatio in eo ab appellatione diversa est, quod appellatione lis ad superiorem judicem in continenti transfertur; quod non ita est in attestatione, quippe qua facta, pœna tantum committitur compromisso inserta. Verum, uti manifestam arbitratoris iniquitatem corrigi posse judicio bonæ fidei jus Romanum docet, *l. societatem* 76. 77. 78. 79. *ff. pro socio*, atque ita reductionem ad arbitrium viri boni fieri juris interpretes dixerunt. Vide Christinæum *ad Leg. Mechliniens. tit.* 14. *art.* 2. & *vol.* 1. *decis.* 250. *num.* 2. 3. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 14. *defin.* 1. Petrum Zans *de divis. bonor. lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 11. Crivellum *decis.* 1. *num.* 4. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 150. *num.* 17. ita quoque ab arbitri sententia reductionem peti nostris ac gentium plerarumque moribus invaluit. Quæ, si intra decem dies postulata fuerit (intra viginti ex instructione Curiæ Brabantinæ *art.* 488.) facit differri sententiæ executionem, cum sese habeat ad instar appellationis, arg. *l. non distinguemus* 32. *§. cum quidam* 14. *ff. h. t.* adeo ut, impetrato reductionis mandato, eoque per apparitorem adversæ parti denunciato, frustra futurus sit adversarius, si, eo dissimulato, vocet impetrantem, ut videat executionem arbitrii a judice decerni; quippe litis pendentis exceptione repellendus, Wassenaar *pract. judic. c.* 26. *num.* 16. Sin post decem dies petatur reductio, reformationis naturam induit, nec suspendit interim sententiæ effectum. Post annum uti reformationis ita & reductionis petendæ licentia usu denegata est; nisi impetrata fuerit adversus lapsum temporis restitutio, justissimis causis eam indulgeri suadentibus, Andr. Gayl *l.* 1. *observ.* 140. *n.* 1. 2. Merula *praxi lib.* 4. *tit.* 5. *c.* 1. Sande *dec. Frisic. lib.* 1. *tit.* 14. *def.* 3. & 4. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 38. *defin.* 6. Fachineus *libr.* 8. *controvers. cap.* 95. Groenewegen *ad l.* 1. & 3. *C. h. t.* imo tanta reductionis & appellationis reformationisque affinitas nunc est, ut & apud nos ac aliis variis in regionibus temere petitæ reductionis mulcta proposita sint, æque ac appellationis, ut notavi *tit. de calumniatoribus*, & eadem fatalia (ut loquuntur) idem litigandi modus observari debeat appellatione interposita, aut reformatione petita; quod uti in praxi constat, ita & instructione Curiæ Flandricæ nominatim cautum est, *art.* 251.

26. Quæ autem de reductione post decem dies postulata diximus, etiam tunc obtinent, cum reductionis remedio in compromisso, vel saltem ante sententiam ab arbitro pronunciatam & partibus haud cognitam, renunciatum est. Quamvis enim renunciatio talis effectu destituta sit, in quantum ea non obstante gravatus ad reductionis auxilium confugere potest, petita saltem adversus renunciationem ut temere factam restitutione, haud difficulter impetranda; dum omnis approbatio sententiæ adhuc per arbitrum ferendæ hac tacita conditione, si æquum arbiter definierit, nititur, ut post alios observat Jac. Coren *observat.* 2. *num.* 1. 2. 3. 4. & *seqq.* Christinæus *vol.* 2. *decis.* 142. *num.* 6. Neostadius *cur. supr. decis.* 90. efficit tamen, ut reductionis petitio, quoquo tempore facta, executionem arbitrii non impediat, nec appellationem sed tantum reformationis effectum sortiatur. *Nader ampliatie van d'Instructie van den Hogen Provincialen Rade* 24. *Martii* 1644. *art.* 20. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 90. Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 14. *def.* 4. Groenewegen *ad d. l.* 1. & 3. *C. h. t. numero* 5. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 17. *numero* 18. Wassenaar *practic. judic. cap.* 26. *num.* 12.

27. Competens ad reductionem hanc petendam judex est ille, qui primitus fuisset adeundus, si compromissum nullum in arbitros intercessisset, sive actor sive reus se gravatum contendat, arg. *l. si quis rem* 30. *in fine ff. h. l.* cum enim arbiter privatus tantum sit, non judex, nec compromissum ex sua natura ullam involvat jurisdictionis prorogationem; ratio nulla est, cur is, qui arbitrium arbitri haud observandum putat, ordinarii judicis declinaret forum. Quæ sententia & in Gallia, & in Germania recepta est; ac Senatui supremo Mechliniensi & Pedemontano placuit, Fachineus *controv. libr.* 8. *cap.* 94. Ant. Thesaurus *decis.* 14. *numero* 5. & 8. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 3. *tract. de arbitris gloss.* 10. *numero* 9. Costalius *ad l. societatem* 76. *ff. pro socio.* Andr. Gayl *libr.* 1. *observ.* 149. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 142. *num.* 4. & 143. *num.* 8. Parum facit in adversum, quod reductio illa appellationis species videatur esse, *l. non distinguemus* 52. *§. cum quidam* 14. *ff. h. t.* appellatio vero sit ad superiorem judicem facta provocatio. Etenim primo quidem appellatio proprie dicta non est, sed tantum hactenus appellationi similis, quatenus per eam retractatio sententiæ arbitri postulatur, *d. l.* sed & secundo inficias iri non potest, quin hanc quoque, cum apud ordinarium judicem inferiorem reductio petitur, lis ad superiorem transferatur decidenda; ab arbitro, qui privatus, ad judicem auctoritate publica constitutum, & procul dubio ob id arbitris superiorem. Et quamvis in Hollandia moris esse, ut reductiones a Curia provinciali, præterito ordinario judice inferiore, petantur, testetur Merula *praxi civil. libr.* 4. *tit.* 5. *cap.* 1. *num.* 2. Groenewegen *ad l.* 1. & 3. *C. h. t. in fine*, Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 17. *num.* 18. & id necessitatis esse in Frisia tradat Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 14. *defin.* 2. nihil tamen causæ est, cur non in Hollandia etiam apud inferiorem judicem

reductio petatur; cum nuspiam illis inveniatur annumerata negotiis, de quibus prima instantia posset Curia provincialis, parte alterutra litigantium invita, cognoscere ac judicare: unde & hunc usum curiæ adeundæ magis litium abbreviandarum gratia, quam ex necessitate servari, innuit Groenowegen *d. loco*: & dubitationis tantum tollendæ causa per Zelandos id actum existimo, ut non a curia provinciali, sed ordinario judice, reductio per eum, qui se gravatum contendit, postuletur. *Provisioneel accoord tusschen Holland en Zeeland* 7. *Martii* 1607. *art.* 10. *& nader provisioneel accoord* 11. *Junii* 1674. *artic.* 24.

28. Sive autem confirmata fuerit per judicem reductionis, sive retractata sententia arbitri; liberum rursus est ei, qui se læsum autumat, ab illa judicis sententia ad tribunal superius facere provocationem: cum enim appellatio sit quædam defensionis species jure naturali competens, haud temere deneganda est, quoties legislator civilis eam justis de causis non nominatim ademit; quod hoc in casu factum nuspiam est, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 149. *num.* 4. 5. Covarruvias *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 12. Fachineus *controv. libr.* 8. *cap.* 96.

29. Pœnam quod attinet, si quæ promissa fuerit in casum, quo alteruter compromittentium parere noluerit sententiæ arbitri, licet Gallorum moribus debeatur, cum primus reductionis judex eam firmavit, Costalius *ad l.* 79. *ff. pro socio.* Crivellus *decis.* 1. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 19. *not.* 2. *n.* 2. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 142. *n.* 6. 7. Hollandis tamen & vicinis aliis placuit, non aliter pœnam persolvendam esse, quam si *laudum* (ut appellant) extrema reductionis sententia, adversus quam nulla amplius auxilia supersunt, confirmatum fuerit; cum non videatur pœna dignus, quem judex supremus gravatum pronunciavit, & jure de arbitrorum iniquitate conquestum. Neostadius *cur. supr. decis.* 90. Jac. Coren *observ.* 13. Groenewegen *ad. d. l.* 1. *&* 3. *C. h. t. num.* 4. Sed & si is, qui reductionem petierat, deinceps sine transactione ab ea petitione sua sponte desistat, causæ forte suæ diffisus; perinde pati debet pœnæ promissæ persecutionem, ac si extrema reductionis sententia succubuisset; cum utique verum sit, pœnam incepisse committi, quamprimum ille arbitri sententiæ reluctari cœpit; nec æquum sit, eum sola sua pœnitentia desinere pœnæ debitorem esse, si modo pœnitentia hæc dici debeat, ac non potius consulta prudentia, dum ab ulteriori litis persecutione desistit non tam compromissi religione, quam potius necessaria æqui judicii observatione, postquam justam arbitrorum sententiam nullo gravamine convelli posse animadvertit, arg. *l. Celsus* 23. *ff. h. t.* Ann. Robertus, *rer. judicat. libr.* 3. *cap.* 8. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 142. *n.* 7. Charondas *respons. l.* 4. *resp.* 3. *in med. & libr.* 7. *resp.* 212. Joh. Papon. *lib.* 6. *tit.* 3. *in append. arrest.* 2. nec hisce obest, quod a Marciano traditum, eum, qui jussus est solvere ex compromisso pecuniam, *si moram fecerit, pœnam ex compromisso deberet, sed postea solvendo pœna liberari*, *l. ult. ff. h. t.* intelligi namque debet illa generalior Marciani assertio de casu, quo tam exigua in solvendo mora commissa est, ut eo tempore, quo postmodum fuit oblata solutio, necdum inceperit adversarii interesse; ex Ulpiano ac Paulo disci potest, *l. quid tamen* 21. *§. ult. l.* 22. *ff. h. t.*

30. Quod si extrema reductionis sententia confirmatum quidem fuerit laudum arbitri, sed pro parte tantum, vel confirmatum quidem in solidum, sed ex novis plane documentis, quæ apud arbitros aut non allegata, aut allegata quidem, sed non probata fuerant, sic ut ista quæ judicem moverunt ad confirmationem, ab arbitris haudquaquam fuerint in litis decisione considerata; tentari non immerito posset, an non pœnæ promissæ remissio a judice concedenda foret: cum æquum dici non possit arbitrium illud, quod ex parte revocatum est, quodve interpositum fuit ex illis rationibus, quæ virum bonum non debuissent ad talem sententiam ferendam movere. Unde & pluribus placuit juris interpretibus non alias admittendam esse pœnæ promissæ executionem, quam si *laudum simpliciter totaliter ex iisdem actis* confirmatum sit, uti post Rebuffum *ad constit. regias tom.* 3. *tract. de arbitris gloss.* 11. *num.* 8. 9. 10. Boerium *decis.* 234. *n.* 22. 23. tradit Jac. Coren *obser.* 13. *n.* 25. *& seqq.*

31. Ceterum, quo magis firmæ essent arbitrorum sententiæ, nec ab iis peteretur reductio, frequens hodie est, addi compromisso consensum mutuum in condemnationem eorum, quæ ab arbitris statuta fuerint, faciendam a provinciali vel suprema curia, prout compromittentes putaverint sibi consultum esse. Licet enim inter compromittentes conveniri nequeat, quid arbiter debeat statuere; tamen recte convenitur, ad quid judex debeat condemnare, ut ante dictum, Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 17. *n. ult. in med.* Ut tamen multum intersit, utrum se compromittentes submiserint condemnationi judicis inferioris, an vero judicis seu curiæ supremæ; nam si pacto placuerit condemnatio judicis inferioris, adhuc appellationis remedium superest ad judicem superiorem, uti & restitutionis auxilium implorari, nihil vetat. Sed si ex voluntate partium supremi judicis seu curiæ sententia roborando arbitrio electa sit, neque supplicatio admissa apud nos est adversus talem sententiam, nec in integrum restitutio, nisi ex solo capite metus; ut pluribus monstravi *tit. ex quibus causis majores num.* 17.

32. Observandum tamen arbitris est, in quos ita compromissum, ut caveant omni modo, ne arbitrium ab ipsis jam interpositum innotescat litigantium alterutri, ante subsecutam ex consensu mutuo condemnationem: ne alioquin is, in cujus præjudicium est concepta arbitrorum sententia, eo comperto, ante impletam condemnationem restitutionis imploret auxilium adversus compromissum & in condemnationem consensum, oblato interim arbitralis sententiæ implemento, seu fiduciaria solutione, sub cautione de restituendo. Uti ex adverso ipsis quoque judicibus haud consultum, ut ex partium consensu condemnationem interponant ad ea, quæ necdum ab arbitris definita sunt, sed adhuc erunt in futurum constituenda: quid enim, si arbitris deinceps ea placuerint, quæ legi divinæ, quæve rationi sanæ adversantur? quid si ea alterutri compromittentium imposuerint facienda omittendave, quæ manifestam redolent turpitudinem, quæque lædunt pietatem, verecundiam, existimationem, &, ut verbo dicam, quæ contra bonos

mores sunt? nonne absurdum fuerit, parata executione condemnationis ex consensu interpositæ adigi damnatum ad turpium istorum probrosorumque implementum sub speciosa rei judicatæ auctoritate, non sine judicum ipsorum ludibrio, ac opprobrio meritissimo iniquitatis?

TITULUS IX.

Nautæ, Caupones, Stabularii, ut recepta restituant.

SUMMARIA.

1. *Quales actiones competant contra nautas, caupones, stabularios pro rebus, quarum custodiam recipere solent?*
2. *Quid sit actio rei persecutoria in factum de receptis; cui, contra quos, & ad quid detur, quale damnum reparandum sit, quid si nauta res nautæ receperit?*
3. *Quid sit actio in factum exercitoria ex quasi delicto, quibus detur, contra quos, ex quorum facto, ad quid tendat?*
4. *An sit in potestate cauponum & similium, ne quem recipiant? & ratio harum actionum.*
5. *An directæ actiones ex delicto aut noxales cum his actionibus concurrant, & an altera alteram perimat?*
6. *An nauta & similes liberari possint servos suos noxa dando?*
7. *Quid juris, si nauta præmonuerit, ut quisque res suas servet? quid si caupo hospitii claves cubiculi dederit?*
8. *Quid juris, si nauta vel caupo follem aut cistam a viatore receperit obsignatam, & is postea res inde ablatas queratur?*
9. *Si sarcina nautæ transvehenda commissa negetur ei reddita, ad quem missa, an jurijurando nautæ stari debeat?*
10. *Hodie contra nautas & similes cessat dupli pœna, quomodo plures exercitores teneantur, quo modo liberari possint?*

1. NAutæ, caupones, stabularii, navim, stabulum, aut cauponam exercentes, in se recipere censentur illatorum custodiam, licet mercedem pro ea non accipiant, *l. 1. §. ult. l. nauta 5. l. ult. pr. ff. h. t.* proinde, si quid damni illatis contigerit, actio quidem locati aut conducti, vel etiam depositi, si merces constituta non sit, comparata est illis, qui læsi sunt: sed, ut innotesceret, prætorem quoque curam habere reprimendæ hujusmodi improbitatis, pinguiores alias edicto suo insuper actiones proposuit, *l. & ita 3. §. ait prætor 1. ff. h. t.*

2. Prima quidem est actio in factum prætoria de receptis rei persecutoria, quasi ex contractu, quæ datur ei, qui quid in navim, stabulum, aut cauponam intulit, aut aliter custodiam rei nautæ commisit, rebus forte in littore positis inferendi causa, & a nauta receptis, *d. l. & ita 3. pr. ff. h. t.* sive mercede constituta, sive gratis navigaverit aut hospitio exceptus sit, *l. licet pen. pr. ff. h. t.* sive non ejusdem, sive ejusdem professionis sit, qui intulit; qua ratione si nauta alterius nautæ res receperit, aut caupo cauponis, aut stabularius res stabularii alterius, huic actioni locus est, *l. sed & ipsi 3. §. 1. ff. h. t.* aliter quam obtinet, si plures unius navis nautæ, vel plures in una caupona ministrantes, damnum dedissent inter se: tunc enim hoc edictum cessare responsum est, nisi quis nauta & mercator simul esset, *l. ult. §. sed si 2. ff. h. t.* Nec interest, utrum res illæ actoris propriæ fuerint, an alienæ; si modo eas salvas esse intersit agentis, *l. 1. §. pen. ff. h. t.* Adversus nautas, caupones, stabularios, qui describuntur, *l. 1. §. 2. 3. 4. ff. h. t.* eorumque hæredes in perpetuum, *l. & ita 3. §. pen. ff. h. t.*, ac, si plures simul navim, stabulum, cauponamve exerceant contra singulos in solidum, arg. *l. 1. §. ult. l. 2. 3. ff. de exercit. act.* ad id, ut reparent omne damnum, quod in receptis rebus furto, corruptione, vel aliter datum est quocunque modo, excepto eo solo, quod damno fatali aut vi majore, veluti naufragio, aut piratarum injuria, periisse constat, *d. l. & ita 3. §. 1. in fine ff. h. t. Zeerechten van Keyser Karel. 19. Julii 2551. art. 43. 44.* Crivellus *decis.* 49. Cui non absimile est, si effracta per effractores fures domo vel stabulo, res viatorum ablatæ, equi adducti sint, si modo nulla cauponis aut stabularii negligentia culpave concurrisse probetur, Crivellus *dec.* 49. Joh. Papon. *lib.* 23. *tit.* 6. *arrest.* 4. *fere in fine*, ut tamen casuum horum fortuitorum probatio nautis cauponibusque incumbat, Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 8. *art.* 15. *n.* 12. 13. Nec refert, an per eos, quorum opera exercitor usus est, an per vectores aut viatores læsio rebus receptis illata sit, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. ff. h. t.*

3. Altera est actio prætoria ex quasi maleficio, pœnalis mixta, competens damnum passo ejusque hæredibus in perpetuum, adversus nautas, caupones, stabularios, non item adversus eorum hæredes, *l. ult. §. ult. ff. h. t. §. ult. Inst. de oblig. quæ quasi ex delict. nasc.* & si plures sint exercitores, contra singulos non nisi pro parte, qua navem exercent, *l. ult. §. pen. ff. h. t.* ad duplum damni in nave, stabulo vel caupona dati; nam si extra navem (licet a nautis) læsio facta sit, hac actione exercitor non tenetur *l. ult. pr. & §. 1. ff. h. t.* adde *tit. de exercit. act.* si modo per ipsos nautas, vel eos, quorum opera utuntur, damnum datum sit, non item si per viatores, *l. licet pen. §. in factum pen. ff. h. t. tot. tit. ff. furti adversus nautas*, nisi viatores illi simul operam navigationi præstent mercedis loco, remigis forte munus implentes, quos Ulpianus *rerum pro naulo & vecturæ pretio solvere* dixit *l. ult. §. sed si 2. ff. h. t.*

4. Ratio hujus edicti harumque actionum est, quod, nisi ita statutum esset, materia daretur, cum furibus adversus eos quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus: neque videri possit nimium duriter in eos constitutum esse, quia in cauponum, nautarum, stabulariorum arbitrio est, ne quem recipiant, *l. 1. §. 1. ff. h. t.* quatenus scilicet inviti non coguntur navim, stabulum, aut cauponam exercere: postquam enim ex libero inceperint exercere arbitrio, repellere non possunt inter agentes, nisi causis justis repulsæ datis, *l. unic. §. ult. ff. furti advers. nautas &c.*

5. Potest & læsus adversus ipsos lædentes, si liberi sint, directam furti aut aliam ex delicto actionem movere; aut noxalem in dominos, si servi sint, a quibus damnum datum est: quibus tamen electis,

obtinuit has perire; ne sæpius de ejusdem hominis admisso quæratur; & vice versa, *l. & ita* 3. *§. ult. l. licet* 6. *§. ult. l. ult. §. ult. ff. h. t.*

6. Si tamen servorum propriorum opera exercitor usus sit, liberare potest eos noxæ dando; quamvis enim regulariter culpæ ejus adscribatur, si malignorum opera atque ministerio usus sit, dum explorare oportuerat, cujus fidei, cujusque innocentiæ sint illi, quos adhibet; in suis tamen servis, quasi in domestico malo, venia dignus est, si quales quales adhibuerit ad navim, stabulum, aut cauponam instruendam, *l. ult. §. hac autem* 4. *ff. h. t. l. unic. §. servi* 5. *ff. furti adversus nautas &c.*

7. Cessant vero in universum hæ ex edicto prætorio actiones, si nautæ, caupones, stabularii extra navis, stabuli, vel cauponæ negotium rerum quarumdam custodiam receperint; quippe quo casu actione depositi eos teneri sufficit, *l. & ita* 3. *§. eodem* 2. *ff. h. t.* uti &, si prædixerint, *ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se præstituros*, & consenserint vectores prædictioni, *l. ult. pr. ff. h. t.* Quod & tacite actum videtur, cum caupo viatori claves cubiculi, in quo suas viator res reposuit, obtulit, isque illas recepit: si enim non receperit, (uti recipere non tenetur) non magis a se caupo rerum custodiam atque periculum per clavium oblationem averteret, quam si prædiceret, ut suas quisque res servaret, eique non assenserint viatores.

8. Quod si caupo vel nauta follem, aut cistam a viatore receperit obsignatam, ac postea res suas inde ablatas viator causatur; si quidem eodem modo occlusam caupo reddiderit, nulla furti facti præsumptio, nullum indicium, adversus cauponem ejusve familiam natum videri potest; sic ut nec viatoris assertioni, utcunque juratæ, credendum sit, sed magis purgatorium jusjurandum cauponi ac familiæ ejus sit deferendum. Sin reserata vel confracta cista follisve restituatur, non iniquum fuerit, tantam inde adversus cauponem ejusque familiam furti commissi præsumptionem induci, ut viatoris furtum arguentis jurijurando standum sit, arg. *l. si quando* 9. *C. unde vi, l. semper* 15. *§. sed quod* 9. *ff. quod vi aut clam, l.* 1. *§. si cista* 41. *ff. depositi*, Schneidewinus *ad §. ult. Instit. de oblig. quæ ex quasi delicto num.* 5. Christinæus *ad reg. Mechl. tit.* 8. *art.* 15. *num.* 8. Jul. Clarus *libr.* 5. *sentent. §. furtum n.* 27. Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 7. *n.* 2. *in med.* Plotus *de in litem jurando §.* 10. *n.* 6. *& seqq.* Henr. Kinschot *respon.* 106. *n.* 11. 12. (*in edit. ann.* 1653. Franciscus Kinschot *resp.* 25. *n.* 11. 12.) Zoesius *ad Pand. tit. depositi num* 24. 15. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 11. *thes.* 12. Wissenbach *ad Paul. vol.* 1. *disp.* 31. *de deposito n.* 18. Respons. JCtor. Holl. *part.* 1. *cons.* 162. *& part.* 2. *cons.* 203.

9. Sed & si vel cista vel sarcina, nautæ commissa transvehenda, in universum negetur per eum exhibita ei, ad quem directa erat, cuique debebat exhiberi; an nautæ jurejurando exhibitionem asserenti fides habenda sit, dubitari posset: in pecunia quidem numerata prudenti consilio apud nos invaluit, apocham nautæ, eandem tradenti, præstari. Cui consequens videtur, ut, si traditionem apocha non doceat, contra ipsum militet traditionis non factæ præsumptio, nec jusjurandum offerens audiendus sit. At sarcinarum intuitu, quarum nomine apochas dari nautis, vel portatoribus (quos appellant) juratis, consuetudo non fert, fidem iis, traditionem jurato asseverantibus, haberi oportere verius est; maxime indicia quædam probabilia traditionis præsumptionem adjuvantia concurrant, ac existimationis illæsa sit, qui sese detulisse jurat, Mascardus *de probat. concl.* 1364. *n.* 61. Respons. JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 313.

10. Ceterum moribus hodiernis dupli pœnam adversus nautas, caupones, stabularios exolevisse, (ut alias vulgo) notat Grœnewegen *ad l. ult. §.* 1. *ff. h. t.* manente in ceteris Romani juris & edicti prætorii in nautas ac similes alios rigore, Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 8. *art.* 15. *num.* 4. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. l.* 3. *cap.* 38. *n.* 10. Ut tamen exercitores de damno per magistratum dato singuli non solidum, sed pro sua tantum parte teneantur, uti id in exercitoria actione pœnali mixta in duplum Romanis placuisse, supra monui, Jacobus Coren *observ.* 40. atque insuper liberari possint, suam, quam habent, navigii partem noxæ dando, *l. prætor ait* 7. *§. hoc edictum* 1. *l. hoc amplius* 9. *ff. de damno infecto*, Coren *d. observ.* 40. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisp. Holl. libr.* 3. *cap.* 1. *num.* 39. 40. 41. 42. 43. Leeuwen. *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 10. *& lib.* 5. *cap.* 31. *n.* 8. confer *tit. de exercit. actione num.* 7.

INDEX TITULORUM

IN COMMENTARIO

AD PANDECTAS CONTENTORUM.

LIBER I.

LIBER II.

LIBER III.

LIBER IV.

FINIS TOMI PRIMI.

JOANNIS VOET

JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA

COMMENTARIORUM

AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones excutiuntur.

EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIOR:

Cui nempe praeter V. Cl. Caspari Burmanni Vitae Auctoris Narrationem, et Indicem Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

NUNC PRIMUM ACCEDUNT

Alii duo Tractatus de Familia Erciscunda, et de Jure Militari, qui simul cum praedicto Indice constituunt Tomum Septimum.

TOMUS SECUNDUS.



VENETIIS

SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.

M. DCCC. XXVII.

LIBER QUINTUS.

TITULUS I.

De judiciis, & ubi quisque agere vel convenire debeat.

SUMMARIA.

1. *Nemo sibi ipsi jus dicere debet.*
2. *Recensentur casus excepti. An & judex mulctare possit eos, qui ei, qua judici, injuriam fecerunt?*
3. *Quid sit judicium; quid summarium; & an idem sit* summatim & de plano *cognoscere?*
4. *Quibus in casibus summariae cognitioni locus sit tum jure Romano, tum moribus?*
5. *Si lis principalis summatim agitetur, idem agendum in quaestionibus in eam incidentibus; etiam in causa appellationis. An quis possit ab ordinario judicio coepto desistere & ad summarium transire?*
6. *Quid sit judicium civile, quid criminale?*
7. *In concursu judicii civilis & criminalis ex eadem vel diversis causis, an prius civile, an prius criminale terminandum sit, per distinctiones explicatur.*
8. *Plures aliae recensentur divisiones judiciorum. Lata fuit lex Julia, altera judiciorum publicorum, altera privatorum; posterioris capita quaedam proponuntur.*
9. *Quot personae constituant judicium, quis actor, quis reus sit?*
10. *Qui habeant legitimam personam standi in judicio; an collegia illicita sed tolerata? & an & quando filiusfamilias, tum jure civili, tum hodierno?*
11. *An minores 25. annis sine curatore? & quid, si sine curatore steterint in judicio?*
12. *An jure Romano & hodierno in causis criminalibus, si accusentur, aut accusent? An jure Canonico, & moribus, in causis matrimonialibus, & beneficialibus?*
13. *An qui veniam aetatis impetrarunt, aut nuptiis vel aliter pro majoribus sunt habiti, etiam de immobilibus sine curatore litigent?*
14. *An uxor hodierno jure possit sine viro stare in judicio tanquam rea vel actrix; vel impedire, ne vir uxoris nomine litiget? & quid juris, si contrarium pacto dotali actum sit; vel vir bonis cesserit?*
15. *Quid si litigare velit ut tutrix liberorum primi thori, vel ut executrix testamenti, vel ut publica mercatrix?*
16. *Stat tamen in judicio ex mariti mandato. Quid si maritus rata habeat per uxorem in judicio gesta? Quid si maritus absit, & periculum in mora? an sine viro alios sistere, vel sisti ipsa possit?*
17. *An criminis accusata uxor sine viro suo stet in judicio, & an poena pecuniaria in eam constituta, stante matrimonio, executionem habeat contra maritum?*
18. *Si maritus malitiose agere vel defendere nolit in causa uxoris, uxor potest judicis auctoritate. An periculo mariti tunc uxor vincatur? & quid si maritus nolit nomine uxoris movere actionem injuriarum?*
19. *Si uxor non jure steterit in judicio & vicerit, marito prodest.*
20. *Actoris arbitrio relinquitur, quando velit agere. Litis coepta instantia quanti temporis lapsu perimatur? facile tamen adversus eam impetratur restitutio.*
21. *Quando locum habeat actio ex l.* diffamari*? Ejus extensio ad omnes causas, tanquam aequa, defenditur.*
22. *Non est locus actioni ex l.* diffamari, *nisi probetur diffamatio. Quando necesse non sit, probari jactantiam aut diffamationem?*
23. *Quo in loco sit intentanda actio ex l.* diffamari*? An alibi hac actione, alibi de negotio principali litigari?*
24. *Quot citationibus opus sit antequam vocato ex l.* diffamari *silentium imponatur? & an contra impositum silentium restitutio concedi possit?*
25. *Actor minus, aut partem debiti petendo, non peccat, at omnino plus petendo. Quae sit poena plus petentium jure veteri, novo, Canonico, & hodierno?*
26. *An, si actor coeperit quid petere pendente conditione, ac lite pendente conditio existat, reus condemnandus sit?*
27. *Agi non potest, antequam dies vel conditio debiti extiterit. Recte tamen agitur ad praeteriti simul, & futuri temporis usuras, fructus, reditus, alimenta annua, menstrua, item post anni primi lapsum ad condemnationem debita annua bima prima die solvendi, ut ita suis quibusque temporibus in futurum fiat executio.*
28. *Quomodo agat de jure praelationis in generali concursu creditorum is, cui ex die vel sub conditione debetur, interim cautionem petere possit in judicio stricti juris?*
29. *Quisque de suo, nemo de alieno debito conveniendus. An uxor pro marito, maritus pro uxore, filius pro patre? non extraneus pro extraneo; & de prohibitis pignorationibus.*
30. *Licitae tamen ex concessione Principis pignorationes, seu repressaliae, quoties debitor & creditor non subsunt uni supremo Principi, & Princeps alterius regionis peregrino creditori contra suos subjectos jus dicere detractat.*
31. *Ordinarius judex non potest repressalia concedere, nec Princeps peregrinis, sed tantum subjectis suis.*
32. *Actore vel reo mortuo, citandi hodie haeredes ejus ad resumenda arma litis, licet adierint cum beneficio inventarii.*
33. *Non tamen, si in causa jam conclusum sit; nec si sententia jam lata sit, quo casu tantum nova executio contra haeredes decernenda. Quid juris,*

si tutor pendente lite moriatur? vel unus ex pluribus cohæredibus post resumta arma litis?

34. Tertius in lite potest intercedere, ut litem in se transferat; quibus in casibus id fieri possit? An tunc intercedens recte petat, litem ad suum forum remitti? An hoc modo intercedere possit, qui sciens passus est litem ab alio sustineri, nec quamtocius contradixit?

35. Quot modis tertius in lite intervenire possit, ut alterutrum juvet? Quibus in casibus interveniat ex voluntate unius litigantium? Quibus in casibus utroque invito?

36. Apud quemcumque judicem fieri potest interventio, & in quavis judicii parte, etiam in ipsa appellatione.

37. Nullus intervenit, nisi is, cujus interest, & qui eandem cum litigantibus habet litigandi causam; alias nova lite experiri debet; ut si ipse velit rem vindicare tanquam suam, quam alius vindicat.

38. Interveniens ut alterutrum litigantem juvet, non potest judicem declinare ut incompetentem, sed quidem ut suspectum; nec quicquam novi facere, quod is, cui se jungit, facere probibetur. Qui scripserint de interventione.

39. Quid sit judex? narratur vetus judiciorum ordo & judicium dandorum mos: qui plura de eo scripserint; & de judicio decemvirali. Quando cessaverit judicum dandorum usus, & quid jure novissimo?

40. Quales causa olim non potuerint per pedaneos judices cognosci: an & causa liberales?

41. Quis olim in Hollandia judiciorum ordo fuerit?

42. Qui probibeantur esse judices: an cæci, furiosi tempore dilucidi intervalli, majores annis octodecim?

43. Repelli possunt judices suspecti, sed non aliter, quam allegata & probata speciali suspicionis causa, tum veteri, tum novo jure, tum moribus.

44. Recensentur plures causæ suspicionis: suspectus an judex, cujus filius alteri litigantium patrocinium aut procurationem in ea lite præstat? an is, cujus liberi aut fratres actori vel reo domestici, aut a ministeriis publicis sunt?

45. Suspectus non est judex urbanus in lite inter civitatem & civem vel peregrinum: nec senatores in causa societatis Indicæ, licet in ea partem habeant: contra si judex actori vel reo in ea causa privatus socius esset.

46. Suspectus est, quem pars una, non quem uterque petiit; quoto gradu cognationis vel affinitatis quis jure Romano ac moribus suspectus sit? Qualis amicitia ac familiaritas judicem suspectum faciat; rejiciuntur plures frivolæ suspicionis causæ. An jure Romano judex major potuerit recusari ut suspectus?

47. Totum collegium judicum hodie regulariter non potest suspectum dici, sed singuli, in quos justa cadere dicitur causa; nisi totum collegium facto quodam se reddiderit suspectum; & quis de causis suspicionis, tum singulorum, tum totius collegii, judex competens sit?

48. Exceptio judicis suspecti opponenda ante litem contestatam, quandoque & post.

49. Qualia sint officia judicis, quæ ad nobile, quæ ad mercenarium ejus officium reducenda sint? Quando judex tum nobile tum mercenarium officium impertiri possit non rogatus, plenius, & exemplis multis demonstratur, si lex aut consuetudo, aut suspicio falsitatis contra instrumentum, aut appellationis desertio, aut præscriptio, aut meri juris exceptio, velut ordinis, divisionis, non fuerint allegata.

50. Judex non debet per minorem causam majori cognitioni præjudicare; debet judicare secundum allegata & probata, simulque secundum conscientiam. Quid agendum, si hæc duo pugnent?

51. Debet judicare secundum leges, sive major, sive minor judex sit. Cujus loci leges in judicando observandæ sint, per distinctiones explicatur. Quid juris, si pendente lite, vel appellatione, lex nova lege abrogetur?

52. Nullus in jure est, aut esse debet casus pro amico, ut loquuntur.

53. Intra biennium criminale, civile judicium intra triennium finiendum; & quid olim obtinuerit? an adhuc hodie biennium servetur in criminalibus?

54. Quæ causæ etiam jure novo intra brevius tempus, quam est biennium, aut triennium, terminandæ sint?

55. Biennio vel triennio a lite cœpta lapso perimitur tota causa, non sola litis instantia.

56. Quid jure Canonico & moribus? Lites generaliter quantocius terminandas esse, præcipue, si peregrinis jus dicendum sit.

57. Alia circa judicis officium monita, præcipue, ne affectibus indulgeant.

58. Quæ jure Romano & hodierno sint pœnæ judicis dolo vel imprudentia male judicantis, assessorum, & advocatorum, a judicibus rogatorum, & perperam jus suggerentium?

59. Quodnam sit officium judicis, cui litis instructæ præparatorium examen committitur, ut reliquis referat?

60. De ministris judicum, scribis, apparitoribus, accensis, interpretibus, præconibus, lictoribus, viatoribus, carnificibus, eorumque officiis tum ex Romano, tum ex hodierno jure, remissive.

61. An graphiarii nostri seu scribæ judicum suspecti argui possint, ne certis in litibus suo munere fungantur?

62. Quid juris, si apparitores judicum injuriis affecti sint? & quid, si modum egressi vim passi sint?

63. De sportulis judicum & apparitorum.

64. Actor sequitur forum rei; litis initio inspicitur, quodnam sit forum rei; exceptio fori declinatoria ante omnia alia debet allegari, & perit, si aliud a reo actum sit, aut in judicio allegatum.

65. An judex ipse, qui declinatur, de eo judicet, & an vocantem ad forum non competens in expensas damnare possit? An reus teneatur venire, & exceptionem fori declinatoriam opponat?

66. Quot modis quis forum competens sortiatur? Si reus pluribus in locis forum competens habeat, actoris electio est.

67. Ratione delicti in loco criminis perpetrati reus non modo præsens, sed & absens accusari potest.

68. Potest tamen & in alio quovis loco, in quo reperitur, præcipue in loco domicilii. In Hollandia tantum in loco domicilii, si extra locum domicilii intra Hollandiam deliquerit, nec apprehen-

sus in flagranti delicto, aut fugitivus sit. Quid si Hollandus extra Hollandiam deliquerit?

69. *An quis criminis accusari possit in loco, in quo immobilia habet, si ibi non deliquerit, nec apprehensus sit, nec domicilium foveat?*

70. *In concursu fori multiplicis in reo accusando praeventioni locus est. Quis censeatur praevenisse? Quid si unus prius citaverit edictis, alter reum postea apprehenderit? Quid si unus in crimen inquisiverit, alter dein edictis citaverit ante primum inquirentem?*

71. *Praeventioni etiam locus, cum in confinio duorum territoriorum crimen perpetratum est. Si inter duos de jurisdictione criminali quaestio sit; nec brevi finiatur, judex utroque superior ad se litem criminalem evocare potest.*

72. *Qualia crimina moribus nostris non nisi a certis judicibus coerceri possint? remissive.*

73. *Quomodo ratione contractus quis sortiatur forum competens, & ubi quisque censeatur contraxisse, si per literas consensus declaratus sit, vel alibi consensus interpositus, alibi instrumentum conscriptum sit; vel alibi contractum, sed ad locum alium destinatum sit implementum contractus?*

74. *Ubi actio tutelae, vel ad legata, vel ad divisionem haereditatis, vel universali judicio concursus inter creditores agendum sit, remissive; exceptiones proponuntur, quibus quis in loco contractus non potest conveniri.*

75. *De foro competente ex prorogatione, remissive.*

76. *De foro competente ratione rei sitae; & an quis vi privilegii actionem in rem in loco rei sitae motam trahere possit ad forum suum privilegiatum?*

77. *Actio in rem etiam extra locum situs in loco domicilii possessoris moveri potest, si de mobilibus, non item si de immobilibus agatur; & quid juris in petitione haereditatis?*

78. *De foro competente ex reconventione, quid juris, si reconventus respondere nolit? An actor renunciando liti incoatae possit evitare reconventionem? An conventus ex contractu reconveniri possit pluribus actionibus, etiam natis ex delicto; an reconventio, & quo usque in injuriarum actione locum habeat; an unus ex pluribus cohaeredibus agentibus, aut conventis, reconveniri, vel reconvenire ex alia causa possit?*

79. *Nemo invitus cogitur reconvenire, & an reus pendente lite possit actorem alia lite apud alium judicem pulsare?*

80. *Quo tempore, & an post litem contestatam reconventio fieri possit? an & post sententiam in appellatione?*

81. *An tutor, curator, administrator nomine officii pro pupillo & similibus agens reconveniri possit de eo, quod suo nomine debet, & vice versa?*

82. *An socius nomine societatis agens, de eo quod alia ex causa solus debet?*

83. *An actor reconveniri ab eo, qui reo in lite assistit, veluti ab auctore, qui emtori vocato adest? & an auctor vocatus ut assistat, emtorem vocantem reconvenire possit?*

84. *An is, qui in rem suam procurator constitutus est per cessionem actionis, si agat, reconventionem pati teneatur, de eo, quod cedens debet, per distinctiones explicatur.*

85. *Non potest fieri reconventio apud judices tales, qui in ea causa, de qua fit mutua petitio, ne ex speciali quidem prorogatione possent competentes esse: & quid juris, si reconventio fiat de majore quantitate, potestatem vulgo excedente?*

86. *An reconventioni locus, ubi tantum extraordinaria fit imploratio officii judicis, quae non continet ullam juris persecutionem, veluti, ut tantum insinuatio alteri fiat? an in summariis & privilegiatis causis reconventio ex causa non privilegiata? an & tunc utraque causa simul terminanda sit? Quid juris, si utraque summaria sit?*

87. *Moribus reconventio admissa in interdictis adipiscendae possessionis, non item in interdictis recuperandae possessionis, nec in causa fractae pacis publicae.*

88. *Propter quas rationes, & quibus in causis judex possit terminare causam conventionis ante causam reconventionis, atque ita diversis temporibus? condemnatus tamen ex conventione potest id, in quod damnatus est, deponere apud judicem, & arrestare pro eventu litis in reconventione.*

89. *Reconventus non potest iterum secundam facere reconventionem.*

90. *De foro competente ex continentia causae.*

91. *De foro competente ex causa originis; quis sit locus originis? quid si in insula, aut vico, aut matre peregrinante natus sit? originis locus etiam fingitur manumissione, adoptione; & communis patria est Roma, ubi quisque conveniri potest, nisi habeat jus revocandi domum: qui id habeant, praecipue quando id habeant, aut non habeant legati? & quid moribus?*

92. *De foro competente ratione domicilii. In quibus distet* origo *a* domicilio*? Domicilium est mutabile, potest quis esse sine domicilio, potest & simul plura habere? & ubi tunc conveniendus sit? Praesumitur quisque domicilium habere in loco originis, donec contrarium probetur.*

93. *De domicilio necessario; qui illud habeant; & de domicilio litis causa eligendo; an electio duret post sententiam, & appellationem, & mortem eligentis?*

94. *Quid sit domicilium proprie dictum; quid domicilium improprium; an & quo usque studiosi domicilium habeant, ubi studiorum causa degunt?*

95. *Uxor mariti domicilium sequitur, & retinet vidua facta, nisi sponte mutet. An & uxor illegitima, vel sponsa?*

96. *Famuli & ancillae sequuntur domicilium domini, cui ministrant.*

97. *Ex quibus conjecturis colligi possit, aliquem domicilium certo loco constituisse?*

98. *Non constituitur domicilium solo animo, sola contestatione, sola habitatione, nec ex eo solo, quod quis tabernam, pergulam, horreum certo loco habet; aut operis aut litis aut negotiationis gratia ibi moratur, & quid juris in iis, qui Indias petunt, quive delegati sunt ad Collegia Ordinum generalium, Consilii status, Archithalassica &c. & an, ac quo usque hi omnes istis in locis conveniri possint?*

99. *Migrare quisque & domicilium mutare potest,*

& tunc evitat onera personalia prioris domicilii; amittit & jura ac privilegia ejus. Improbata migratio, quæ catervatim fit in præjudicium utilitatis publicæ. Migrantes certam fisco loci, unde migrant, inferunt bonorum partem, jure issuæ *vel* exuæ. *Nemo præsumitur domicilium mutasse, sed id probandum.*

100. *Filius major seorsim a patre domicilium constituere sibi potest; filius minor una cum patre migrare potest, & domicilium mutare, nisi id fiat animo fraudandi eos, qui ex domicilii prioris lege minori successissent.*

101. *Marito domicilium mutante ex necessitate vel libera voluntate, uxor quoque illud mutat, etiamsi mutatio uxori damnosa sit; nec tunc uxor petere potest a marito migrante, vel hæredibus ejus id quod interest, nisi nominatim pacto dotali id actum sit, ne maritus alio migret.*

102. *Hæres non succedit in domicilium defuncti; nec ex ejus domicilio forum competens sortitur, nisi lis cum defuncto jam contestata sit.*

103. *De foro competente ex privilegio. Milites ubi forum competens sortiantur in causis civilibus & criminalibus de jure Romano?*

104. *Ubi secundum mores hodiernos in criminalibus?*

105. *De illis, qui cum milites non essent, tamen difficilibus patriæ temporibus in armis sunt, & tunc militare delictum perpetrant.*

106. *Quid, si quis ante militiam deliquerit, & jam accusatus, vel jam condemnatus fuerit, antequam militiæ nomen daret, an maneat judicis ordinarii jurisdictio? & quid, si nomen militiæ dederit antequam accusaretur?*

107. *Quid juris bodie sit circa militum forum competens in causis civilibus?*

108. *Milites in eo quidem loco, in quo militiæ causa morantur, habere fori privilegium, sed tamen in loco domicilii, aut alio foro secundum jus commune competente, conveniri posse apud judices ordinarios actionibus civilibus pro debito, adstruitur ex jure Romano; nec longe abit jus hodiernum.*

109. *De foro privilegiato studiosorum ex* auth. habita C. ne filius pro patre. *De foro privilegiato studiosorum & professorum Universitatis, quæ est Lugduni Batavorum in causis civilibus & criminalibus; an prorogatione sibi noceant? Quid juris, si agant actione cessa? nihil referre in qua Hollandiæ parte contraxerint aut deliquerint Academiæ membra.*

110. *De foro competente clericorum ex jure Romano & Canonico. An clericus judici laico prorogare jurisdictionem possit?*

111. *Ubi senatores vel clarissimi conveniendi sint? ubi Nobiles Hollandiæ, Curiarum Hollandicarum senatores, delegati ad Collegia publica Hagæ-Comitis congregari solita, advocati Curiæ Hollandiæ, aliique* curiæ suppositi *vulgo dicti, in causis civilibus ac criminalibus, & ubi Advocati Ultrajectini in criminalibus?*

112. *Quid, si Nobiles, Senatores, Advocati &c. in alia provincia extra Hollandiam inveniantur, aut bona habeant? si non Hagæ, sed alibi intra Hollandiam habitent, aut praxin exerceant?*

113. *Ubi conveniendi assessores camerarum maritimarum, aut aliis fœderati Belgii collegiis generalibus adscripti, si deliquerint in officio? & de foro illustrium Germaniæ virorum remissivo.*

114. *De potestate judicandi concessa collegiis opificum, consulibus aut præfectis nationis Anglicæ, Belgicæ &c. per varias regiones.*

115. *Ubi pupilli, viduæ, & aliæ miserabiles personæ? Qui veniant appellatione miserabilium personarum? an senes decrepiti? an virgines?*

116. *An mulier, cujus maritus exul est, aut ad triremes damnatus, aut captus, aut furiosus, aut prodigus?*

117. *An & si tales personæ opulentæ sint?*

118. *An mercatores mercaturæ causa in locis peregrinis litigantes? & quid moribus?*

119. *An Ecclesia, nosocomia, orphanotrophia, aliaque pia loca? an & universitates?*

120. *An hæ miserabiles personæ possint, si velint, agere apud judicem ordinarium, & an etiam, cum conveniuntur, an tantum cum agunt, fori privilegio uti possint? & quid moribus?*

121. *Non interest, propriis, an hæreditariis agant actionibus. Quid juris, si agere velint contra aliam æque miserabilem personam?*

122. *Si lis miserabili personæ sit communis cum alia non privilegiata, an & non privilegiata fori privilegiati particeps reddatur?*

123. *An miserabiles personæ in contrahendo possint efficaciter suo fori privilegio renunciare? & an contra renunciationem expressam vel tacitam restitui possint?*

124. *Non gaudent hodie miserabiles personæ fori privilegio, nisi lis certam quantitatem, statutis varie definitam, excedat.*

125. *An fori privilegio uti possint miserabiles personæ, si actione cessa agere velint?*

126. *Carent hæ personæ fori privilegio, si de assecuratione* (assurantie) *lis sit, vel de missione in possessionem hæreditatis, vel de assignatione bonorum parentis defuncti per superstitem pupillis facienda, vel agatur universali judicio concursus inter creditores ad bona debitoris inidonei vel familiæ erciscundæ judicio inter cohæredes, vel agatur de causis, quæ certis tantum judicibus, cum exclusione aliorum, demandatæ sunt, & quales illæ sint? qui de hoc miserabilium privilegio scripserint?*

127. *Quibus specialiter competat jurisdictio de violatis saltibus publicis & peccatis contra leges venationis?*

128. *De quibus causis judicent assessores rei maritimæ* (collegien ter admiraliteyt) *enarratur: judicant inter alia de fraudatis vectigalibus, de prohibitis importari vel exportari, si contra factum sit, licet milites res deprehensas intra sua præsidia detulissent. Quid juris, si rei mercium ad hostes illicite exportatarum non in ipso flagitio deprehensi postea accusandi sint? Quid si de navibus, aut mercibus, ab hoste redemtis lis sit? Quid si delicta sint perpetrata in navi Indiam orientalem petente? & de judicio seu consilio navali.*

129. *Ubi agatur de delictis publicanorum, de impositionum fraudationibus, & aliis ad impositiones publicas spectantibus?*

130. *Quales lites pertineant ad præfectos cameræ pupillaris? judices esse nequeunt, si pupillis mortuis bona cœperint ad alios pertinere.*

131. *Quis in feudalibus jure feudali sit judex competens, si inter vassallos duos de feudo lis sit, vel inter dominum & vassallum, vel inter dominum, & extraneum, vel inter vassallum & extraneum?*

132. 133. *Quis secundum hodiernos Hollandiæ mores, & de amplitudine jurisdictionis Curiæ feudalis Hollandicæ? Quis competens, si lis de debitis, reditibus, servitutibus, partim feudali, partim allodiali prædio impositis, & quo modo novissime iterum Curia provincialis & suprema de feudis judicet? Quis competens in feudis Flandricis, quatenus subsunt Ordinibus generalibus? qui plura scripserint de hoc foro?*

134. *Ubi jure Romano & moribus de possessione vel quasi possessione rerum & jurium, feudorum; et beneficiorum? et an propter causam possessionis lis quoque de proprietate ad superius tribunal trahi possit in Hollandia & Ultrajecti?*

135. *Judicem de possessione competentem facit situs rei, non domicilium turbantis.*

136. *De quibus causis lis statim omisso inferiore apud supremam curiam in Hollandia moveri possit? de quibus apud provincialem Hollandiæ Curiam? De quibus apud Curiam Ultrajectinam?*

137. *Curiæ Hollandiæ provinciali & supremæ non licet cognoscere de causis politicis, nec de debitis quæstorum ærarii, quæ talibus; recte tamen de litibus inter civitates, vel inter Hollandiam, Zelamdiamque; uti & de eo, si quis non jure se dignitate motum queratur.*

138. *Quis competens, si societates Indicæ læsisse dicantur, aut ab aliis læsæ?*

139. *Ubi de in integrum restitutione, ubi ex l.* diffamari *agi debeat? Quo modo per arrestum fiat forum competens, et quando id non liceat? remissive.*

140. *Jure Romano, Canonico, et hodierno* evocatio litis *frequens, et facit forum competens; improbata tamen in Hollandia evocationes factæ a Principe, seu Comite, in quam rem varia privilegia. An expediat, litem singularem ab Ordinibus evocari?*

141. *Quid juris circa evocationes in Germania? remissive.*

142. *Cessat privilegium de non evocando, si quis mediante arresto vocetur extra territorium Hollandiæ, ut de re immobili illic sita, vel personali actione litiget; uti et, si duo judices Hollandi inferiores contrarias eadem in causa sententias tulerint.*

143. *De evocatione litis ad judicem superiorem ad petitionem partis ob moras in lite definienda factas; vel si contraria in eadem causa sint duorum judicum inferiorum sententia, vel quia duo diutius inter se litigant de criminali jurisdictione. Qui de evocatione ultra videndi sint?*

144. *Initium judicii incohoati est litis contestatio. Quo modo illa fiat, quæ minus plena, quæ plena contestatio sit?*

145. *De ficta litis contestatione, quæ est contumacia.*

146. *Rejicitur divisio litis contestationis in affirmativam, et negativam, simplicem, et conditionatam.*

147. *In omni judicio opus est litis contestatione, etiam in summario. Quid si reus respondens protestetur, se id non facere animo litis contestandæ?*

148. *Quæ post litem contestatam in judicio ulterius agenda? remissive.*

149. *Quinam sint effectus litis contestationis? ea actorem non solere deteriorem facere suam conditionem.*

1. NEmini regulariter sibi jus dicere permissum est: neque enim singulis concedendum fuit, quod per magistratum fieri publice potest, ne majoris inde tumultus oriatur occasio, *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris*, neque prætor pati debuit, ad rixas & arma procedere eos, quos sua potest jurisdictione componere, *l. si cujus* 13. §. *sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. Nos ideo* (inquit Quintilianus declam. 13.) *magistratus legesque a majoribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit; & assidue scelerum causa se refellant, si ultro crimen imitabitur. Damnum accepisti? erat lex, forum, judex; nisi vos jure vindicari pudet*; nec longe abludit Cassiodorus 4. variorum 10. *Hinc est*, ait, *quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu: quid enim a publica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur?* Idcirco sane judiciorum vigorem, jurisque publici tutelam in medio constitutam esse, ne quisquam sibi ipsi permittere ultionem, rescriptum est, *l. nullus* 34. *C. de Judæis*, ac melius visum, ab illis rem cognosci, quorum nihil interest, quam homines singulos, sæpe sui nimium amantes, de proprio negotio & jure injuriave propria judicare. Quamobrem etiam Caroli V. constitutione nominatim vetitum, ne nobiles, aut cives, aut civitates, aut collegia, via facti sibi jus dicant; sub aliquo privilegii sibi competentis colore, sed jure cum adversariis suis experiantur, *Placito* 1. *Aprilis anni* 1521. *vol.* 2. *Placit. Holland. pag.* 2055. *in fine*. Adde orationem meam *de docentium & discentium officiis*.

2. Data tamen fuit parentibus dominisque modica liberos ac servos coercendi potestas, §. *ult. Inst. de his, qui sui, vel alien. juris sunt tit. C. de emend. servorum tit. C. de emendat. propinquor.* creditori licet debitorem cum pecunia fugientem ex fuga reducere, *l. ait prætor* 10. §. *si debitorem* 16. *ff. quæ in fraud. credit.* patri concessum, reprehensam in adulterio filiamfam. una cum adultero neci dare; quod & marito permissum in adulterum vilem domi suæ deprehensum, *l.* 20. 21. *& seqq. ff. ad leg. Jul. de adult.* utrique insuper adulterum eum, quem vel noluit vel non potuit obtruncare, retinere totis continuis horis diurnis nocturnisque viginti, *l. capit.* 25. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Nocturnos insuper agrorum peculatores, aut itinera frequentata insidiis aggressionis infestantes repellere, cuique jus est, *l.* 1. 2. *C. quando liceat unicuique sine jud. se vindic.* &, ne singula enumerem, vim omnem injustam vi repellere, observato inculpatæ tutelæ moderamine, leges omnes, omniaque jura sinunt, *l. ut vim* 3. *ff. de justit. & jure, l.* 1. *C. unde vi, l. quod est* 5. §. *eum igitur* 9. *ff. de vi*

& vi armata. Quin & judex, uti allegata exceptione fori declinatoria, cognoscit de eo, an competens sit, nec ne, ut dictum *tit. de jurisdict.* ita quoque non iniquum est, eum mulcta imposita coercere tales, qui ei, qua judici, & munus implenti, aut ministris ejus injuriam dicto aut facto inferre haud verentur; si modo de vindicta publica imponenda, non pœna judici læso applicanda, quæstio sit, arg. *l. unic. ff. si qui jus dicen.i non obtemperav. cap. Salonitana* 24 *distinct.* 63. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 39. Berlichius *part.* 5. *conclus.* 66. *n.* 39. *& seqq.* Lambert. Goris *advers. tract.* 4. *ad l.* 19. *ff. de offic. præsidis*, ad verba, sed *contemni non patiatur*, *pag.* 406. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 16. *defin.* 33.

3. Judicium est legitima causæ cognitio, discussio, ac definitio inter actorem & reum coram judice facta. Cujus variæ divisiones sunt; aliud enim ordinarium est, aliud summarium, in quo, omissis longioribus litium ambagibus, omnia breviter expenduntur, quo casu judex *summatim cognoscere*, *summatim æstimare*, *& summatim res exponi* dicebatur, *l. in hac actione* 3. §. *sciendum* 6. *ff. ad exhibend. l. si quis libertatem* 7. §. 1. *ff. de petit. hered. l. a Divo Pio* 15. §. *si rerum* 4. *ff. de re judicata*, *l. Carbonianum* 3. §. *causæ cognitio* 4. *ff. de Carboniano edicto*, Zangerus *de exception. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 55. *& seqq.* Et quamvis illa, quæ *summatim cognoscebantur*, frequenter etiam *de plano cognosci*, & expediri dicerentur, dum judex non pro tribunali, sed cum jam inde in planum descenderat locum, officium suum impertiebatur (adde Sigonium *de judiciis lib.* 1. *cap.* 7. *in med.*), tamen non semper de *plano & summatim* cognoscere, idem fuit; in quantum plura, quæ summatim exponebantur non de plano, sed pro tribunali tantum potuerunt expediri; veluti datio possessionis bonorum ex Carboniano edicto, quæ summaria quidem causæ cognitione præmissa concedebatur, *l. Carbonianum* 3. §. *causa* 4. *ff. de Carbon. edicto l.* 1. §. *si ea* 14. *ff. de ventre in possess. mitt.* alibi tamen, quam pro tribunali, haud danda fuit, *l. bona* 3. §. *pen. ff. de bonor. possession. l. utile* 2. §. *dies* 1. *ff. quis ordo in bon. possess. servetur*, D. Noodt *tract. de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 10.

4. Locus autem est summariæ cognitioni in plerisque interdictis de possessione temporaria agentibus, ut latius dicendum in materia interdictorum; in actione ad exhibendum, bonorum possessione ex Carboniano edicto, aliisque secundum leges paulo ante allegatas; nec non in extraordinariis cognitionibus, & persecutionibus: cum nec hæ habeant ordinarii juris executionem, *l. pecuniæ verbum* 178. §. *actionis verbum* 2. *ff. de verb. signif. l. qui mutuam* 56. §. *pen. ff. mandati*, *tit. ff. de extraord. cognit.* plura vide enumerata apud Zangerum *de exception. part.* 1. *cap.* 1. *num.* 60. Mores quoque hodierni in multis ordinarii juris executione remissa, ac amputatis litium ambagibus, summarie causam agi induxerunt, veluti in negotiis matrimonialibus, *zyt. reglement van de Staten Generaal ann.* 1646. 18. *Martii artic.* 41. *provisioneel accord tusschen Holland en Zeeland* 7. *Martii* 1607. *artic.* 12. & *nader provisioneel accord* 11. *Junii* 1674. *art.* 29. Zangerus *d. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 60. *vers. tricesimo secundo*, Carpzov. *defin. forens. part.* 4. *constit.* 23. *defin.* 14. in rationum redditionibus, liquidationibus, custodia civili (*gyselinge*) & oppositionibus adversus executionem, aut decreti interpositionem faciendis. *Ampliatie van d' instructie van den Hove van Holland* 21. *Decemb.* 1579. *art.* 13. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de sentent. execut. art.* 7. *gloss.* 9. *num.* 14. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 34. in controversiis ad saltuum publicorum violationem ac trangressionem legum venatoriarum pertinentibus, *Plact. van Kaiser Carel vant't kort recht in stuk van Wildernissen van den lesten Julii* 1545. item *ordonn. op de rechedagen over de wildernissen van Holland &c.* 20. *Julii anno* 1622. in quæstionibus maritimis apud rei maritimæ præfectos ventilandis. *Instructie van de Staten Generaal voor de Kamer der Admiraliteyt anno* 1597. *art.* 14. 15. 30. in causis fraudati census & impositionum publicarum, *placito Ordini Holland.* 18. *Decemb.* 1677. in lite de alimentis non de præterito, sed de præsenti, vel futuro præstandis, Gratianus, *discept. forens. c.* 33. *n.* 22. *& seqq.* Pontanus *de alimentis cap.* 19.

5. Quod si lis principalis summatim agitanda sit, summarie quoque tractandæ erunt controversiæ in eam incidentes, & ejus occasione natæ; ne alioquin pereat privilegium litium adbreviandarum certis in causis datum. Et, si lis in primo judicio summatim ventilata sit, lege non repugnante, etiam per appellationem delata ad judicem superiorem, eodem modo summarie ad finem perducenda est; cum nec per appellationem qualitas causæ, seu natura ejus, ac privilegium mutari possit, Vincent. Carocius *decis.* 115. Zangerus *de exception. part.* 1. *cap.* 1. *n.* 60. *vers. vicesimo septimo.* Si tamen is, qui parata poterat executione, atque ita cognitione summaria consequi sibi debitum, ordinariam elegerit litigandi viam, renunciare liti cœptæ potest, adversario invito, & summario judicio, ac parata executione facere debiti persecutionem; nam & is, qui interdicto *unde vi* experiri poterat, aut interdicto *uti possidetis*, si prætermissis illis, cœperit rei vindicationem intentare, non prohibetur, petitorio pendente, ad interdicta illa, adeoque summaria judicia redire; cum non videatur possessioni renunciasse, dum cœpit vindicare, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi arm.* Cui accedit, quod liberum unicuique sit, mutato petitionis libello, non modo rem aliam petere, sed & aliam loco prioris perperam motæ intentare actionem, ut probatum *tit. de edendo*; & facit pro hac sententia *l. si se non* 4. §. *si ex conventione* 4. *ff. de re judicata.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ* 60. *num.* 4. 5. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de literar. obligat. art.* 6. *gloss.* 3. *n.* 7. Carocius *decis.* 57. dissent. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 80. *n.* 23. ibique DD. citati.

6. Insuper aliud judicium civile est, aliud criminale, in quo ad pœnam capitalem, corporalem, aut pecuniariam, fisco applicandam contenditur, *arg. l. ult. ff. de privatis delictis*, *l. ult. ff. de furtis*, *l. quod senatus consultum* 6. *l.* 7. §. 1. *l. ult. ff. de injuriis*, *l. ult. ff. ad leg. Jul. peculat.* §. 2. *& ult. Institut. de public. judiciis*, Julius Clarus *lib.* 5. *sentent.* §. *fin. quæst.* 1. *n.* 2. *& seqq.* Zangerus *de exceptionib. part.* 1. *c.* 1. *n.* 35. *& seqq.* Quamvis aliis placeat, etiam tunc civile judicium esse, cum sola pœna pecuniaria exigitur, licet fisco applicanda; veluti, cum actione populari quis pœnam petit, actori partim, partim fisco cessuram; *ut in lege Cornelia* 25. §. *ult. ff. de Sena-*

tust. Silan. Quo tamen casu latius judicii privati denominatio accipitur; cum alioquin popularia judicia a privatis distare in multis, ex *tit. de popularibus actionibus* manifestum sit. Eoque sensu latiore verum est, hodiernis quoque moribus civilia magis, quam criminalia judicia esse, in quibus ob delictum non nisi mulcta pecuniaria exigitur, accusatori, delatori, & fisco pro rata tribuenda; ea vero tantum esse criminalia, in quibus agitur de corporali coercitione, Carpzovius *defin. for. part. 4. const. 42. def. 2. & 3.* Nec levis in hujus controversiæ decisione etiam quantum ad hodiernam praxin utilitas est, quoties perpenditur, multifariam inter judicia civilia & criminalia interesse, ut dicetur *tit. de public. judiciis*; interim videri potest Clarus *d. §. fin. quæst. 1.*

7. Quod si eodem de facto & civile & criminale judicium principaliter moveri possit, veluti de falso, de homicidio, de vi, ac similibus, juxta *l. unic. C. quand. civil. actio criminali præjud. l. inde 23. §. si dolo 9. ff. ad leg. Aquil. §. liberum 11. Inst. eod. tit. l. de fide 16. C. ad l. Cornel. de falsis, l. 1. C. si quis aliquem testari probib.* videtur jure Romano fuisse in potestate læsi, utrum civile prius, an prius criminale voluerit judicium exercere, atque adeo vel persequi primo privatum damnum, vel publicam exposcere criminis ultionem, *l. unic. C. quand. civil actio criminali præjudicet, l. inde 23. §. si dolo 9. ff. ad leg. Aquil. l. interdum 4. ff. de publ. judiciis, l. prætor ait 2. §. hoc edicto 1. ff. de vi bonor. rapt.* Neque obstat, quod a D. Pio & rescriptum & decretum dicitur, *si de vi & possessione vel dominio quæratur, ante quærendum esse de vi, quam de jure proprietatis, vel possessionis, l. qui cœtu 5. §. 1. ad leg. jul. de vi publ. l. si de vi 37. ff. h. t.* Non enim alia legis utriusque sententia est, quam quod, si quis de proprietatis, aut possessionis jure contendere velit, & præterea conqueratur de vi, se scilicet vi de possessione rei controversæ dejectum esse, prius de vi quæstio, seu interdictum unde vi ad recuperandam naturalem rei litigiosæ possessionem, a judice terminari debeat; idque secundum Imperatorum aliorum constitutionem, verbis plenioribus legis utriusque superioris sensum explicantem: *Incerti juris non est*, inquiunt, *orta proprietatis, & possessionis lite, prius possessionis oportere decidi quæstionem competentibus actionibus; ut ex hoc, ordine facto, de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur, l. 3. C. de interdictis.* Adde *l. ordinarii 13. C. de rei vindic. l. si quis super 3. C. fin. regundor. §. 4. Inst. de interdictis.* Præterquam quod & ipsa ratio naturalis abunde dictat, inutilem prorsus futuram interdicti, adeoque præparatorii judicii ventilationem, postquam jam principalis de proprietate lis auctoritate rei judicatæ diremta est. Ne dicam, tantopere leges favisse restitutioni spoliatorum ante omnia faciendæ, ut licet quæstio momentaneæ possessionis, per interdictum agitanda, nihil cum judicio criminali commune habeat, nec ejus præparatoria sit; tamen in *l. 1. C. de Appellat.* rescriptum inveniatur, *prius de possessione pronunciare, & ita crimen violentiæ excutere præsidem provinciæ debuisse*; quod & confirmatum in *l. si quis ad se 7. C. ad legem Jul. de vi publ. vel privata.* Etsi enim concurrente civili & criminali judicio, utroque principali, ex eodem facto, relictum fuisse arbitrio læsi, quonîam prius experiri velit, jam dictum sit; tamen quia possessionis momentaneæ quæstio summatim tantum interdicto tractatur, nec longiorem inducit moram, consultius visum fuit, eam ante criminale de violentia judicium terminari potius, quam pendente criminali accusatione vim passum interim possessione rei, commodisque ejus fraudatum manere. Si vero non ex eodem facto de quo hactenus, sed diversis ex causis civile & criminale judicium moveatur, dum forte maritus uxorem adulterii accusat, uxor dotis petit restitutionem, regulariter prius criminale, tanquam majoris momenti, terminandum est, *l. adulteriis 33. C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. C. de ordine judicior*, arg. *l. per minorem 54. ff. h. t.* eoque facit quodammodo instructio Cur. Holland. *art. 49.* & edictum Philippi regis *de justitia criminali, anno 1570. 9. Julii art. 62.* Quin &, si negotii civilis disceptatio instituta sit, & in eam forte incidat criminalis quæstio; si quidem hæc præjudicialis sit, sic ut absque ejus definitione terminari nequeat causa civilis, jam cœpta moveri, etiam tunc prius de criminali quæstione judicium finiendum est, veluti si scripturæ, aut testibus, ex quorum fide stabit, cadetve tota causa, falsitatis, aut subornationis crimen objectum sit, cum universaliter verum sit, prius quæstiones præjudiciales terminandas esse, arg. *l. fundum 16. l. 17. 18. ff. de exception. præscript. & præj. leg. 1. §. 1. ff. famil. ercis.* Brunnemannus *ad l. 3. & 4. C. de ordine judiciorum.* Uti ex adverso, quia servis aliæ, aliæ liberis hominibus jure Romano pœnæ fuerunt propositæ, *l. 1. §. 1. 2. ff. de pœnis*, si quis criminis accusabatur, de cujus statu controversia suboriebatur, liberne, an servus esset, ante criminale judicium liberalis causa suo ordine peragenda fuit, quoniam necesse erat, ante sciri, si delictum probatum fuerit, utrum ut in liberum & ingenuum, an ut in servum oporteat judicium constitui, *l. si crimen 3. C. de ordine cognitionum*, cui non absimiles sunt factorum species occurrentes in *l. quoniam 25. C. ad leg. Jul. de adult. l. præses provinc. 8. C. ad leg. de plagiariis.* Si tamen appareat, morandæ tantum solutionis gratia falsi crimen a reo testibus objici, vel instrumentis, constitutum fuit nihilominus, salva in posterum executione criminis, debitorem ad solutionem compelli oportere, *l. satis 2. C. ad leg. Cornel. de falsis*, sic ut non tam criminaliter, quam potius civiliter disquisitio de fide instrumenti aut falsitate objecta apud Judices pedaneos, in lite pecuniaria datos, instituenda esset, *l. si lis pecuniaria 11. C. ad leg. Cornel. de falsis.* Quod & satis manifeste a Valeriano & Gallieno constitutum fuit; dum jusserunt, ut, *cum civili disceptationi principaliter motæ quæstio criminis incidit, vel crimini prius instituto civilis causa adjungitur, judex* non quidem præcise debeat, sed *possit eodem tempore utramque disceptationem sua sententia dirimere, l. pen. C. de ordine judic.* Et hoc ipsum esse puto, quod & Constantinus voluit in *l. 2. C. Theodosiani ad leg. Cornel. de falsis*, dum de illo litigante loquitur, *qui falsi strepitum intulit*, ac proinde non in universum præcepit, ut semper cœpta civilis disceptatio, non obstante falsi objectione, ad finem perduceretur; (qua enim, obsecro, ratione id poterat, cum judi-

ci justa adversus testes aut instrumenta hæreret suspicionis causa, impediens quam maxime, ne ei per tales probationes fiat veri fides; sine qua tamen dirimi litem non posse palam est) sed potius tunc demum, cum judici appareret, non nisi per calumniam litis protelandæ causa adduci falsi allegationem. Nec alio de casu intelligenda *l. pen. C. ad leg. Cornel. de falsis*, quippe, inquam, uti sententia, sic ipsa verba *d. l.* 2. *Cod. Theodosiani*, apparent ex parte translata. Vide paulo aliter sentientes Cujacium *lib.* 20. *observ.* 25. Perezium *ad tit. C. de ordine judiciorum*, Meyerum *collegio Argent. ad Pand. h. t. n.* 145. 146.

8. Ad hæc plures aliæ passim obviæ sunt species judiciorum, dum alia præparatoria sunt, alia principalia, alia publica, privata alia: quædam petitoria, quædam possessoria, ut tamen in concursu possessorium primo finiendum sit, ut paulo ante notatum; etiamsi, petitorio jam pendente, possessorium demum fuisset inchoatum, *l. cum fundum* 18. §. 1. *ff. de vi & vi armata*, *l. naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Præterea nonnulla universalia dicuntur, veluti hæreditatis petitio, familiæ erciscundæ actio; quædam generalia, ut tutelæ judicium; plurima singularia, ut rei vindicatio, commodati, depositi, & similes actiones. Itidem vel in rem sunt, vel in personam, vel bonæ fidei, vel stricti juris; & , ut generaliter dicam, tot fere judiciorum divisiones a DD. recensentur, quot sunt actionum. Ceterum de judiciis latæ fuerunt leges Juliæ, altera privatorum, altera publicorum judiciorum. Legis Juliæ privata judicia concernentis, vestigia quædam in Pandectis supersunt; etenim ea cautum legimus, ne judex arbitrium ejus rei, de qua judex est, recipiat, neve in se jubeat compromitti, *l. sed si in servum* 9. §. *si quis judex* 3. *ff. de receptis*, ne minor annis viginti judicare cogatur, *l. cum lege* 41. *ff. de receptis*, ac denique de prorogatione jurisdictionis *l. concensisse* 2. §. *convenire* 1. *ff. h. t.* 1. Brissonius *antiquit. lib.* 4. *cap.* 7.

9. Constituunt judicium personæ tres principales, actor, reus, & judex. Præter quos etiam personæ minus principales sunt, vel actori & reo inservientes, quales advocati, procuratores, defensores; vel judici, quales assessores, tabelliones, seu scribæ, apparitores & executores litium, aliique similes. Quin & hodie illis in locis, ubi prætores judiciis interesse moris est, ut nomine Principis telam judicii exordiantur & auctoritatem rei judicatæ præstent, non a tribus, sed potius a quatuor personis judicium constitui, videlicet prætore, judicibus, actore, & reo, observatum a Lamberto Goris *adversarior. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 14. Actor est, qui ad judicium provocat; reus, qui provocatur: adeo ut sola provocatio in judiciis duplicibus, in quibus uterque actoris, & rei partes simul obtinere dicitur, demonstret, quis actoris, quis rei munus teneatur obire; nisi simul provocatione per ambos facta, res sorte discernenda sit, *l. in tribus* 13. *l.* 14. *ff. h. t.*

10. In utroque necesse est, ut legitimam habeat personam standi in judicio; unde non servi tantum, qui jure civili, pro nullis habiti, sed & impuberes, furiosi, prodigi, aliique similes, a limine judicii repellendi sunt; *tit. C. qui legit. person. standi in judic.* uti & collegia illicita, etsi tolerata sint, qualia sectarum diversarum varia apud nos. Vide *tit. quod cujusque universitat. nomine*, in hostico quoque belli tempore commorantes, nisi speciatim ab Ordinibus generalibus, aut illius provinciæ, in qua lis movenda est, agendi licentiam obtinuerint; sic ut haud sufficeret, quod salvi conductus diplomate muniri præsentes essent, *decreto Ordin. General.* 2. *Octobr.* 1590. & *decreto Ordin. Holl.* 29. *Octobr.* 1590. *vol.* 2. *placitorum pag.* 2209. Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 13. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 289. Groenewegen *ad tit. C. qui legit. person. stand. in jud. hab.* aut aliis suas cessissent actiones, exceptis solis actionibus ex mercatura, cum hostibus haud interdicta, natis, *d. consil.* 289. Filiumfamilias quod attinet, jure quidem Romano obtinuit, quod personali semper potuerit actione conveniri, sive illa ex contractu, sive ex delicto nata esset, uti ex omni causa (excepto mutuo) potuit ut paterfamilias obligari, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de obligat. & action. l. licet* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. de peculio*, *l. tam ex contractibus* 57. *ff. h. t.* sed executio fieri haud potuit, nisi ille paterfamilias factus esset, quo sensu nomen filiifamilias morte patris dicebatur bonum fieri & Macedoniano Senatusconsulto, mutuum in filiisfamilias improbante, cautum fuit, *nullius posse filiifamilias nomen expectata morte patris bonum fieri*, *l.* 1. *ff. de Senatusc. Macedon.* aut nisi haberet castrense vel quasi castrense peculium, vel adventitium, quatenus illud ei erat ex lege acquisitum, vel denique profectitium, cujus intuitu pater conveniri poterat peculio tenus, *d. l.* 3. §. 11. *ff. de peculio*, §. *actiones* 10. *Instit. de action.* Quod si in rem actio esset, si quidem rei intuitu, quæ in profectitio computabatur peculio, solus pater conveniendus erat; sin in castrensi, vel quasi castrensi peculio, solus filiusfamilias, tanquam pro patrefamilias in hisce habitus. At si res adventitio pleno accensita fuisset, in filiumfamilias adhibito patris consensu; si minus pleno, in patrem accedente consensu filiifamilias actio danda fuit, *l. ult. in fine pr.* & §. 3. *C. de bonis, quæ liberis.* Agere vero potuit filiusfamilias libere de castrensi, vel quasi, ut paterfamilias; de profectitio pater; de adventitio non pleno pater concurrente filiif. voluntate, nisi is minor esset; de pleno filiusfamilias patre consentiente; qui & ad consensum interponendum a judice adigendus fuit, *d. l. ult. in fine pr.* & §. 3. *C. de bon. quæ liberis.* Si tamen abesset pater, ac periculum in mora videretur, nec esset, aut ageret procurator ejus; soli filiofamilias liberum fuit has exercere actiones, *l. si longius* 18. §. 1. *ff. h. t. l. filiusfamilias* 8. *ff. de procuratoribus*, sub qua limitatione, ex jure veteri, & mutatione ob mutata a recentioribus Imperatoribus peculiorum jura, intelligendum est, quod a Paulo traditum est in *l.* 9. *ff. de oblig. & action. filiusfamilias suo nomine nullam actionem habere, nisi injuriarum, & quod vi aut clam & depositi et commodati.* Scilicet nisi in aliis actionibus movendis pater absit, vel nisi talia sint peculia, de quibus filiofamilias experiri jure novo datum est, secundum leges ante adductas. Sed, cum nunc apud gentes plerasque, saltem viciniores, usu receptum sit, patriam potestatem majorennitate, nuptiis, ac similibus aliis modis evanescere, quibus & tutela extingui solet, ut dictum *tit.*

de adoption. consequens fuit, ut omissis istis peculiorum distinctionibus liberi, superstite patre; si quidem minorennes sint, minorennium, sin majorennes, majorennium utantur jure in quæstione, an legitimam habeant in judicio standi personam.

11. Minores ipsos quod attinet, uti jure Romano, ita & nunc eos curatoris auctoritate destitutos a limine judicii repelli, obtinuit; sic ut, licet de jure civili minoribus invitis curator dandus non fuerit, ad litem tamen fuerit iisdem præfiniendus, §. *item inviti*, 2. *Instit. de curator. l. in rebus* 1. *C. qui legit. person. standi in jud. habeant, vel non*. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 1. *cap.* 8. *num.* 6. *et seqq.* Et quamvis momentaneæ possessionis actionem a quacumque persona, adeoque & a minoribus exerceri posse, placuerit Imperatoribus, ad id, ut spoliatus ante omnia restituatur, vel adversarius in possessione turbare desinat, *l. ult. C. qui legit. person. stand. in jud.* junct. *l. unic. C. si per vim vel alio modo absentis possess. turbata sit*, *l. momentanea* 8. *C. unde vi*; nostris tamen moribus ne sic quidem minorem sine curatore in judiciis admittendum esse, testis est Groenewegen ad *d. l. ult.* Leeuwen *censur. forens. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 10. *num.* 8. An autem urgente necessitate minores, & qui juris interpretatione pro talibus habentur, debitores suos aut res eorum sistere (seu arrestare) possint, auctoritate curatoris destituti, si de rato caveant, dixit *tit. de in jus voc. n.* 34. Si tamen minor sive curator in judicio substiterit, errore forte pro majore habitus, atque adeo nulla in personam ejus exceptione opposita exclusus, sententia quidem adversus eum pronunciata nullius momenti est, *l. cum et minores* 4. *C. si advers. rem judicat.* sed pro eo lata effectum sortietur: minoribus enim ætas in damnis subvenire, non in rebus prospere gestis obesse consuevit, *l. non eo minus* 14. *C. de procurator.*

12. Ceterum non minus in causis criminalibus, curatore demum auctore, in judicio subsistere minoribus datum fuit, sive accusatores essent, sive accusati, *l. clarum* 4. *C. de auctorit. præstanda*; sed cum nostro jure privatus nullus criminaliter accuset, sed soli prætores, advocati fisci, aliique similes nomine publico; & exemplo filiorumfamilias etiam minores (si forte ad Præturam contingeret eos ante legitimam admoveri ætatem) in publicis causis pro majorennibus habendi sint, arg. *l. filiusfamilias* 9. *ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt*, nihil vetat, quo minus sine curatore solemnes & publicas inchoent ac absolvant accusationes. Quin & minorem accusatum sine curatore in judicio stare posse & debere sic ut supervacua eo casu habeatur curatoris auctoritas, e pragmaticis invenio traditum, ac statutis pariter, multorumque auctoritatibus firmatum a Groenewegio *ad l.* 4. *C. de auctorit. præstanda.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 12. Gothofredo *in not. ad d. l.* 4. Quod hactenus verum est, quatenus interrogati de crimine minores, ipsi de suis tenentur factis respondere, non curatoris sui, sed proprio ore; quo videtur per allusionem respexisse Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 4. *in pr.* alioquin enim, quin ad defensiones in lite criminali faciendas curatoris auctoritas adhiberi possit ac debeat, dubitare non sinit constitutio Philippi Hisp. Regis, *ordinnantie op de criminale justitie* 9. *Julii* 1750. *art.* 61. qua cautum, minori accusato curatorem assistere posse, ac defensiones pro eo proponere; usque adeo, ut, si curatore careat, judex ei debeat curatorem adjungere, qui pro ipso verba faciat ac intercedat; idque convenienter juris Romani dispositioni, secundum quam omnino pulsatis in criminali causa minoribus adesse jubentur curatores; cum cautius & melius sit, cum suasione perfectissima responsa facere minores, crimenque discutere; ne ex sua imperitia vel juvenili calore aliquid vel dicant vel taceant, quod si fuisset prolatum, vel non expressum, prodesse eis poterat, & a deteriore calculo eos eripere, *l. clarum* 4. *C. de auctor. præstanda.* Jure quoque Canonico inductum fuit, eum, qui annum implevit quartum & decimum, in matrimonialibus, & beneficialibus, ac aliis spiritualibus, nec non ab eisdem dependentibus causis, perinde ac si major viginti quinque annis existeret, ad agendum vel defendendum per se, vel procuratorem admittendum esse, *cap. si annum* 3. *de judiciis in* 6. *cap. ex parte* 14. *extra, de restitutione spoliator.* Gothofredus *in not. ad l.* 2. *C. qui legit. person. standi in judic.* Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 610. *et seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 4. *constit.* 23. *def.* 14. ut tamen tutius atque consultius nostri censeant pragmatici, ad causas hasce curatorem (si non sit) peti cujus auctoritate de negotiis hisce lis peragatur, quatenus judex arbitrari forte posset, eam debere intervenire.

13. Majoribus autem, legitimam personam standi in judicio habentibus, æquiparandi, qui aut veniam ætatis impetrarunt, aut per nuptias patria vel tutoria fuerunt liberati potestate; secundum ea, quæ latius *tit. de minoribus* fuere tractata, quæ adeo vera sunt, ut & de rebus immobilibus in judicio post impetratam ætatis veniam subsistere sine curatore queant; non modo, si plenissima eis venia cum alienandi potestate tributa sit; sed & si secundum Romani juris normam eis indulta, ut quantum ad immobilium alienationem a minoribus ceteris distincti non sint. Neque enim illa minorum omnium exæquatio circa immobilium alienationem, sive veniam impetraverint, sive non, in alio consistit, quam ut utrobique non sine decreto alienatio rata sit, *l. pen. C. de his, qui ven. ætatis*, nequaquam in eo, quod curatoris auctoritate vel ad alienandum, vel ad litigandum opus esset. Eoque facit, quod generaliter constitutum fuit adolescentem, cujus curator a sententia contra minorem lata appellaverat, suo posse nomine appellationem exercere, si interim veniam ætatis impetraverit, aut ad legitimam perveneri ætatem, *l. si actor* 10. *de appellat.* Sande *decis. Fris. lib.* 1. *tit. defin.* 12. Groenewegen *ad l. ult. C qui legit. person. stand. in judic.*

14. Ex adverso minoribus assimilatæ nostris ac aliarum plurimarum gentium moribus mulieres majorennes maritis junctæ, ac maritali subjectæ potestati, de quibus itidem *tit. de minoribus.* Quamvis ergo jure civili uxor æque sine marito, ac maritus sine uxore potuerit in judicio subsistere in causis propriis, *arg. l.* 1. *§. de postulando*, sic ut & marito uxor proponatur mandasse litem suam in judicio peragendam, *l. non eo minus* 14. *C. de procurator.* nec uxor pro marito, vel maritus pro uxore potuerit conveniri, *tit. C. ne uxor pro marito;*

hodie tamen uxores pro se in judicio stare non posse, sed pro his maritos, a quibus eas defendi æquum Justiniano visum, praxis quotidiana abunde dictat, sive actio intentanda, sive per alios mota, uxorio nomine excipienda sit, sive agendi jus stante demum matrimonio competere cœperit, sive nuptiis vetustius a muliere, aut in mulierem etiamnum innuptam potuerit exerceri, Christinæus ad *leg. Mechliniens. tit.* 9. *tit.* 1. Lambert. Goris *adversar. tract.* 1. *cap.* 4. *num.* 5. 6. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 6. (vide tamen de jure Saxonico Carpzovium *def. for. part.* 1. *const.* 1. *def.* 31. 32.) adeo ut sententia adversus mulierem sine marito, perpetuo tutore suo, litigantem lata, nullius plane momenti futura sit, perinde ac si adversus minorem indefensum lata esset, arg. *l. cum et minores* 4. *C. si advers. rem judicat.* Christinæus *vol.* 2. *dec.* 153. *num.* 4. Groenewegen *ad rubric. Cod. qui legit. person. stand. in judic.* Rodenburch *de jure conjug. tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 1. nec executioni dari possit, non tantum, matrimonio durante, sed nec soluto eo, in mulierem, aut bona ejus; si modo illis in locis mulier cum viro domicilium foveat ac litigaverit, in quibus nec ex contractu sine viri auctoritate celebrato posset, matrimonio soluto, inquietari, veluti in Hollandia. Nam si illo in loco degerent conjuges, litemque clam viro uxor sustinuisset, ubi ex contractu sine viri auctoritate celebrato viduas, aut hæredes earum soluto matrimonio conveniri posse, lex municipalis indulsit; ut puta, Ultrajecti; rationem non video, cur non etiam ex causa judicati ipsa vel hæredes ejus, nuptiis diremtis, executionem deberet subire: etenim in judiciis quoque quasi contrahi, lite contestata, & sententia subsecuta, sicut stipulatione contrahitur, tralatitium est ex *l. licet* 3. *§. idem scribit* 11. *ff. de peculio*, ac manifestum insuper, hac ratione non magis ex judicato, quam ex contractu lædi maritum, executione demum facta ex quo desiit maritus esse. Nec me movent, quæ a Rodenburgio dissentiente in medium adducta, *tract. de jure conjug. tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 1. a contractu enim proprie dicto ad judicia firmam argumentationem in omnibus non esse, uti libens concedo, quoties evidens apparet diversitatis ratio; ita, cum nulla suppeditetur talis quantum ad quæstionem præsentem, sed ex dictis eadem utroque in casu militet, non est, cur a contractibus hac in parte descendens ex judicato obligatio separaretur, maxime si consideres, futurum alioquin absurdum illud, quod major privatæ mulierum conventioni tribueretur vis, quam publicæ rerum judicatarum auctoritati; etsi longe magis ab actibus judicialibus, quam extrajudicialibus abesse circumscriptionem, adeoque minus in judicio, quam extra illud, mulieres ex sexus sui fragilitate periclitari, in aperto sit. Frivolum vero est, quod de majore a rerum domesticarum curis avocamento in uxore litigante quam contrahente, adeoque majore præjudicio maritis per judicia, quam per conventiones inferendo, ibidem est traditum: postquam obtinuit litigantium præsentia in judiciis haud opus esse, sed & absentes & præsentes relinquere procuratoribus suis causarumque patronis litium suarum discussionem. De cetero in Hollandia ac Ultrajecti tam ampla mariti potestas est, ut & invita uxore litem pro ea, ac nomine ejus instituere possit, aut excipere: ratumque futurum sit, ac non modo profuturum, si victor evaserit, sed & nociturum uxori reluctanti, si calculum deteriorem a marito litigante reportari contingat, nec iterato post solutum matrimonium eadem de vidua, hæredesve ejus possint litigatum ire, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 21. Quod & alibi receptum esse testatur Chassanæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. §. 5. *in pr. num.* 36. *vel* 37. & ad verba, *in juribus possess. num.* 37. Tyraquellus *de retract. gentilit.* §. 10. *gross. unic. num.* 11. nec a Romani juris ratione alienum est; quo, cum nuspiam minori tributa inveniatur facultas obloquendi suo curatori, litem curatorio nomine movere desideranti, etiam nunc potestas ea mulieri, in minorum ordinem per nuptias redactæ, & marito velut tutori suo obnoxiæ, asserenda non videtur. Ne dicam, sic viam apertam fore, qua læsionem haud levem sæpe subiret uxoria res; dum blanditiis, precibus, & lacrymis veris fictisve exoratus in misericordiam, etiam intempestivam, pronior muliebris animus, intercederet, ne prudens, ac invigilans commodis uxoriis maritus, lites, non sine dispendio differendas, moveret. Et licet Ultrajecti immobilia uxoris bona sine consensu ejus alienare nequeat maritus, pro communi necdum beatus, nulla tamen inde legitima sequela deduxeris, eum ergo non nisi ex mulieris voluntate de iisdem posse litigare; cum utique manifestum sit, conservandæ potius & retinendæ rei causa, quam alienandi mente, ad judicem iri. Nec est, quod quis hic a marito contra prohibitionem uxoris in lite subsistente collusionem prævaricationemque jure timeri, atque ita rerum uxoriarum dissipationem dolosam imminere præsumat: cum non modo bonus quisque in dubio credendus sit, donec contrarium probetur; sed & ipsa mulier, si indemnitatem quacunque ratione propter ista nequeat a marito exigere, sibi ipsi imputare debeat, quod sponte sese suaque viri talis tutelæ submisit. Dissentit Charondas *sur la coustume de Paris artic.* 233. Usque adeo autem hæc de uxore ad litem non admittenda, deque marito velut tutore pro ea litigante, vera sunt, ut neque cessio bonorum a marito facta ullam hac in parte mutationem efficiat; cum maritus cedendo bonis, maritalem tamen non cesserit potestatem, & jus tutelæ in uxorem ac bona ejus, Rodenburch *de jure conjug. d. tit.* 1. *num.* 13. neque bonorum inter conjuges separatio, quæ non a magistratu, præmissa causæ cognitione, privata tantum conventione contigit, jus hoc agendi marito tollat, Rodenburch *d. tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 14. Neostadius *de pactis antenupt. observat.* 8. *in notis*, neque pacto dotali sive publico sive privato id agi cum effectu possit, ne maritus pro uxore in judicio subsistat, sed ipsa sine viro, suo nomine suoque litiget arbitratu. Est enim jus illud publicum, nuptiis mulierem mariti potestati ac tutelæ subdi, adeoque tanquam minorennem non habere legitimam personam standi in judicio pro se; cui juri publico privatorum pactis derogari, leges non patiuntur, cum generaliter constitutum sit, servari non oportere pacta quæcunque fuerint a jure communi remota, *l. juris gentium* 7. *§. et generaliter* 16. *ff. de pactis*, atque insuper ad id, ut jure communi minorennis habeatur pro majorenne, re-

scripto principali opus sit, argumento eorum, quæ de venia ætatis, non nisi per Principem indulgenda, alibi dicta sunt; pro majorenne autem haberi mulier viro juncta, ut videri possit habere legitimam personam in judicio pro se ipsa standi, Charondas *sur la coustume de Paris artic.* 233. Abr. a Wessel *de connub. bonor. societat. tract.* 2. *cap.* 1. *num.* 111.

15. Sed nec uxorem ad litigandum sine viro idoneam reddet, quod ipsa forte, propter nuptias secundas a liberorum prioris matrimonii tutela administranda non depulsa, atque adeo in administratione quoquo modo perseverans, tutorio nomine experiri velit; aut tanquam executrix alienæ voluntatis supremæ testamento constituta; quodve ei, ut mercatrici publicæ, de rebus ad ipsam mercaturam pertinentibus controversia sit: sed potius in his omnibus virum ipsum oportebit in judicio consistere, & uxoris quocunque titulo munitæ partes causamque tueri. Quamvis enim in his omnibus mulierem non inutiliter administrare atque contrahere fatendum sit, ab administratione tamen & contrahendi licentia potestatem ad judicialia certamina subeunda non recte deduci, vel inde manifestum est, quod & de rebus œconomicis recte sine viri consensu uxor contrahit; nec tamen litibus ea occasione natis ipsa, sed maritus agit ac convenitur: quodque minoribus curatore carentibus de jure Romano contrahere permissum fuit, non item litigare, sic ut et invitis curator ad litem fuerit obtrudendus, §. *item inviti* 2. *Instit. de curator.* junct. *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restitut. minor.* ac denique filiisfamilias non raro libera peculii administratio indulta proponitur; cum tamen non ipsis nisi in subsidium, absente patre, sed ipsi potius patri de controversiis ad rem spectantibus peculiarem, jure experiundi facultas esset, arg. *l. servus* 20. 21. 22. *ff. de jurejurando*, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 4. *et num.* 18. *pag.* dissent. Peckius *de jure sistendi cap.* 5. *num.* 14. Bessianus *ad consuet. Alverniæ cap.* 1. *art.* 9. Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. §. 1. ad verba, *nisi sit mercatrix*, *num.* 9.

16. Mandante tamen, vel sciente & consentiente marito, uxorem in judicio subsistere posse, dubium non est, sive de suis proprie, sive de mariti sui rebus jure experiatur. Sed & si ab initio consensus defuerit, subsecutam mariti ratihabitionem firma reddituram ea, quæ a muliere in judicio gesta sunt, ex vulgata ratihabitionis natura descendit, arg. *l.* 1. §. *si ratum* 6. *ff. quod jussu*, *l. ult. C. ad Senatusc. Macedon.* Christinæus *vol.* 2. *decis.* 133. *n.* 4. Grotius *manuduct. ad Iurisprud. Holland. libr.* 1. *cap.* 5. *n.* 35. 36. Rodenburg *de jure conjugum d. tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 6. 7. 8. 9. 10. Absente quoque marito, sive ex causa relegationis, sive voluntaria peregrinatione, audienda uxor est, si vel in sua, vel in mariti sui causa litem movere velit, cum appareat in mora periculum, nec tuta satis esset dilatio tanta, ut absentis mariti mandatum posset desiderari: sic ut eo casu implorata per mulierem judicialis auctoritas suppletura sit deficientem mariti absentis consensum. Eoque facit, quod & filiofamilias ob patris absentiam, & constitutum in mora periculum, experiri, ac in judicio stare jus nostrum concessit, ne alioquin impune fraudem patiatur filius, aut pater, dum patris expectatur adventus, *l. si longius* §. 18. 1. *ff. h. t.* Adde *Costuym. van Antwerpen tit.* 41. *art.* 13. Sed si nullum ex modici temporis intervallo detrimentum immineat, necesse fuerit, ut absentis aut relegati mariti auctoritate expectata, lis ordinario jure moveatur, ac nomine mariti ipsius intentata decurrat. Neque hic distinguendum, utrum agere ipsa cupiat, an pro marito absente vocato intervenire, ejusque suscipere defensionem; licet jus Romanum non nisi pro solis parentibus mulierem in judicio intervenire permiserit, *l. fœminas* 41. *ff. de procurator.* ac æquum censuerit, uxores quidem a viris, non viros ab uxoribus suis defendi, §. *patitur* 2. *Instit. de injuriis*, Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 5. *def.* 1. & *lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 4. Groenewegen *ad tit. Cod. ne uxor pro marito num.* 6. Rodenburg. *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 15. 16. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 2. *Instit. de patria potestate num.* 7. *in med.* Quid juris sit in quæstione, an uxor absente viro debitorem sistere ac detinere, ut &, an ipsa sisti ac detineri arresto (ut loquuntur) possit, traditum *tit. de in jus vocando num.* 34. 36.

17. In criminalibus quoque uxorem ipsam criminis accusatam stare oportere in judicio obtinuit; cum in delictis maritalis æque, ac tutoria ac curatoria, conticescat potestas: etiamsi vero haud interdictum sit, uxori accusatæ ita assistere, ut minori criminis insimulato adesse curatorem jura Romana ac hodierna sinunt, prout ante dictum, Joh. Papon. *libr.* 7. *tit.* 1. *arrest.* 10. & 20. Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 9. *num.* 6. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 426. *gloss.* 1. Rodenburg. *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 2. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 1. *defin.* 33. Leeuwen *censur. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap* 10. *n.* 12. Et quamvis ex contractu uxoris sine viri auctoritate celebrato neque obligetur maritus, neque stante matrimonio ullam patiatur executionem, sive in suo, sive in proprio uxoris contrahentis patrimonio; tamen, si in pœnam pecuniariam ex suo delicto damnata sit, rectius sentire videntur, qui statuunt, executioni protinus dari posse sententiam in bonis dotalibus aliisve a marito ad onera matrimonii sustinenda possessis, saltem usque ad concurrentem rei uxoriæ quantitatem; atque adeo contrahendo quidem mariti conditionem ab uxore non posse reddi deteriorem, sed delinquendo omnino, hactenus, ut matrimonio durante compellatur carere pecuniæ pœnæ nomine exsolvendæ utilitate. Nam & in servis id ipsum receptum fuit, ut contrahendo dominum obligatum non redderent, nisi haberent quid in peculio; delinquendo tamen eundem obstrinxerint ad damnum reparandum, aut noxæ deditionem, ac, in quantum illa noxæ deditio in damno reputanda erat, in tantum potuerint dominorum conditionem reddere deteriorem, *l.* 1. §. *quod igitur* 15. *in fine*, *ff. de vi & vi armata*, junct. *l. melior* 133. *ff. de reg. juris*. Cui accedit, quod utilitas publica non patitur, delicta manere impunita, aut pœnas differri in tempus tam longum, ut, obliterata sæpe per oblivionem memoria criminis, effectum demum essent sortituræ. Et uti corporalia supplicia cum infamia propter delictum irroganda non differri mariti aut matrimonii intuitu, quotidianum est, etsi magno maritus redemptam optaret uxoris infamiam, ad suum quoque contemtum, & ignominiam

haud leviter spectantem; ita iniquum videri non potest, si maritus uxorio nomine continuo subeat impositæ mulctæ executionem, atque ita a se, suaque, avertat pœnæ corporalis dedecus, cui uxor, mulcta non soluta, reddi posset obnoxia; in pelle quippe, si in ære non habeat, vel ex ære ejus non pendatur, luitura. Lenior sane viris honestis est & æquiore animo ferenda qualisqualis pecuniæ, quam existimationis jactura, Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. *med.* Imbertus *enchiridio juris Galliæ*, verbo *vir & uxor &c.* Rodenburg *de jure conjugum tit.* 2. *parte altera num.* 3. 5. 6. 7. *pag.* 308. *& seqq.* Wesel *de connubiali bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 65. 66. 67. *& seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 19. Neque in contrarium facit, quod peculiari Senatusconsulto opus fuit, ut maritus proconsul cum uxore proficiscens ex delicto uxoris conveniri posset, *l. observare* 4. §. *proficisci* 2. *ff. de offic. procons. & legati*, cui consequens videbatur, extra casum illum regulariter maritum non teneri ex uxoris delicto. Est namque d. legis 4. sententia, maritum de suo teneri pœnam præstare; quod non ita vulgo obtineat, arg. *l.* 2. *C. ne uxor pro marito*, at nostra definitio est maritum usque ad concurrentem rei uxoriæ quantitatem ex uxorio delicto ad pœnam obstringi. Non etiam adversatur *l. si maritus minus* 36. *ff. soluto matrimon.* cum non aliud velit, quam maritum soluto matrimonio æque gavisurum competent.æ beneficio, si fiscus publicatam ex delicto uxoris dotem reposcat, quam si ipsa uxor eam repeteret; ne in perniciem mariti uxor punita videatur, dum ille plenariam ad peram & saccum usque pateretur executionem; qualis pernicies metuenda non est, si dotem solam ex delicto solvere cogatur, quemadmodum etiam in *d. l.* 36. ob delictum publicata proponitur.

18. Quod si maritus in civilibus auctoritatem uxori accommodare, aut pro ea litem movere, de rebus uxoris malitiose detrectet, cum evidens appareret in lite movenda utilitas, grave contra ex neglecta actione immineret detrimentum; cogi quidem ipse nequit, ut invitus auctoritatem accommodet, aut pro muliere litigatum eat, arg. *l. si tutor* 17. *ff. de auctorit. tutor.* sed id non impediet, quo minus judex, cujus est malitiis haud indulgere, causa cognita, partes interponat, ac mulieri permittat experiri in suam utilitatem, sed & simul suo proprio, non mariti reluctantis periculo: adeo ut, tristiore calculo præter exspectationem per uxorem ita litigantem relato, ipsaque tanquam litigatrice temeraria in expensas damnata, nihil eo nomine debeat marito decedere; verum executio potius in bona uxoris dirigenda sit, reservata marito fructuum inde percipiendorum facultate, salvisque juribus reliquis jure maritalis potestatis marito quæsitis, Joh. Papon *libr.* 7. *tit.* 1. *arrest.* 13. *& ibi in notis*, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 424. *gloss.* 1. *num.* 3. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 4. *num.* 25. Choppinus *ad leg. Parisiens. libr.* 2. *tit.* 1. *num.* 15. Guerin *ad Parisiens. art.* 233. verb. *& possessoires*, Rondebruge *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *n.* 11. 12. Plane, si maritus uxoris nomine in jus vocatus cedendum duxerit, uxor vero contradicendum credens a judice impetraverit causa cognita (& amplitudine maritalis potestatis ex lege loci non impediente) licentiam rei suæ sine viro in judicio defendendæ, dum forte maritus levior videbatur prævaricando velle causam adversario donare, tandemque ipsa succubuerit; non dubium, quin simpliciter in virum sententia, quatenus rei petitæ solutionem aut restitutionem imponit, executioni danda sit; eo quod non ad aliud eo casu maritus obstringitur, quam quod jam ante paratus fuerat, necdum ulla pressus judiciali auctoritate præstare. Præcipue vero in injuria, si quam uxor perpessa fuerit, nec ad animum voluerit revocare aut vindicare maritus, a judiciali auctoritate suppleri defectum maritalis auctoritatis æquum est, adeoque permittendum mulieri injuriarum suo nomine experiri, ne, dum maritus forte vilis & abjectus, famæque prodigus, contumeliam uxori honestæ illatam, ad suam metitur vilitatem, ad eamque connivet, probris quorumvis atque injuriis uxor impunitatis fiducia reddatur obnoxia, arg. *l. sed si unius* 17. §. *interdum* 13. *&* 14. *ff. de injuriis*, Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 9. *art.* 9. *num.* 8. Papon *lib.* 7. *tit.* 1. *arrest.* 10. *in notis*, Rodenbur. *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 2. *circa fin.*

19 Quibus autem in casibus mulierem sine mariti auctoritate in judicio stare nefas est, in iis tamen si steterit contra juris prohibitionem, & victrix evaserit, rata erit sententia in ejus utilitatem pronunciata, idque tum exemplo sententiæ pro minore, curatore destituto, latæ, arg. *l. non eo minus* 14. *C. de procurator.* tum vi ratihabitionis, quam maritus omni tempore potest interponere, arg. *l. ult. C. ad Senatuscons. Maced.* Tyraquellus *ad leg. connub.* verb. *de son mary, gloss.* 8. *n.* 75. Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 4. §. 1. ad verba, *contractus inter vivos n.* 25. *& seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 1. *tit.* 7. *n.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3.

20. Est autem in libero actoris cujusvis arbitrio, an, & quo tempore, actionem intentare velit: dummodo caveat, ne elabi patiatur tempora ad agendum a jure præfinita, *l. pure mihi* 5. §. *ult. ff. de doli mali & met. except. tit. C. ut nemo invitus agere vel accus. teneatur*, cœptum tamen judicium prosequi tenetur; ne alioquin, si cessaverit ante conclusionem in causa, instantia litis declaretur peremta; quod nostro jure hodierno fit, si anno integro a novissimis actis conquieverit actor. Post conclusionem in causa, cum non ultra per moram actoris, sed judicem stare videatur, quo minus lis finem accipiat, non potest instantia in pœnam actoris declarari peremta, sed potius eo casu ad litigantium petitionem, & iteratam judicis superioris admonitionem, lis tota evocationis jure ad tribunal superius transfertur terminandæ, convenienter juri Romano *in novell.* 17. *cap. si tibi quoque* 3. de qua evocatione in sequentibus de foro competente latius. Vide Groenewegen *ad l.* 13. §. 1. *C. h. t. ibique DD.* & *ad novell.* 85. Wassenaar *pract. jud. cap.* 3. *num.* 24. *et seqq.* Appendicem *decision. post responsa JCtor. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 13. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 30. *num. ult.* van Alphens *Papegaey part.* 1. *cap.* 12. *et* 13. Ut tamen adversus peremtam litis instantiam facilis sit impetratio in integrum restitutionis, usque adeo, ut ne memoriam quidem denegatæ hac in parte restitutionis extare testetur Neostadius *Curiæ supr. decis.* 92.

21. Cum autem in *l. diffamari* 5. *C. de ingenuis manumis.* rescriptum esset; *diffamari statum inge-*

suorum, seu errore, seu malignitate quorundam, periniquum est: præsertim, cum affirmes, diu præsidem unum atque alterum, interpellatum a te, vocitasse diversam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis consideret. Unde constat, merito rectorem provinciæ commotum allegationibus tuis, sententiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres; dedit illud occasionem Jurisconsultis extendendi d. legis quintæ dispositionem per interpretationem ad omnes illos, qui iniquis sermonum jactationibus existimationem alterius minutum aut elevatum eunt, quasi is aut crimen perpetrasset, aut debitor esset iniquusque rei alienæ possessor: tali enim diffamatione posita, diffamato eandem probanti accommodari solet actio ex *d. l. diffamari*, adversus diffamatorem, ut actionem, aut accusationem, si quam habere se putet, intra certum tempus instituat; aut alioquin ei perpetuum imponatur silentium. Cujus actionis usum ac praxin in civilibus vide apud Mynsingerum *cent.* 3. *observ.* 78. Andr. Gayl *libr.* 1. *observat.* 9. 10. 11. 12. Merulam *prax. civil. libr.* 4. *tit.* 2. *cap.* 22. Wassenaar *pract. judic. cap.* 3. *num.* 5. 6. 7. *et seqq.* van Alphens *Papegaey part.* 1. *cap.* 5. *pag. mihi* 83. *et seqq.* in criminalibus, Instruct. Curiæ Holland. *art.* 225. Ultrajectinæ *tit. pen. art.* 24. *et seqq.* Brabant. *art.* 618. Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *num.* 34. *et seqq. et tot. cap.* 28. van Alphens *Papegaey part.* 1. *cap.* 34. *pag. mihi* 514. *et seqq.* & novissime Petrum Bort *van criminele saken tit.* 3. Neque sufficientes video rationes, cur a communi interpretum opinione cum Francisco Sarmiento *selectar. interpretat. libr.* 1. *cap.* 2. recedendum foret; quasi iniquum esset, in omnibus promiscue causis diffamatores ad agendum compelli; & ad summum ad quæstiones de jure servitutum diffamatio sufficeret, ideoque in iis negatoria actio prodita esset, etiam ei, qui possidet, accommodanda. Sane enim, si ut ille ait, servitutum intuitu jactantia sparsique rumores sufficiant, causam non animadverto, cur non longe magis pro asserenda proprietate rei, vel libertate ab obligatione ex contractu vel delicto per rumores sinistros in dubium vocata, invigilaretur, cum utique, quo magis, & quo majori de re, unusquisque periclitaretur, eo quoque magis ei defensiones concedendæ sint; præsertim, cum considerandum sit, actorem ex *lege diffamari* experiuntem, non intendere, nullum adversario jus competere (quod in rei vindicatione non habet locum nec prodesse potest, ut *libr.* 7. *tit.* 6. dicetur), sed id unum desiderare, ut adversarius diffamator actionem intra brevius temporis spatium moveat, si quam sibi competere putet; aut alias veluti in injuriam per jactantiam allatam pœnam perpetuo sileat; quod non repugnat naturæ actionum in rem, multoque minus iis, quæ in personam sunt. Nec leve haberi debet, si quis aut delicti auctor particepsve esse spargatur, aut debitor dicatur alterius, vel iniquus alienarum rerum possessor; præcipue inter mercatores, quorum ex fide, quam apud alios inveniunt, felicitas magna ex parte pendet; quæ fides quantopere decrescere soleat ex hujusmodi jactationibus non discussis, experientia testis est. Utique injuriarum teneri eum, qui vel non debitorem, ut debitorem appellaverit; vel pignus proscripserit venditurus, tanquam a me acceperit, cum ab alio accepisset, Servius & Ulpianus auctores sunt, *l. item apud Labeonem* 15. *§. item si quis* 32. *et* 33. *ff. de injuriis*, & fidejussorem idoneum a reo oblatum, si acceptus non fuerit, tanquam de injuria sibi facta queri posse, Gajus refert *l. si vero* 5. *§.* 1. *ff. qui satisd. cog.* Quibus consequens est, ut nec iniquum aut injustum censeri possit, si per legitimam extensionem *d. legis diffamari* remedium detur, per quod hujusmodi calumniantium ac diffamantium malitiis occurratur mature, atque ita sugillata ac labefactata per jactantiam existimatio fidesque confirmetur.

22. Quod si diffamationem a se factam neget hac vocatus actione, ac in probatione deficiat, qui se diffamatum conquerebatur, vocato neque necessitas intra certum tempus agendi imponenda est, neque post temporis istius lapsum silentium invito injungendum: ne alioquin in debitorum quorumvis potestate sit, inutile actori reddere indultum a jure liberum agendi arbitrium; neve silentii pœna imponatur ei, qui nulla peccavit linguæ jactantia ac temeritate, Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 10. *num.* 7. *et observ.* 11. *num.* 2. Volenti vocato ac consentienti quin silentium recte imponatur, dum sese nullam habere actionem palam profitetur, dubium non est, Wassenaar *practic. jud. cap.* 3. *num.* 8. Et hæc ita, si in certam personam actio hæc movenda sit: sed jactantiæ probatio necessaria non est, si quis nulla certarum personarum facta designatione edicto vocari faciat omnes illos, qui actionem aliquam aut jus sibi competere arbitrantur, uti id hodie fieri adsolet in decreti interpositionibus, quibus rerum venditarum traditionem firmari consuetudo fert; uti & in iis, qui delicti alicujus insimulati rumore aut fama publica, purgare sese, & innocentiam adversus omnes tueri velle profitentur; quive jure suo novum opus facere desiderantes, metuunt, ne quis vicinorum aut operis novi interponat nunciationem, aut novum opus perfectum, ut non jure factum, interdicto quod vi aut clam, aliove simili juris remedio, subverti petat *Verscheyde resolutien en decisien van den Hogen en Provincian Rade*, *post responsa Jurisc. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 12. *post. med.*

23. Intentanda hæc actio, ex *l. diffamari* in eo loco, in quo diffamans ex jure communi forum competens sortitur: quamvis enim nonnullis visum fuerit, diffamante a diffamato ad proprium diffamati ipsius forum vocari posse, Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 90. Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 9. *num.* 3. verior tamen est sententia contraria; cum utique actor rei forum sequi teneatur, in hac autem actione diffamatus, tanquam provocans, actor sit, diffamans vero, ut hoc provocatus judicio, reus, frustraque allegetur, diffamantem ex ipsa rei natura actorem esse, quippe quæ assertio erroneo hoc fundamento subnixa est, quasi unicum tantum diffamationis judicium esset; cum ex adverso separata duo judicia, actiones distinctæ sint, & altera quidem nihil aliud postuletur, quam ut adversarius experiatur, si quam sibi actionem quæsitam arbitretur; altera vero de principali debito disceptatio fiat. Unde & diversos apud judices utrumque hoc judicium, velut omnino distinctum, agitari nihil vetat, neque mota actio ex l. diffamari litis pendentiam inducit quantum ad controversiam principalem, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 18. *vers. verum Senatus.* Diffamans scilicet in suo conventus foro, probata diffamatione

condemnandus est ad id, ut actionem instituat, non eodem in judicio, sed tali in loco, in quo diffamator principali in causa conveniendus fuisset, etiamsi nulla verborum jactantia intercessisset. Sic fit, ut prima in lite diffamatus actor rei diffamantis sequatur forem, in lite altera diffamans tanquam actor apud competentem diffamati, tanquam rei, judicem experiatur, quod & fatetur dissentiens Gayllus *libr.* 1. *observ.* 11. *num.* 2. 4. 5. 6. diserte cautum Instruct. Curiæ Braban. *artic.* 619. *provisioneel accord tusschen Holl. en Zeland.* 11. *Junii* 1674. *artic.* 16. Neostadius *Curia supr. decis.* 18. vers. *verum senatus*, *et decis.* 101. Matthæus de Afflictis *decis. Neapol.* 268 Zangerus *de exceptionib. part.* 2. *cap.* 13. *num.* 14. *et seqq.*

24. Quia vero primum judicium ex *l. diffamari* ad perpetuum tendit silentium, & juris, si quod quæsitum esset, ademtionem, neque temere eo deveniendum est, hic unum citationem diffamatoris non sufficere vulgo traditum. Duas ad minimum desiderat Andr. Gayl. antequam se non sistenti silentium, velut contumaci, queat imponi, *d. l.* 1. *observ.* 12. *num.* 4. *et seqq.* tres requirere videtur Neostadius, & quartam ex abundanti, non ad id, ut ad exemplum aliarum actionum actor libellum petitionis probationibus munitum judici exhibeat, sed ut quartum citatus excipiat sententiam, silentii perpetui praeceptum continentem, *Curia Holland. decis.* 44. Imposito per judicem silentio perpetuo, an adversus decretum tale restitutio in integrum causa cognita impetrari possit, tractatum *tit. ex quib. caus. majores n.* 9.

25. Porro actori, actionem in judicium deducere volenti, cavendum summopere fuit de jure Romano, ne plus peteret, sive re, sive loco, sive causa, sive tempore. Etenim minus quidem petendo actorem nihil periclitari placuit, sed reliquum vel in eodem judicio, mutato libello, vel priore finito per novam litem, persequi posse, §. *si minus* 34. *Inst. de act.* neque enim uspiam prohibetur actor debitum per partes petere: quo tamen casu reus conventus jure desiderare potest, ut uno judicio de toto disceptetur debito controverso, ne dividatur causæ continentia, & pluribus reus judiciis distringatur, Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 5. *in med.* Christinæus *vol.* 2. *decis.* 157. *num. ult.* At si plus petitum fuisset, olim causa cadebat actor, non ipso jure, sed magis ope exceptionis, ut vult Rævardus, *libr.* 3. *varior. cap.* 14. Sane, cum actor non probasset, adeoque non appareret, reum vocatum debere id, quod in petitionem deductum erat, non alia quam absolutoria sententia ferri poterat: cujus vi reus perpetuam nactus rei judicatæ exceptionem repellere potuit actorem iterato eadem de re litigantem, §. *temporales* 10. *Inst. de exception.* §. *si quis agens* 33. *Instit. de action.* nisi actori justissima de causa restitutio daretur, *d.* §. *si quis agens* 33. *Inst. de action.* Suetonius *in vita Claudii Cæs. cap.* 14. *in fine.* Jure novo in triplum damni dati actio comparata fuit adversus actorem, re, loco, vel causa, plus petentem; sin tempore plus petitum esset, obtinuit, ut & inducias, quas ipse actor sponte indulserat, vel natura actionis continebat, ab actore contemptas, in duplum haberent ii, qui talem injuriam passi erant; & post eas finitas non aliter lites suscipiant, nisi omnes receperint litis prioris, præmature, adeoque temere motæ, impensas, *d.* §. 10. *Inst. de excep.* §. *tripli* 24. §. *si quis agens.* 33. *in fine Inst. de action.* Adde DD. *tit. Cod. de plus petitionibus.* Quod & jure canonico evidenter constitutum in iis, qui, cum non ex certo die, sed sub conditione creditores essent, ante conditionis eventum judicio experti sunt, *cap. unic. in fine extra, de plus petition.* Quanquam ne has quidem plus petitionis pœnas amplius in foro vigere, verius est; dum reus ante tempus conventus simpliciter a judicii observatione liberatur, actore quidem in expensas litis damnato, sed salva ei licentia rei iterum conveniendi, quam primum diem obligationis venisse constat. In ceteris plus petitionibus reo liberum est offerre plus petenti, quod se debere censet; quo non acceptato, si judex non ultra oblata condemnet, in expensas actorem ut temere litigantem damnare potest, Christinæus *vol.* 2. *decis.* 157. *ad tit. de plus petition. n.* 10. Groenewegen *ad d. tit. C. de plus petition.* Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 26. *n.* 7. Vinnius & parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 33. *Instit. de action. ibique plures allegati.*

26. Quod si pendente debiti conditione debitum in judicio cœptum sit peti, ac lite pendente existat conditio, ne tum quidem reum condemnandum esse, sed magis a judicii observatione dimittendum, prima fronte suadere videtur juris regula, secundum quam non potest videri in judicium deductum id, quod demum post litem contestatam accidit; ut proinde alia interpellatione opus sit, *l. non potest* 23. *ff. h. t.* Sed contrarium magis jure civili probatum esse, ex eo apparet, quod Ulpianus scripsit debitorem conditionale pendente conditione conventum actione ex stipulatu, vel petitione hæreditatis tanquam juris possessorem condemnari debere si modo rei judicandæ tempore conditio extiterit, atque ita venerit dies obligationis, *l. quod si in diem* 16. *pr. ff. de petit. hæredit.* Nec minus hanc confirmat sententiam, quod ab eodem Ulpiano traditum est, eum, qui ante solutionem egit pignoratitia, licet non recte egerit, tamen si offerat in judicio pecuniam, atque ita ei lite pendente nascatur agendi jus, debere rem pignoratam, & quod sua interest, consequi, *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act.* nec refragatur *d. l.* 23. *ff. h. t.* quippe quam recte de illis casibus intellexeris, quibus ipsa agendi causa lite demum pendente nata est, secundum ea, quæ occurrunt in *l. Antæus* 14. §. *ult. ff. de aqu. pluv. arcend.* cum ex adverso in nostra quæstione jus agendi post litem quidem contestatam competere cœperit, sed causa agendi antiquior fuerit, ac ante ipsum extiterit exordium litis, Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 11. *numer.* 25.

27. Licet autem plerumque id obtineat, ut judicium in pendenti esse non possit, vel de his rebus, quæ postea in obligationem adventuræ sunt; nec lis esse, priusquam aliquid debeatur *l. non quemadmodum* 35. *ff. h. t.* casus tamen sunt, quibus & id, quod nondum est debitum, in judicium recte deducitur; puta, si futurum debitum connexionem habeat cum eo, quod jam vere debitum est. Qua ratione recte actor petierit, reum non in præsentes tantum, sed & futuri temporis usuras damnari, donec condemnationi ad sortis restitutionem satisfactum fuerit, arg. *l.* 1.

C. *de sentent. quæ sine certa quant. profertur.* Idemque in fructibus ac ceteris rerum principalium accessionibus statuendum est, arg. *l. utique* 16. *l. fructus* 33. *l. pen. ff. de rei vindicat.* uti & in annuis reditibus, arg. *l.* 1. *C. de fideicommissis*, *l. libertis* 18. §. *manumissis* 1. *ff. de aliment. & cibar. legat.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 74. Costalius *ad d. l.* 35. *ff. h. t.* Similiter, si quis certam quantitatem debeat non simul & semel, sed annua, bima, trima die solvendam, ac in primæ pensionis solutione moram faciat, jure creditor actione contendit, ut non ad primæ tantum (in qua mora facta est) sed & ad secundæ tertiæque pensionis exsolutionem condemnatio fiat, illis temporibus executionem habitura, quibus venerit pensionis cujusque debitæ dies, Costalius ad *d. l.* 35. *ff. h. t.* Barbosa *ad l. non potest* 23. *ff. h. t. de judiciis num.* 107. *et seqq.* Sande *dec. Frisic. lib.* 1. *tit.* 4. *defin.* 3. Alimentorum quoque annuorum aut menstruorum ex testamento vel contractu præstandorum intuitu efficaciter ad id agitur, ut condemnetur eorum debitor ad præterita in continenti, & futura suis quæque temporibus solvenda. Sic fiet hisce in casibus, ut non teneatur creditor annis singulis litigare, aut de suo docere jure, sed sententia stato quoque tempore executioni mandanda sit sine nova pleniore causæ cognitione, *l.* 1. *C. de fideicomm. l. libertis, quos* 18. §. *manumissis* 1. *ff. de aliment. et cibar. legatis*, Costalius *ad d. l.* 35. *ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 11. *num.* 47. Surdus *dec.* 120. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *obs.* 74. Non etiam absurdum fuerit, ob præsentem adversarii jactantiam de jure sibi post tempus aut conditionis existentiam competituro, eundem actione ex *l. diffamari* ad id obstringi, ut de præsenti doceat de jure illo, quod sibi aliquando competiturum disseminavit, aut alioquin in perpetuum, etiam lapso die vel conditione, silentium ei imponatur; cum non minor ex futuri, quam præsentis debiti jurisve jactantia diffamatio inferatur, Sande *dec. Frisic. lib.* 1. *tit.* 4. *defin.* 3. *in fine.*

28. Denique, si debitoris obærati bona, curatore dato, auctione publica intervenientibus hastæ solemnibus distracta fuerint, etiam creditori in diem vel sub conditione liberum est suum debitum profiteri, & de protopraxia cum ceteris ejusdem debitoris creditoribus disputare, ut, si debitum in diem certum sit, illud ipse suo ordine recipiat, deducto inde repræsentationis seu præsentis solutionis emolumento, in quantum juxta jura vulgata plus accipit qui statim, quam qui post tempus accipit: sin conditionale sit, ei suum jus prælationis aut concursus cum ceteris creditoribus assignetur, executionem habiturum, cum conditio debiti extiterit, adversus eos, qui ex puro debito, sed debiliori jure munito, suum receperunt sub cautione de reddendo, si qui emerserint potiora jura habentes, arg. *l. procuratoris* 5. §. *ult. ff. de tributor. actione*, junct. *l. grege* 13. §. *si sub conditione* 5. *l. quæsitum* 14. *ff. de pignor. et hypoth. l. quod si in diem* 16. *ff. de petit. hæred.* Eoque facit, quod, ubi bona defuncti creditoribus ejus sufficiunt, quæ mixta bonis hæredis non essent creditoribus defuncti pariter & hæredis obærati suffectura, liberum creditoribus defuncti sit separationem impetrare, non illis tantum, quibus pure, sed & quibus in diem debitum, aut sub conditione, *l. creditoribus* 4. *ff. de separation.* vide *Rota Genua dec.* 107. Alioquin bonis debitoris necdum occupatis, creditores, quibus in diem vel sub conditione debetur, non nisi cautionem de debito suo tempore solvendo exigere possunt ac judicio persequi, cum debitor, qui contractus tempore idoneus erat, deinceps quocunque modo incipit suspectus esse: idque de jure Romano in solis bonæ fidei judiciis obtinuit, non item in iis, quæ stricti juris sunt, arg. *l. in omnibus* 41. *ff. h. t.* excepta causa legatorum in diem vel sub conditione relictorum, *tit. ff. ut legat. seu fideic. serv. causa caveatur*. Sed quia communiter usus magna ex parte sustulit, quas jus civile constituerat, differentias inter bonæ fidei strictique juris actiones, ut notat Groenewegen *ad* §. 28. *Instit. de action.* Vinnius *ad d.* §. 28. *n.* 4. *in fine*, Paulus Voet *ad* §. 30. *Instit. eod. tit.* atque adeo etiam in stricti juris judiciis plenum judicantis arbitrium admittitur: verius est, hodie etiam in his posse per judicem, causa cognita, cavendi necessitatem debitori, in diem aut sub conditione debenti imponi. Confer Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 11. *num. ult.*, & quæ dixi *tit. de in jus voc. num.* 30. *de arrestis rei servandæ causa faciendis.*

29. Illud circa reos in judiciis observandum est, unumquemque de suo debito, sive ex contractu, sive ex delicto, conveniendum esse, neminem pro alio, adeoque nec uxorem pro debitis mariti, nec maritum pro debitis uxoris, *tit. C. ne uxor pro marito*, nec filium pro patre, *tit. C. ne filius pro patre*, pœnis adversus eos constitutis, qui debitorum filios aut jure pignoris retinere, aut operas eorum elocare, aut aliter libertati eorum obesse sub paterni debiti obtentu ausi sunt, *nov.* 131. *cap. quia vero et* 7. *l. ult. ff. quæ res pign. dari*, nisi pater fisci debitor fuerit ex causa primipilari seu annonaria: de eo enim debito filium, licet patri hæres non extiterit, conveniri a fisco posse, utilitatis publicæ intuitu jure singulari Romanis placuit, *l. ult. C. de primipilo.* Quo usque vero ex jure hodierno maritus pro debitis uxoris, uxor pro debitis mariti, vel stante matrimonio contractis, vel ipso conjugio antiquioribus teneatur, ac propriis in bonis patiatur executionem, dicendum erit in materia nuptiarum ac pactorum dotalium. Quo usque pater vel dominus ex contractu aut delicto filii, vel servi, vel famuli ministrantis conveniri queat, exponetur *tit. de noxalib. action. et tit. de peculio.* Longe minus extraneus pro extranei alterius debito inquietandus, detinendus, aut judicio pulsandus est, licet ejusdem esset municipii civis cum debitore: qualis agendi modus, pignorationis vocabulo designatus, quam a Justitia plerumque alienus sit, ex Justiniani verbis, quæ adscribere libet, manifestum est? *Sancimus*, (inquit, *novell.* 52. *cap.* 1.) *nullam omnino pignorationem in nostra republica prævalere, neque in mercatis (hoc quod maxime ibi præsumptum invenimus) neque in civitatibus, neque in vicis, neque in civibus, neque in vicaneis, neque in agricolis, neque alio omnino quocumque modo vel tempore: sed præsumentem alium pro alio secundum pignorationis formam aurum aut aliquid aliud exigere, hoc reddere in quadruplum violentiam passo: & cadere etiam ab actione, quam habuit adversus eum, pro quo exactionem fecit. Non enim habet rationem, alium quidem esse debitorem, alium vero exigi: sed nec, alteri mo-*

lestum esse pro altero tanquam invasionem aut injuriam committentem: & alium quasi vicaneum existentem cadi, aut injuriam sustinere & pati aliquid, quod omnino non competit, pro alio: & absque legitima occasione quamlibet perferre calumniam: imo, *grave est, secundum Zenonem in l. unic. C. ut nullus ex vican. pro alien. vican. debit. teneat. non solum legibus, verum etiam naturali aequitati contrarium, pro alienis debitis alios molestari.* Adde *l. nullam* 4. *C. de executor. & exactor.*

30. Et hæc quidem verissima, si & debitor & creditor uni supremo subsint magistratui; sic ut creditor auctoritate judiciali implorata debitorem possit ad solutionem adigere. At si diversis sub Principibus debitorem & creditorem morari contingat, ac creditori, in rei foro jure experienti, denegetur justitiæ administratio, jure gentium invaluit, capi & detineri subjectos ejus, qui jus dicere recusavit, ut & bona eorum; idque auctoritate magistratus illius, cui subest is, qui ex denegata jurisdictione læsus est. Qualis apprehensio, si hominum esset, ἀνδροληψία ex Atheniensium instituto appellata, sin rerum ἐνεχυρασμὸς dicta fuit, barbaro vocabulo nunc *repressaliorum* veniens denominatione, impetrata ad id a Principe licentia ac *literis marcæ* ut vocant, ita dictis, quod repressalia potissimum in regni aut reipublicæ finibus exerceri solent, quos limites *marcas* dici a Germanico *mark* jam dudum a feudorum interpretibus observatum est. De hoc repressaliorum jure consulendi præcipue Grotius *de jure belli & pac. lib.* 3. *cap.* 2. Damhouderus *praxi criminali cap.* 100. Joh. Jac. a Canibus *tract. de repressal.* Andr. Gayl. *tract. de pignorationib. cap.* 1. 2. Christinæus *vol.* 5. *dec.* 183. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 3. *cap.* 1. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 13. *& seqq.*

31. Illud haud prætereundum, judices ordinarios non posse cuiquam petenti indulgere hoc repressaliorum jus, sed solum illum, qui majestate præditus est, & belli pacisque jure gaudet, cum ad modum belli justi hoc jus concedatur, & speciem belli præseferat, aut præludium certe belli imminentis sit. Insuper non peregrinis hominibus, sed solis subjectis hoc oportere concedi; cum Principis quidem intersit, nullam cives suos injuriam a peregrinis, ac læsionem pati; nequaquam vero ad eum pertineat, si alieno in territorio peregrinis jus non reddatur: in quam sententiam judicatum extat apud Neostadium *Curiæ supr. dec.* 11.

32. Quod si actor aut reus legitimam secundum jam tradita habens personam standi in judicio, ac in lite subsistens, eadem pendente, in fata concedat, jure quidem Romano lis eodem, quo cœpta erat, tramite adversus defuncti hæredem occurrebat; ac, si procurator a defuncto constitutus fuisset, in eum tamen post mortem mandantis, tanquam dominum litis sententia dabatur, arg. *l. si defunctus* 15. *l. post litem* 17. §. 1. *ff. de procurat. l. nulla dubitatio* 23. *C. eod. tit.* at nostro jure hæredes ejus ab adversario citandi sunt, ut cœptam cum defuncto litem continuent, eumque in finem renovent mandatum procuratori datum, quod mandantis morte extinctum fuit, cum procuratores hodierni non litis domini, sed tantum ministri; vulgo *tot berneminge van arrementen van den processe*; de cujus praxi vide sis, *instruct. Curiæ supr. artic.* 245. 246. 247. 248. 249. Hollandiæ *artic.* 114. Flandriæ *art.* 525. Zypæum *notit. juris Belgici lib.* 1. *tit. de procuratoribus in fin.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 109. *num.* 5. 6. 7. Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 83. *cap.* 4. 5. 5. Brunnemannum *ad l.* 15. *ff de procurat.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *c.* 11. *num.* 89. Berlichium *part.* 1. *conclus. pract.* 27. Groenewegen *ad l.* 23. *C. de procurator.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *num.* 25. *& seqq.* Nec refert, utrum hæredes simpliciter hæreditatem adiverint, an adhibito inventarii beneficio; cum effectus ejus, ne hæres confectione durante inquietetur, ad novas tantum lites pertineat; at nullam iis moram injiciat, quæ jam contra defunctum fuerant inchoatæ: quippe in quibus non tam suo jure aut suo beneficio, quam potius eodem jure, quo defunctus utebatur, in judicio defendi debet, arg. *l. si is, qui Romæ* 34. *ff. de judiciis*, Anton. Faber *C. lib.* 6. *tit.* 11. *defin.* 38. Joh. Papon *lib.* 21. *tit.* 10. *arrest.* 8. modicum interim temporis spatium hæredi tribuendum esse, ut deliberet, num litem defuncti nomine continuare cupiat, ratio jubet; quod in Gallia mense circumscriptum esse testatur Papon *d. loco*, alioquin judicis arbitrio definiendum: denegatam saltem fuisse petitionem ejus, qui ipso die mortis mandatum ad resumenda litis arma a defuncti vidua postulaverat; apparet ex collectis utriusque Curiæ Hollandicæ sententiis, *sententien van den Hog. en Provinc. Radedec.* 43.

33. Non tamen in finem superiorem citandi sunt defuncti actoris reive hæredes, quoties ante mortem jam conclusa fuit causa sic ut solum supersit officium judicis, sententiæ pronunciatione interponendum; quæ licet jure Romano in mortuum ferri non debuerit, *l.* 2. *ff. quæ sentent. sine appell. rescind.* sed magis in procuratorem ut litis dominum, secundum ante dicta: tamen hoc casu in ipsum, post conclusionem in causa demum fato functum, eandem dici, usus observat, hærede ad sententiam audiendam citato, Gayl *d. observ.* 109. *num.* 3. 4. Matthæus, Groenewegen, Wassenaar & reliqui allegati *dd. ll.* Longeque minus superiora observari necesse est, si post sententiam dictam mors demum litiganti proponatur supervenisse; eo namque casu magis est, ut hæres citetur eo fine, ut videat novas adversus se literas executionis decerni; vulgo *omme nieuwe letteren van executie te sien decerneren; of de sententie te sien verklaren executabel*, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 7. Sed & apud nos superiorum observatio remissa est, si post resumpta per hæredes propter litigantis obitum arma litis, unus ex cohæredibus rebus humanis eximatur; tunc enim absque ulteriore citatione hæredum hæredis litem cum ceteris hæredibus superstitibus ac litis ejusdem consortibus ita ad finem perduci, ut ipsi quoque cohæredi defuncto vincant in judicio illo, aut vincantur, diserte cautum fuit, *instruct. Curiæ supr. art.* 149. Denique nec interveniens pendente lite mors tutoris, qui pupilli nomine in judicio steterat, efficiet, ut aut vidua ejus aut hæredes vocentur, litis per defunctum inchoatæ continuandæ causa; eo quod morte tutoris extincta tutela, nec ad hæredes ejus viduamve transmittenda, sed alio in defuncti locum surrogato, litemque tutorio nomine curaturo ne volentes quidem tales pro pupillo audiendi essent, Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 27. *n.* 26. 27. Amplissimus D. Someren Curiæ Ultrajectinæ Præses di-

gnissimus *de jure novercarum cap.* 6. *sect.* 1. *num.* *ak.*

34. Præter actorem reumque, judicio contendentes, quandoque fit, ut & tertius eadem in lite interveniat; seu, mota per alios lite, sese pro suo jure interponat. Intervenire autem quis potest vel ad id ut alterum experientem excludat, ac litem in se transferat, vel ut alterum juvet eique assistat in lite mota. Ut litem in se transferat, intervenit, quoties non ejus, qui judicio cœpit experiri, sed sua principaliter interesse, contendit. Qua ratione, si pater, diremto filiæ matrimonio, dotem a marito ejus repetere vellet, liberum filiæ fuit intercedere, ne patri, sed sibi, tanquam patria potestate liberatæ, & suæ potestatis factæ, dos reddatur *l. Titia divortium* 34. *ff. soluto matrimon.* Et generaliter illis in casibus, quibus ea de re, cujus actio vel defensio primum alteri competit, alius tanquam actor aut reus litem sustinere vult, & sententia adversus ipsum lata, ei est obfutura: qui dum sibi actio aut defensio primo loco competebat, sequentem judicio contendere passus est; veluti, si creditor debitorem experiri patiatur de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptæ, aut emtor ac possessor rei venditæ venditorem de rei emtæ proprietate, aut si quis alius de jure, quod ex capite alterius habet, illum ipsum, a quo id habet, litigare sinat, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicat.* arg. *l. principaliter* 19. *Cod. de liberali causa*, *cap. veniens* 38. *extra de testibus.* Quibus autem in casibus ita intervenit, ut litem adversus alium motam, in se velut principalem transferri desideret, etiam jure ad suum judicium remitti postulat, declinato foro ejus, qui prius conventus erat, ut sibi intervenienti haud competente; veluti quando, conductore convento de rei proprietate, locator ut dominus intervenit, de proprietate cum actore disceptaturus, Mynsingerus *cent.* 5. *observ.* 14. *in fine.* Quisquis vero hoc modo intervenire vult, ut alterutrum litigantium a lite depellat, protinus ex quo cognovit, ea de re alium in judicio stare, intercedere debet, ac impedire, ne partes ad ulteriora tendant: nam si sciens passus sit, per alium fieri litis contestationem, invitum deinceps depellere nequit, sed inter eosdem, inter quos eo patiente ac sciente cœpta fuit, ad finem suo tramite lis discursura est, ac sententia tertio sciente nocitura, arg. *l.* 63. vers. *scientibus ff. de re judic.* And. Gayl. *lib.* 1. *obs.* 70. *n.* 25. *& seqq.*

35. Contra, ut alterum juvet, eique assistat, intervenire quis potest duplici modo, puta, vel consentiente aut desiderante alterutro, litigantium, vel utroque invito & reluctante. Desiderante alterutro intervenit auctor evictionis tentatæ, ac emtori imminentis, intuitu vocatus ab emtore, ut liti assistat, ac rei venditæ aliave simili ex causa translatæ defensionem paret, qua de re latius *tit. de eviction.* Debitor quoque principalis, a suo vocatus fidejussore; ut fidejussoris tertius sui conventi suscipiat tuitionem, cum ipse personali exceptione, quæ a fidejussore convento opponi non poterat, tutus esset, *l. idemque* 10. *§. pen. ff. mandati.* Adde *Instruct. Curiæ supremæ art.* 255. Magistratus jurisdictionis suæ tuendæ gratia, quoties ipsis subjectus alibi contra privilegia & jura jubetur litigare, & declinatoriam opponit fori exceptionem, Mævius *de arrestis cap.* 19. *num.* 5. 6. Invito litigantium utroque intervenit, qui cum ejus quoque verteretur in ea lite dispendium, dum res inter istos duos contendentes judicata ipsi quoque tertio nocitura erat, collusionis impediendæ causa sese litigantium alterutri socium addit, Mævius *d. cap.* 19. *num.* 2. 3. Quo fundamento olim legatario consultum fuit sese hæredi qu relam inofficiosi patienti jungere, ad testamenti tuitionem, ne eodem, per querelam subverso, ipse quoque caderet legati spe; in quantum jure veteri non sola institutio, sed & legata omniaque reliqua ejus testamenti capita in irritum deducebantur, testamento inofficioso pronunciato; (licet id jure novo mutatum sit, ut *tit. seq.* dicetur) *l. si suspecta* 29. *ff. de inoff. testament.* arg. *l. a sententia* 5. *§. si hæres* 1. *l. si perlusorio* 14. *ff. de appellation.* Jure quoque novo, si res litigiosa legata sit, legatario facultas data, quod possit hæredi de ea re litiganti adesse, ne colludatur; dum solus ei legato tali relictus videtur eventus litis, remque percepturus est, hærede vincente; eodem superato, nihil habiturus, *auth. nunc. si C. de litigiosis*, *novell.* 112. *cap.* 1. Ad hæc fideju sores pro eo, pro quo intercesserunt; si debitor minus idoneus sit, & prævaricationis in perniciem fidejussoris suspectus; præcipue fidejussor, qui pro evictione cavit, si emtori lis mota sit de re vendita, ac venditorem emtoremque non boni viri arbitratu rem defensuros credat, arg. *l. a sententia* 5. *pr. ff. de appellat.*

36. Nihil autem refert, qualis sit judex, apud quem tertius pro suo jure intervenire vult: sive enim ordinarius sive delegatus sive privilegiatus sit, æquum non est, continentiam causæ dividi, & diversos apud judices ventilari, quæ inter se connexa per unum eundemque commodius terminari queunt, arg. *tit. ff. de quibus rebus ad eund. judicem eatur*, *l. nulli* 10. *Cod. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 70. *num.* 2. 3. Neostadius *curiæ supr. dec.* 18. vers. *utroque*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *cons.* 147. *in fine.* Non etiam interest, quo loco jam lis sit, cui quis sese adjungere desiderat; nam ante & post litem contestatam, imo & post conclusionem in causa, tertium sese liti alienæ pro jure suo immiscere nihil vetat, aut etiam post appellationem ab alterutro litigantium interpositam; apud judicem superiorem, arg. *dict. l.* 3. *§.* 1. *& l.* 14. *ff. de appellat.* cum utique, appellatione interposita, sic causa consideretur, quasi sententia necdum lata esset, & provocationis remedio extinguatur condemnationis pronunciatio; *l.* 1. *§. ult. ff. ad Senatusc. Turpillian.* *l. furti* 6. *§. sed si* 1. *ff. de his, qui not infam.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 70. *num.* 4. 5. Berlichius *part.* 1, *concl. pract.* 25. *n.* 36. *& seqq.* Carpzovius *def. forens. part.* 1. *const.* 3. *defin.* 3. *defin.* 30. *n.* 5. *& seqq.*

37. Non aliter tamen intervenire volens ac liti se jungere, audiendus est, quam si probabiliter sua interesse doceat, summaria saltem interposita causæ cognitione, condemnandus in expensas, damna & id, quod interest, si ex eventu litis appareat, jungentis nihil interfuisse, Gayl. *lib.* 1. *observ.* 69. *num.* 3. *& seqq. & obser.* 70. *n.* 23. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 3. *tract. de adjunctionibus art.* 2. *gloss. un. num.* 1. 2. *& seqq.* Carpzovius *d. defin.* 30. *num.* 9.

Berlichius *d. part.* 1. *conclus.* 25. *num.* 48. atque insuper eandem cum eo, cui se jungit, habeat litigandi causam media eadem: nam si jus ejus separatum esset a jure actoris reive, cui se sociare in lite cupit, non permittendum ei foret, ut liti assistat, sed nova lite opus esset, ut ita unusquisque de jure suo separatim contendat; fieri posset, ut is, qui se jungere liti cupiebat, nunc seorsim experiundo, victoriam obtenturus sit, succumbente eo, cui se desideraverat adjunctum; at vice versa succumbiturus, vincente eo, cujus liti assistere tentaverat; dum alia atque alia sunt singulorum causæ merita, Neostadius *Curiæ supr. dec.* 18. Andr. Gayl. *d. lib.* 1. *observ.* 69. *n.* 2. & *observ.* 70. *n.* 24. Hinc, si duo rei proprietate contendant, tertius se dominum asserens frustra sese liti adjungi postulat; cum utique alia ex causa sibi dominium arroget, ac inepte se sociari illis cupiat, quibus vere adversarius est, ac jus proprietatis competere negat, arrogato sibi dominii jure: sed vel pendente lite priore, ipse adversus eundem possessorem rei vindicatione experiri debebit, vel ea finita adversus victorem de proprietate litigare, arg. *l. is, a quo fundus* 57. *l.* 58. *ff. de rei vindicatione l. penult. ff. de petit. hæredit.* Fachineus *lib.* 1. *controv. cap.* 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 1. *def.* 7.

53. Impetrata vero a judice hac interveniendi licentia necesse est, ut sese jungens causam suscipiat, litemque ingrediatur eo in statu, in quo illam invenit tunc, cum ad judicium accedit; quod jure canonico evidenter cautum, *cap. ult. in fine, ut lite pendente nihil novi fiat, in* 6. Gayl *libr.* 1. *observ.* 71. *num.* 1. Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 1. *defin.* 7. & 37. Cui consequens est, ut declinatoriam fori exceptionem opponere nequeat: nec litem ab eo judice, apud quem res inter actorem reumque jam cœpta est, ad suum forum proprium revocare, *l. venditor* 49. *ff. h. t.* Mynsingerus *centur.* 5. *observ.* 14. & *cent.* 6. *observ.* 33. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 71. *num.* 2. & *seqq.* quamvis ei haud videatur deneganda licentia redarguendi judicem ut suspectum, si quis justas allegare valeat suspicionis causas: etenim, si judex actori reoque nec gratia nec beneficio nec odio notus, ei tamen, qui se alterutri litigantium adjungit, infestus ac inimicus sit, quis non durum arbitretur, huic necessitatem imponi, ut vel a juris sui, in ea lite versantis, prosecutione abstineat, vel inimici arbitrio permittat causæ suæ decisionem, *l. si pariter* 9. *ff. de liberali causa*, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 37. *in fine*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 71. *num.* 6. & 8. De cetero adjunctum nec ex suo capite nova facta posse allegare, nec post conclusionem in causa testes novos producere aut instrumenta, nisi restitutionem impetrasset, quia nec principalis id potest, tanquam in praxi communiter receptum, tradit Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 3. *tract. de adjunction. art.* 2. *gloss. unic. num.* 12. Gayl *libr.* 1. *observ.* 71. *num.* 12. & *seqq.* & *num.* 17. Plura qui de interventione desiderat, videat *DD. ad l.* 63. *ff. de re judicata*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 69. 70. 71. 72. Merulam *praxi civil. lib.* 4. *tit.* 47. *cap.* 1. Rebuffum *ad constit. regias tom.* 3. *tract. de adjunctionibus*, Damhouderum *praxi civili cap.* 98. Berlichium *part.* 1. *conclus pract.* 25. Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 97. 98. & *seqq.*

59. Judex est vir bonus & æquus, juris peritus per se vel assessores suos, auctoritate publica constitutus, cui causas cognoscendi & decidendi facultas competit. Plane exequendi potestas non omni judici, non pedaneo, sed soli majori, & ei, qui dedit judicem, tributa fuit, pertinens quippe ad jurisdictionem, pedaneo judici haud datam, *l. a D. Pio* 15. *ff. de re judicata*, dixi *tit. de jurisdict.* Primis Romæ incunabulis ex lege Romuli judicia penes senatum fuisse, dein lege Sempronia ab ordine senatorio ad equites fuisse translata; iterum postea per legem Serviliam senatorio ordini pariter & equestri communicata; variamque posterioribus temporibus fuisse in his factam mutationem variis legibus rei Romanæ scriptores tradiderunt, quas leges compilatas vide apud Rosinum *antiquit libr.* 8. *cap.* 21. Et olim quidem, tum in libera republica, tum sub prioribus Imperatoribus, majores judices, velut prætor aliique similes, juri dicundo præerant; ad eos fiebat in jus vocatio; apud eos editio; actionem dabant aut denegabant; dabant & judicem, seu eum partibus addicebant ex judicum decuriis, olim tribus, sed post sub Caligula ad quinarium numerum auctis; qui in stricti quidem juris judiciis formulæ adstrictus erat, nisi partes consensissent in id ut a formula judex recederet, vel libellus petitionis post litem contestatam mutatus esset, ut alibi traditum: at in judiciis bonæ fidei laxiorem habebat potestatem licentiamque recedendi a formula, propter additam formulæ clausulam *ex bona fide* aut similem. De hoc vetere judicum dandorum more ac instituto qui plura cupit, videat Carolum Sigonium *de judiciis libr.* 1. *cap.* 23. 24. Ravardum *tract. de præjudiciis libr.* 1. *cap.* 4. 5. 6. & *ad leg.* 12. *tabul. cap.* 7. *circa fin.* Julium Polletum *historia fori Romani libr.* 3. *cap.* 8. 9. 10. 11. 16. & *libr.* 5. *cap.* 5. Rosinum *antiquit. Romanar. libr.* 9. *cap.* 14. D. Noodt *tract. de jurisdictione libr.* 1. *cap.* 6. 7. 8. & 13. Dabantur autem hi judices potissimum, si facti quæstio esset: nam juris quæstiones magis in decemvirali vel centumvirali judicio fuisse disceptatas, qui decemviri litibus judicandis aut centumviri erant quasi consilium prætoris, observat probatque Jul. Polletus *de foro Romano libr.* 5. *cap.* 5. *fere in fine*, D. Noodt. *tract. de jurisdict. libr.* 1. *cap.* 9. *fere in med.* De hoc vero judicio centumvirali ac decemvirali plura tradiderunt ex professo Carolus Sigonius *de judiciis lib.* 1. *cap.* 8. & *cap.* 28. *in med.* Sibrandus Siccama *peculiari libel. de judicio centumvirali*, Jul. Polletus *de foro Romano lib.* 3. *cap.* 13. 14. Rosinus *antiq. Roman. libr.* 7. *cap.* 30. & *libr.* 9. *cap.* 15. *in med.* D. Noodt *de jurisdictione. lib.* 1. *cap.* 12. Sed posteriori jure abrogatus fuit ille judicum pedaneorum dandorum mos, ipsique magistratus de causis, quarum jurisdictio ad eos pertinebat, judicare jussi, ex constitutione Diocletiani & Maximiani; nisi vel propter occupationes publicas vel propter causarum multitudinem, omnia cognoscere negotia impedirentur; quo casu adhuc judicis dandi licentia iis reservata fuit: idque non de omnibus, sed tantum de humilioribus causis, *l.* 2. *l.* 3. *C. de pedaneis judicib.* forte quinquaginta aureos, jure novissimo trecentos, haud excedentibus, *l.* 1. *C. de defensor. civit. novell.* 15. *cap.* & *ugi apud* 3. *in fine*, ad quas etiam humiliores causas cognoscendas Imp. Julianus potestatem dedit

præsidibus constituendi judices pedaneos, improprie sic dictos, & ab antiquis pedaneis judicibus ad singulas causas dari solitis distinctos; qui de hisce levioribus adiri poterant, ne expectato quidem aut adito provinciæ moderatore, *l. ult. C. de pedan. judic.* Zenonem Imperatorem deinceps certos unicuique prætorio judices definisse Justinianus commemorat, *novell.* 82. *cap.* 1. *in pr.* ipse vero tandem duodecim constituit, quibus solis, & non aliis causæ ad dijudicandum committendæ erant, si magistratus censuissent, eas aliis committendas esse; nisi maluissent consiliariis suis earum particulare examen demandare, ipsi deinde sententiam laturi, *nov.* 82. *cap.* 1. 2.

40. Admonendum tamen, fuisse quasdam antiquitus causas, quæ judicum pedaneorum excedebant potestatem, ac a prætore ipso & aliis judicibus majoribus expediendæ erant, nec habebant ordinarii juris executionem, puta, controversiæ ac disceptationes extraordinariæ de honorariis advocatorum, medicorum, similiumque, *l.* 1. & *tot. tit. ff. de extra ordinariis cognition.* fideicommissi persecutiones. Ulpianus *in fragment. tit.* 25. §. *fidei commissa* 12. in integrum restitutiones ex capite minorennitatis, *l. quod si minor* 24. §. *ult. ff. de min.* 25. *annis*: ultio injuriarum graviorum servis non in contumeliam domini illatarum, *l. item apud* 15. §. *si quis sic fecit* 35. *ff. de injuriis.* Causas liberales quod attinet, Constantini quidem Imperatoris constitutione prætor de his in urbe cognoscere jussus est, *l.* 1. *C. de officio prætorum*, uti jam ante in provinciis Rectori provinciæ eadem status quæstionibus judicandi necessitas a Diocletiano & Maximiano fuerat imposita, *l. placet* 2. *C. de pedaneis judicib.* & utrumque a Justiniano confirmatum seu repetitum invenitur in *l. ult. C. ubi causa status agi debeat.* Olim tamen liberalem causam pedaneis quoque judicibus potuisse committi, colligi ex eo potest, quod plures ad eundem judicem dicuntur mittendi, quoties plures adversus unum de statu ejus contendendum putant, *l. cognitio* 8. §. *si plures* 1. *l. si pariter* 9. *ff. de liberali causa*, quodque apud Suetonium, Plautum, Ciceronem, recuperatorii judicii, ac recuperatorum de liberali causa judicantium, mentio est, ut pluribus docet Rævardus *libr.* 3. *variorum cap. ult.* Vinnius *ad princip. Inst. de actionibus n.* 6. D. Noodt *tract. de jurisdict. libr.* 1. *cap.* 9. nec his contrarium est, quod Paulus *in l. nec distinguemus* 32. §. *de liberali* 7. *ff. de receptis*, scripsit liberalem causam majores debere judices habere: (quibus me motum aliquando scripsisse memini, causas liberales non apud pedaneum sed majorem judicem debuisse terminari) neque enim aliud voluit, quam quod arbitri compromissarii ad status quæstionem dirimendam non potuerint eligi, sed a judicibus auctoritate publica constitutis ea debuerit dijudicari; quales judices appellantur *majores* etiamsi pedanei sint, in quantum cum arbitris compromissariis collati, iisdem majores sunt.

41. Sed de vetere judiciorum apud Romanos ordine ac forma plus satis, quemadmodum nec pluribus exequi lubet, quis majoribus nostris per Hollandiam vicinasque regiones placuerit litigandi cognoscendique ordo, quave ratione per Ansingos alibi, alibi per Scabinos jura fuerint experiuntibus reddita: enarrata isthæc plenius ab Hugone Grotio *Manuduct. ad jurisprud. Hollan. lib.* 2. *cap.* 28. *num.* 5. & *seqq.* ibique Groenevegen *in notis numer.* 6.

42. Judex esse potest omnis, qui non est prohibitus, sive paterf. sive filiusfam. quippe publicis in causis habitus pro patrefamilias, *l. cum prætor* 12. §. *ult. ff. h. t.* juncta *l. filiusfamilias* 9. *ff. de his, qui sui vel alien. jur. sunt.* Nec impedimento erit, quod cæcus sit, si modo de talibus disceptetur, quæ ocularem haud desiderant inspectionem, *l. cæcus* 6. *ff. h. t.* mulieres, infames, servos, impuberes, furiosos repelli, non ambigitur, *d. l.* 12. §. *non autem* 2. *ff. h. t.* Et quamvis dilucida habens intervalla, tunc judicare possit, etsi litigantibus eo tempore, quo furor eum corripuerat, addictus sit, *l. cum furiosus* 39. *ff. h. t.* tamen, si datus fuerit sanæ mentis existens, consultius fuerit, eum furere incipientem removeri, *l. judex datus* 46. *ff. h. t.* quia, ut Imp. ait, non est pene tempus, in quo hujusmodi vitium desperetur, nec raro in dubium trahi posset judicii sinceritas, dum in furoris ac sanitatis confinio eum constitutum contendere posset is, qui sequiorem contra se sententiam excepit, arg. *l. cum aliis* 6. *C. de curatore furiosi.* Quin & minorem annis octodecim a judicandi munere leges excluserunt: ea vero ætate major judex esse potest, si vel litigantes eum admiserint, vel a Principe datus sit, *l. quidam* 57. *ff. de re judicata*, junct. *l. disputare* 3. *C. de crimine sacrilegii.* Adde Lambertum Goris *post adversaria ad l.* 19. *ff. de offic. præsidis*, in verbis: *id enim non est constantis &c. n.* 7. & *seqq.* & quæ dixi *tit. de receptis qui arbitr. recep. num.* 7.

43. Denique minus idonei censendi, quotquot ex alia justa causa litigantium alterutri suspecti sunt; allegata scilicet ac probata justa causa speciali, quæ judicem suspectum reddit. Quæ causæ specialis designatio, uti jure canonico ac nostris moribus ad remotionem judicis impetrandam necessaria est, *cap. cum speciali* 61. *extra, de appellation*, Zangerus *de exceptionib. part.* 2. *cap.* 4. *num.* 18. Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 33. *num.* 16. ita etiam jure Romano tum antiquo, tum novo, eam fuisse requisitam verius est, quicquid in contrarium anniti nonnullis placuerit, aliis quidem existimantibus, olim non fuisse allegandas probandasque suspicionis causas, jure novo id exigi: aliis contra, veteri quidem jure necessariam fuisse probationem causæ, sed Justiniani lege id fuisse remissum, Donellus *comment. lib.* 17. *cap.* 25. Etenim, cum, libello recusationem comprehendi judicique suspecto porrigi, vel adito præside in actis manifestam fieri, Justinianus præceperit, *l. apertissimi* 16. *l. ult. C. h. t.* ac veteri quoque jure lege Cornelia injuriarum facta inveniatur enumeratio graduum cognationis affinitatisve, quibus quis litiganti alterutri junctus vetabatur judicare tanquam suspectus, teste Ulpiano *in l. lex Cornelia* 5. *ff. de injuriis*, ac legibus aliis aliæ peculiares suspicionum causæ enarratæ sint; non alio sane hæc pertinere animadverto, quam quod excipienti de judice suspecto docendum fuerit, ac jure novo exprimendum libello, aut actis publicis, aliquam ex probatis in jure suspicionis causis in eum cadere, quem tanquam suspectum, a judicandi munere ea in lite cupiebat depulsum. Quod & haud obscure Gajus innuit *in l. si pariter* 9. *ff. de liberali causa*, dum vult, eum, qui post litem, ab alio de libertate cœptam, de hominis ejusdem statu

contendere vult, ad eundem judicem mittendum esse, *nisi si justam causam adferat, quare ad eum mitti non debeat, forte si eum judicem inimicum sibi esse contendat.* Et certe, ni specialis causæ allegationem ac probationem excipienti imponamus, idque secundum vulgatam regulam, qua excipiens quasi actor exceptionem probare debet, fateamur necesse est, impune ergo litiganti concessum fuisse, arbitratu suo calumniis judicem suspectum proscindere, causas fingere, & mendacia spargere sine pœnæ timore. Cui accedit, quod leges Romanæ passæ non fuerunt, in iis, quæ contumeliosa videbantur, quemquam cum discrimine alienæ existimationis vagari, sed designare & certum specialiter dicere jusserunt: quod uti de injuriis traditum in *l. prætor edixit* 7. *ff. de injuriis*, ita & ad suspicionem, adversus judices publice probatos haud temere ac velut in vago jactandam, merito ab interpretibus translatum est. Parum movet illud apud Ciceronem pro Cluentio, quod majores non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima voluerunt esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset; quodque in *l. si in judiciis* 80. *ff. h. t.* Pomponius meminit judicis *ex conventione litigantium addicti.* Civiliter enim ea verba intelligenda puto, quod scilicet invito nemini judex suspectus obtrudendus fuerit; dummodo justa allegaretur suspicionis causa; cum paria merito habentur, non esse, & non apparere, seu non probari suspectum. Eoque facit, quod ne in criminalibus quidem causis, ubi majus præjudicium vertitur, libera potestas competit reprobandi judices sortitione lectos, sed tantum certum ex iis numerum, instituta deinde in remotum locum subsortitione: de quibus latius *tit. de publicis judiciis.*

44. Plures autem justæ suspicionis causæ sunt, veluti inimicitiæ inter judicem & actorem reumve, *d. l. si pariter* 9. *ff. de liberali causa*, arg. *l. non distinguemus* 32. §. *cum quidam* 14. *ff. de receptis qui arbitr. recep.* aut si lis similis judici cum alio intercedat, necdum decisa: in quantum vix est, ut non tale quisque jus tunc statuat in alterum, quale in se, suaque in causa, statutum optat, *cap. causam, quæ* 18. *extra, de judiciis, ibique DD.* Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 4. *defin.* 2. *num.* 3. *in notis.* Idemque est, si ante delatum sibi judicandi munus patrocinium præstiterit actori reove eadem in lite, cum nec testis esse possit, *l. ult. ff. de testibus, leg. ult. C. de assessoribus.* Instructio Curiæ Brabant. *art.* 25. Non idem dicendum videtur, si non ipse judex, sed cognatus ejus alterutri litigantium administer in ea lite fuisse probetur, Papon *libr.* 7. *tit.* 9. *arrest.* 10. imo nec, si filius ejus neposve eadem obierit in lite advocati partes: neque enim uspiam illa in jure justis annumerata invenitur suspicionis causis; neque etiam tantus cujusquam erga rem clientis sui affectus præsumendus est, ut illius in gratiam cum dispendio honoris sollicitare velit parentem judicem ad ea, quæ viro bono indigna sunt, & ejus religionem circumvenire, Merula *praxi lib.* 4. *tit.* 40. *cap.* 4. *num.* 16. Gratianus *discept. forens. cap.* 100. *n.* 24. Lambertus Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 6. dissent. Maynardus *lib.* 1. *decis.* 91. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 7. *num.* 19. Neque nostri fori jure aliud statuendum est. Quamvis enim instructione Curiæ Supremæ *art.* 50. cautum inveniam, ne senatores litium istarum discussioni decisionique superstites sint, quæ vel dominos vel vasallos tangunt, quibus liberi aut fratres senatorum a publicis aut domesticis sunt ministeriis, (*Officieren of Huysdienaars*) quamvis etiam prohibitum fuerit instructione Curiæ Flandricæ *art.* 43. ne ei præparatorium litis conclusæ examen & relatio committatur, cujus filius aut gener, frater vel affinis alterutri litigantium in judicio patrocinium præstitit aut procurationem: non tamen hæc superiorem evertunt sententiam; cum arctius intercedat vinculum inter eos, quibus filius judicis ratione muneris collati aut ministerii domesticis subjectus est, quam quibus ut clientibus nudum in judicio accommodavit advocati officium: majus etiam periculum immineat ab eo, qui referendo statum litis & allegata probataque, ceteros judicaturos insigni potest occupare præjudicio, quam quidem ab eo, qui cum pluribus aliis post relationem talem judicandi partes impleturus est. Qua ratione aliquando Senatui Pedemontano placuisse refert Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 4. *defin.* 3. judicem ad privatum hospitium unius ex litigantibus ex itinere divertentem, hactenus quidem pro suspecto potuisse haberi, ut ex eo tempore neque instructio neque relatio litis ei demandari debuerit; judicandi tamen munere fungi idcirco non fuisse prohibendum.

45. Quid? quod urbani quoque judices ut suspecti recusari nequeant, si lis inter civitatem & civem, vel civitatem & peregrinum sit. Cum enim id, quod universitati debetur, singulis non debeatur, nec quod universitas debet, singuli debeant, *l. sicut.* 7. §. 1. *ff. quod cujusque universit. nomine*, apparet, eos non in sua, sed prorsus aliena, publica nempe civitatis causa, judicare, Neostadius *Curia supr. decis.* 126. Eodemque fundamento sancitum ab Hollandiæ Ordinibus 23. Maii anno 1607. supremæ curiæ senatores idoneos in causis Societatis Indicæ judices esse, nec se excusare, nec ut suspectos a Societatis adversario argui posse ex eo, quod vel ipsi vel propinqui eorum in aliquam venerint societatis istius partem: cum nec hic, quod societati debetur, singulis singulatim debitum sit, nec societatis negotia singuli, sed publica constituti auctoritate curatores tractent; nec denique societas ista, ut privata, sed magis ut universitas quædam publica, cui cum mercatoribus magistratus quoque delegati præsunt, consideranda sit, Resp. Juriscons. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *in appendice definitionum pag. mihi* 17. *in med.* Van Alphen. *part.* 1. *in formulario cap.* 50. *circa. fin.* Alioquin socium in causa, quæ ei cum actore reove communis est, judicem esse non posse, manifestum est, eo quod communis causa etiam propria est, arg. *l.* 1. §. *in propria* 11. *ff. quando appell. & intra quæ tempora.*

46. Suspectus tamen jure Romano antiquo fuit judex ille, quem pars altera nominatim petierat. Judicem enim a prætore per litigantes peti moris erat; certum etiam ac designatum judicem ab utroque litigantium simul peti, non fuit inhibitum, *l. si in judiciis* 80. *ff. h. t.* at ab uno litigante certum nominatim peti, iniqui credebatur exempli esse, nisi hoc specialiter a Principe, ad verecundiam petiti judicis respiciente, permitteretur, *l. observandum* 47. *ff. h. t.* Adde Jul. Polletum *de foro Romano lib.* 5. *cap.* 5. *in fine.* Nec dubium, quin ut suspectus declinari possit, qui damnum ex ea lite metuit, lucrumve sperat,

ne suæ rei judex sit, *l. Julianus* 17. *ff. h. t.* quive litigantium alterutri nimis propinquo sanguini aut affinitatis vinculo conjunctus est: nam uti sibi, ita & suis, puta uxori, liberis, domesticis, jus dicere quisque prohibitus est, *l. qui jurisdictioni* 10. *ff. de jurisdict.* cautumque fuit lege Cornelia injuriarum, ne judicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam ex cognatione affinitateve attingit, *l. lex Cornelia* 5. *ff. de injuriis*, quod & Curiæ Hollandiæ placuisse anno 1536. 24. Februarii, notat compilator decisionum, *post resp. JCtor. Holland. parte* 3. *vol* 1. *in appendice pag.* 7. *in fine*. Sed postea haud contenti Hollandiæ Ordines remotione eorum, qui quarto sanguinis affinitatisve gradu sunt, ad sextum usque gradum prohibitionem produxerunt, sic ut & sexto in gradu positus a judicando abstinere jussus sit, nisi uterque litigantium pari sanguinis aut affinitatis gradu judici junctus sit; quo casu par affectionis ratio pellit præsumptionem fraudis, arg. *l. non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* observante id Groenewegio *ad l.* 10. *ff. de jurisdict.* & auctore *d. appendicis decisionum pag.* 50. Idemque cautum fuit Instructione Curiæ Flandricæ *art.* 6. Quin imo ad decimum usque gradum cognationis prohibitio extensa fuit, quoties judex successionem ab intestato sperat, dum nullus alius gradu propiore litiganti junctus invenitur, *decreto ordin. Holl.* 23. *Maii* 1602. Groenewegen *ad d. l.* 10. Van Alphen *in formulario part.* 1. *cap* 50. ad hæc arctissime culta inter Judicem alterumque litigantium amicitia, atque familiaritas suspicionis causam præbet, *cap. insinuante* 15. *extra, de offic. & potestate judicis deleg.* qualis censeri debet & ea, quæ ex convictu atque cohabitatione quotidiana inter commensales intercedere consuevit, Lambertus Goris *ad l.* 19. *ff. de offic. præsidis*, ad verba, *ne præsides provinciarum &c. n.* 6. Quamvis de cetero frivolis ineptisque suspicionum causis, quas subinde vel calumniose vel temere opponi contigit, haud indulgendum sit; cum potius credendum videatur, illos qui ob singularem industriam & gravitatem, explorata jurataque fide obstricti, ad judicandi munus evecti sunt, non ita facile levibusque de causis a recto deviaturos justitiæ tramite, ac contra animi sui religionem sententiam dicturos. Cui consequens est, ut non repellatur judex ex eo solo, quod apud alterutrum forte litigantium invitatus cœnaverit pendente lite; quod conterraneus, quod spirituali cognatione junctus, quodve durus, aut severus, aut verbis acrioribus in alterutrum invectus; quod familiaris illius, qui litigantis inimicus est; quod litigans judicis, litem aliam foventis, advocatus aut procurator sit, aut emphyteusin ab eo, vel ædes fundumve conductum habeat, si de ipso rerum illarum usu controversia non sit; quæque sunt alia hujus generis plura, apud viros graves flocci facienda, Anton. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 1. 3. 4. 9. Lambertus Goris *d. loco*, Ant. Mattheus *de judiciis disput.* 7. *num.* 17. 18. Nec distinguendum puto ex jurisprudentiæ Romanæ principiis inter majores ac minores judices, quasi soli minores removendi forent, justa probata suspicionis causa, majoribus vero tantum esset adjungendus Episcopus; neque enim ea novellæ 86. cap. 2. sententia est; sed magis ibi quoddam in gratiam litigantium beneficium inductum fuit, ut scilicet additus judici suspecto Episcopus simul cum eo sententiam ferat, *ut non cogantur subjecti propter hujusmodi causas a propria patria recedere*, *d. nov.* 86. *cap.* 2. & 6. Si ergo ne sic quidem sibi securitatem satis partam arbitretur, qui judicem suspectum dixit, dum forte nec Episcopus, judici adjungendus, extra suspicionem est, prohibendus utique non fuerit alios adire aut a Principe petere non suspectos, jurique pro se introducto renunciare, arg. *d. cap.* 2. & 6. unde & *in novell.* 96. *cap.* 2. proponitur licentia concessa *refutandi gloriosissimum judicium, & alium merendi*, apud quem conventionis pariter ac reconventionis lis exerceatur.

47. Quia vero nunc passim invaluit, non unum solum judicare, sed a toto collegio constitutorum publice judicum lites decidi, sic ut, non nisi præsente certo eorum numero, sententia lata valeat, veluti septenario in Curia suprema, ac Academico nostro consessu juridico, *Instruct. Curiæ supr. art.* 1. *Reglement op de Revision van d' Universiteyt van Leyden anno* 1656. 6. *Octobris art.* 2. 3. quinario in Curia Ultrajectina ac Flandrica, *Instr. Cur Ultraj. tit.* 1. *art.* 5. *Flandrica art.* 28. alibi alio, pro vario fori cujusque usu vel lege; vix est, ut hodie adversus universum illud judicum collegium tanquam suspectum excipiatur; non magis, quam apud Romanos suspectum argui potuit totum centumvirale aut decemvirale judicium, aut totæ decuriæ, ex quibus pedaneos dari judices moris erat; sed magis singuli, in quos peculiaris cedere creditur suspicionis causa, judicis suspecti exceptione reprobandi sunt. Idemque est, si quis ad causam certam delegati suspicione laborent, And. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 33. *num.* 2. 3. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 148. *n.* 15. Responsa JCtor. Hollan. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 65. *num.* 12. atque tunc reliquos ejusdem judicii collegas de causis suspicionis judicare justum est; cum ipsi in eo definiendo nulla possint videri ratione suspecti: uti post Christinæum *vol.* 5. *dec.* 181. *in fine* tradit Groenewegen, *ad l.* 16. *C. h. t.* usque adeo, ut pluribus ejusdem tribunalis judicibus suspicionis insimulatis, non prohibeantur hi ipsi suspecti mutuas objectæ in singulos suspicionis causas discutere, deque iis sententiam dicere, quamdiu ipsi remoti non sunt, dummodo absit is, de quo removendo disceptatio instituitur; quia non eædem, sed diversæ in singulis plerumque sunt aut esse saltem possunt suspicandi causæ; &, si maxime eædem objiciantur, non tamen easdem singuli habent adversus objecta defensiones, Anton. Faber. *Cod. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 2. Quo posito, vix est, ut assentiamur Groenewegio aliisque ab eo allegatis ad *d. l.* 16. *C. h. t. in fine*, existimantibus, eo casu, quo plures suspecti dicuntur, recusationis cognitionem ad judices superiores spectare, aut alios non suspectis collegis adjungendos esse, per quos definiatur, utrum adductæ suspicionis causæ ad remotionem sufficiant, nec ne. Vix quoque, ut juris Canonici probemus dispositionem, secundum quam arbitri compromisso partium, aut judicis ac partis, fuerunt eligendi, qui de suspicionis causa cognoscerent, *cap. cum speciali* 61. *extra, de appellation.* Quorsum enim ad arbitros remissio ubi judex idoneus est, qui sua potest jurisdictione eam suspicionis litem componere ac definire? Si tamen non singuli judices, sed universum judicum col-

legium ea forte commiserit, quæ justissimum alteri litigantium metum incutiunt ac suspicionem generant, fore, ut contra, quam justitiæ ratio animique integri religio jubet, judicaturi causam non video, cur non eo casu totum collegium judicum, expositis apud judicem superiorem Principemve causis, ut suspectum declinari posset. Vide Menochium *de arbitrar. jud. lib.* 2. *cent.* 5. *casu* 458. Boerium *dec.* 269. Gregorium Tholosanum *syntagm. juris civilis lib.* 49. *cap.* 3. *n.* 24. Zangerum *de except. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 15. *& seqq.*

48. Opponenda autem judicis suspecti exceptio ante litem contestatam, *l. apertissimi* 16. *C. h. t. cap. inter monasterium* 20. *extra*, *de sentent. & de re judic.* nisi causa suspicionis per ignorantiam non supinam neque affectatam latuerit litigantem, ac lite demum pendente innotescat; cum ignorantia facti probabilis, etiam in prudentissimum quemque cadere valens, veniam mereatur, nec erranti nocere debeat, arg. *l.* 2. 6. 9. *& tot. tit. ff. de juris & facti ignorantia*, vel nisi demum post litem contestatam nascatur & emergat ratio suspicionis; dum forte alter ex litigantibus judicem ex asse vel ex parte scripsit hæredem, *l. Julianus* 17. *ff. h. t. cap. insinuante* 25. *extra*, *d. offic. & potest. judic. deleg.* arg. *l. non distinguemus* 32. §. *cum quidam* 14. *ff. de receptis*, Ant. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 7. Ant. Matthæus *de judic. disp.* 7. *n.* 14. Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 5.

49. Officium judicis est, lites dirimere, audita utraque parte, aditis illis, quorum interest, omnibusque observatis, quæ vel nobilis vel mercenarii officio ratio exigit. Mercenarium *DD.* appellant, quod actioni propositæ inhæret, & subservit, ac in cognitione usque ad sententiam præcipue consistit; quod officii genus ad antiquam judicum pedaneorum notionem proxime accedit. Nobile, quod nudæ notionis terminos egreditur, quo potissimum pertinent ea, quæ ad jurisdictionem & jus dicentis officium a Romanis legibus reducuntur, quorumque intuitu latissimum dicebatur esse jus dicentis officium in *l.* 1. *ff. de jurisdict.* Utrumque regulariter judex demum rogatus impertitur, arg. *l. dies* 4. §. *hoc autem* 6. *ff. de damno infecto*, quandoque tamen & non rogatus; sed frequentius in iis, quæ nobili, quam quæ mercenario officio adscribi solent. Etenim nobilis officii vi etiam sponte ea expedit, quæ ad publicam respiciunt utilitatem; in sceleratos inquirit, provinciam malis purgat hominibus, tutores fama publica fraudis insimulatos sine accusatione a tutela repellit, si ipsi ex apertissimis liqueat rerum argumentis, eos suspectos esse, quæque id genus alia plura sunt, *l. tutor* 3. §. *præterea* 4. *ff. de suspect. tut. l. congruit* 13. *ff. de off. præsidis*. Mercenarii officii intuitu judex non interpellatus concedere aut exigere aut jubere potest ea omnia, quæ in sua ipsius persona præcipue radicem agunt; veluti repudiare libellum male conceptum, exigere a litigantibus jusjurandum calumniæ, pronunciare de non petitis, quæ post litem cœptam emergunt, Lambertus Goris ad *l.* 19. *ff. de officio præsidis*, ad verba, *ut in aduendo quidem*, *num.* 6. 7. 8. Gothofredus *in not. ad d. l.* 4. §. 8. *ff. de damno infecto*, Socinus *Regul. Juris* 245. Parens p. mem. Paulus Voet *ad princip. Instit. de offic. judicis n.* 3. Ceterum ea, quæ sui origine a litigantibus procedunt, nullo modo ab eo non interpellato fieri possunt; adeoque nec exceptionum non oppositarum, nec testium non productorum ratio habenda in sententiis ferendis: nisi quod in causis criminalibus hodierno jure incumbit judicibus sic instituere testium examina, ut non modo inquirant in criminis qualitates & circumstantias reum gravantes, sed & in eas, quæ ad ejus innocentiam comprobandam videri possunt pertinere; sive rei præsentes ac carceri mancipati sint, sive absentes profugique, *Ordonnant. op de styl van Procedoren in criminale saken van Kon Philip.* 7. *Julii* 1570. *artic.* 57. His consequens est, judicem ea, quæ facti sunt, supplere non posse, si a partibus non allegentur, nisi notoria prorsus sint ex instrumentis illis, quæ probationis ergo in judicio prolata sunt: ne alioquin supplendo ea, quæ dubii facti sunt, non tam judicis quam advocati partibus videatur fungi, & patrocinari potius quam judicare, Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 1. Perezius *ad tit. Cod. ut, quæ desunt. advoc. partium, jud. suppleat.* Aulus Gellius *Noct. Attic. lib.* 14. *cap.* 2 Si tamen omissa causam relinquant obscuriorem, ac difficiliorem ejus determinationem, potest judex per sententiam interlocutoriam monere litigantes, ut plenius instruant litem pendentem; nec est, quod eapropter quisquam eos habuerit jure suspectos, Busius *de offic. judic. cap. num.* 34. *& seqq.* Quod si a partibus eorumve patronis prætermissa fuerint quæ juris sunt, recte ea judex suppleverit; utpote quæ apud judicem allegari solita, tamen & non allegata oportet ei nota esse, sic ut & jurium certorum, utut non allegatorum, rationem habere in judicando teneatur, *tit. C. ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat*; ibique DD. Neostadius *Curiæ Holl. dec.* 1. vers. *de gedaagde.* Qua ratione nihil vetat, quo minus judex consuetudinem quoque, quanquam non allegatam, in lite finienda sequatur, si modo inveterato usu jus tale inductam constet, arg. *pr. Instit. de offic. judic. l.* 1. *l.* 3. *C. quæ sit longa consuetudo*, Lambert. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 12. *num.* 25. Vel etiam ex causis justis suspectum habeat instrumentum exhibitum, etsi adversarius nullam ei opposuerit instrumenti suspecti exceptionem, Neostadius *sup. Cur. dec.* 66. vers. *in quo*. Appellationem quoque declaret desertam, parte licet adversa nec allegante nec petente, in quantum, appellatione deserta, confirmata est ipso jure judicis inferioris sententia, quæ per desertam appellationem non ultra potest suspensa dici, *Clementina si appellationem* 6. *de appellationib.* Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 59. Sed & exceptionum, quæ meri juris sunt, neglectarum perinde judex rationem habere debet, ac si a parte objectæ essent; si modo ita facta in judicio commemorata fuerint, vel instrumenta talia producta, ut ex iis exceptiones sponte resultent, Parladorius *rer. quotidianar. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 8. 9. 10. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 2. Cancerius *variar. resolut. part.* 1. *cap.* 18. *n.* 20. 21. 22. 23. Zangerius *de exceptionibus part.* 3. *cap. ult. num.* 15. *& seqq.* Quid enim, si ex allegatis constet, filiumfamilias fuisse testatorem, ex cujus testamento actio movetur? certe cum juris manifesti sit, invalidum præcipue testamentum esse, si is, qui testamentum fecit, caruerit testamenti factione, *l. si quæramus* 4.

ff. qui testam. facere possunt, iniquus plane judex fuerit, si sciens ista, actori adjudicaverit, quæ nullo fuerant jure petita, Ant. Faber *C. de lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 2. Idemque juris est, si non fuerit a reo convento objecta actori agenti præscripto actionis, qua convenitur, quoties ex allegatis indubium est, elapsa esse tempora actioni tali movendæ præfinita, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 5. *cap.* 46. *num.* 7. Zangerus *de exception. part.* 3. *cap. ult. num.* 20. Mynsingerus *centur.* 3. *observ.* 28. Christinæus *ad l. Machliniens. tit.* 10, *art.* 9. *num.* 6. Joh. a Sande *dec. Frisic. libr.* 1. *tit.* 7. *defin.* 5. Carpzovius *definit. forens. part.* 1. *constit.* 25. *defin.* 1. 2. 3. nec aliud statuendum in exceptione divisionis, quæ & ipsa meri juris est, ab Hadriano concessa, adeoque satis sub appellatione & persona fidejussoris in judicium deducitur; hoc scilicet ipso ei competens, quod fidejussor est, ut ait Vinnius *quæst. select. lib.* 2. *cap.* 40. *post med.* quoties creditor non probat, absentem aut inopem esse confidejussorem, Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 28. *defin.* 35. Neque rationem animadverto, cur aliud dicendum foret de ordinis seu excussionis exceptione, quoties ex instrumento fidejussionis, ex quo creditor agit, simplex fidejussio sine ulla beneficiorum renunciatione interposita deprehenditur, nec actoris reive conditio aut ipsius debiti natura hoc beneficium de jure excludit. Si enim exceptionum illarum, quæ insunt actioni, (veluti, quæ nascuntur ex pacto contractui in continenti adjecto) ratio habenda sit in judicando, licet objectæ non sint, uti id frequentiori interpretum calculo comprobatum esse docet Cancerius *var. resolut. part.* 1. *cap.* 18. *numer.* 22. habenda quoque est ratio exceptionis ordinis, quippe quæ post inductum hoc beneficium perinde fidejussioni inest ex juris dispositione, ac si pacto expresso id actum esset, ne fidejussor ante principalem excuteretur. Sane si fidejussionem non ex scriptura, sed vel testium depositione, vel ex confessione ipsius fidejussoris, in judicio probatam concipiamus, vix est, ut tunc judex jure jubeat, prius principalem excuti, ordinis beneficio per reum non allegato; eo quod tunc non adeo ex probationibus adductis judex certus esse potest, beneficio isti non fuisse renunciatum; dum non omnes rei gestæ circumstantias rogati testes, reive in jus vocati, sua vel confessione complecti solent vel depositione. Ac de hoc casu accipiendos puto interpretes, quibus placuit, hujus exceptionis omissionem haud posse judicantium officio suppleri, inter quos est Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 27. *num.* 2. 3. 4. 5. Gayl. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 28. *defin.* 35. *num.* 8. *& seqq.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 7. *defin.* 2. Quidquid fuerit, minore saltem præjudicio hanc nostram premit sententiam, quod ab Ant. Fabro d. loco adducitur, fidejussorem forte, si præsens in judicio foret, nolle tali beneficio juvari, quin & consulto potuisse prætermittere, ut citius a litis molestia sumtuque prolixiore liberetur. Esto enim, quod ea forte fuerit fidejussoris conventi sententia; quia tamen ea hactenus judici ignota est, notum autem, talem fidejussori exceptionem competere de jure, incerta illa fidejussoris mens atque intentio, quæ facti est, non impedit, quominus interim suppleat judex ea, quæ juris sunt, donec reus manifestaverit, se isto nolle beneficio uti. Nam & in aliis omnibus, quæ tanquam meri juris, a judice suppleri posse & debere inter omnes constat, idem evenire potest, ut reus consulto jurium prætermiserit allegationes, aut consuetudinis indubiæ mentionem, dum causam suo donare vult adversario, atque ita pugnare, tanquam qui victoriam referre reformidat: neque tamen ideo vel leges vel interpretes judici denegarunt in hisce potestatem supplendi ea, quæ advocatis partium videbantur deesse. Alia de supplendis aut non supplendis iis, quæ desunt partibus, vide a me tractata in *tit. de edendo num.* 13.

50. De cetero necesse est, ut judex caveat, ne per minorem causam majori cognitioni præjudicium fiat, cum major quæstio causam minorem ad se trahat, *l. per minorem* 54. *ff. h. t.* Vide Rævardum *de præjudiciis lib.* 1. *cap.* 7. Sed & in judicando rationem habeat allegatorum probatorumque, ac secundum ea sententiam ferat, *l. illicitas* 6. *§. veritas* 1. *ff. de offic. præsidis*, simul tamen secundum conscientiam; quæ si allegatis probatisque contraria sit, vetus jam olim, teste Gellio *Noct. Attic. lib.* 14. *cap.* 2. disputatio fuit, oporteatne secundum ea, quæ comperta habet, an secundum ea, quæ aguntur, judicare. Etenim improbus utique fuerit, si secundum allegata judicans, absolveret eum, quem sciebat nocentem aut debitorem esse, vel condemnaret, quem insontem esse, nihilve adversario debere, privatim certus est. Contra quoque iniquus ac legum, juxta probata judicai volentium, contemptor dicendus, si, spretis allegatis probatisque, sequeretur in lite definienda propriam scientiam; nec dubium, quin ita ingens porta malitiis aperienda foret, dum aliquando, quo magis selecti judicis arca patet, eo magis a simulatis Curiis, Catonibus, Aristidibus, conscientiæ venalis obtentu plus licitantibus lis addiceretur. Non aliud proinde in tali allegatorum ac scientiæ privatæ pugna superest, quam ut deponat judicis officium, jurato asserens, sibi de causa non liquere, ac veritatis detegendæ gratia testis partes assumat, arg. *l. Pomponius* 36. *ff. de re judicat. l. omnes* 12. *§.* 1. *C. h. t.* Gellius sane, cum judex a prætore datus, debitum certo consideret, quod tamen debitum haud probabatur, judicatu illo solutum se fuisse commemorat, jurando sibi non liquere, *lib.* 14. *cap.* 2. *in fine*. Confer Covarruviam *var. resol. lib.* 1. *cap.* 1. Busium *de offic. judicii cap.* 4. *n.* 39. *& seqq.* Corrasium *miscell. lib.* 4. *cap.* 20. Bronchorst *enant. cent.* 1. *assert.* 14.

51. Nec minus secundum id, quod legibus, & moribus, & constitutionibus est proditum, ac secundum omnem æquitatem judices judicare fas est: neque enim ei, qui judicandi munere fungitur, quodcunque libuerit, licet in causa litigiosa statuere, nec suo definire arbitratu cerebrino, sed legem, æquitatem, religionem simul in consilium adhibere convenit ac sequi, *pr. Instit. de offic. judic. novell.* 8. *in fine*; quapropter & olim judices, antequam judicarent, in leges jurabant; de qua jurandi solemnitate vide Rævardum 5. *varior. cap.* 8. Nec est, quod distinctio adhibeatur inter judices majores minoresque; quam licet præ se ferat *auth. hodie C. h. t.* refellitur tamen ex *d. novell.* 8. *cap.* 12. *in fine, & cap. ult. in fine, novell.* 24. *cap.* 2. *& novell.* 82. *cap.* 13. in quantum omnibus, etiam summis judicibus, præcipitur ex le-

gum dictamine judicia proferre. Etsi inficias haud sit eundum, quin æquitatem stricto juri teneantur in judicando præferre. Qua de quæstione latius actum *tit. de justitia & jure n.* 6. Quia vero regionum, civitatum, vicorum varia, imo contraria sæpe jura sunt, observandum est, quantum quidem ad ordinem judicii formamque attinet, judicem nullius alterius, sed sui tantum fori leges sequi: sed in litis ipsius definitione, si de solemnibus contractus, testamenti vel negotii alterius quæstio sit, validum pronunciare debet ac solemne negotium, quoties adhibita invenit solemnia loci, in quo illud gestum est, licet aliæ aut majores in loco judicii ad saltem actum solemnitatis requisitæ essent. Si de successionum jure, secundum leges loci, in quo res unaquæque sita est, aut esse fingitur: convenienter generalibus juris fundamentis in materia statutorum a me adstructis in *tit. de constitut. principum*. Adde Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 12. *defin.* 5. *in med.* Lamb. Goris *advers. tract.* 1. *cap.* 6. *numer.* 2. Mynsingerum *cent.* 4. *observat.* 82. Ant. Fabrum *Cod. libr.* 3. *tit.* 1. *defin.* 22. Paulum Voet *de statutis sect.* 10. *num.* 6. *nader provisioneel accoord tusschen Holland en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 30. Sed & necesse, ut in causarum definitionibus rationem habeant legum illarum, quæ negotii gesti tempore latæ erant, non vero earum, quæ postea demum fuerunt conditæ; eo quod leges futuris solent formam dare negotiis, nec ad præterita trahi, nisi id nominatim cautum sit, ut dictum *tit. de legibus n.* 17. Quin imo, si lite secundum legem antiquam definita ac appellatione interposita, legem deinde novam pendente appellatione promulgare contigerit, quam legislator ad præteritos quoque casus jussit trahi, ne tum quidem appellationis judex secundum novum, at omnino juxta veteris juris præscriptum judicare obstrictus est: neque enim aliæ judicis, ad quem provocatum, partes sunt, quam ut examinet definiatque, utrum inferior judex recte an perperam sententia sua motæ se controversiæ finem fecerit, & si perperam judicatum animadvertat, statuat id, quod in prima instantia fuisset statuendum, *novell.* 115. *cap.* 1. Zoesius *ad Pand. tit. de legibus n.* 45. *in fine*, Gudelinus *de jure noviss. lib.* 5. *c.* versu 2. *prædicta in med.* Paulus Voet *de statutis sect.* 8. *c.* 1. *n.* 2. *p.* 289. 290.

52. Superioribus, quod nempe secundum leges judicandum sit, consequens est, nullum in judiciis admittendum esse *casum pro amico*, ut dici solet, quasi in causis dubiis admodum ac ancipitibus potestas judici esset adjudicandi litem ei ex collitigantibus, qui amicitiæ vinculo judicem contingit. Contra etenim, si quid ambigui occurrere contingat, vel jusjurandum a judice litigantium alterutri tunc deferendum erit, *l. admonendi* 31. *de jurejurando*. Vel reorum, vel libertatis, vel dotis, vel causæ alterius cujuscunque favor, legibus inductus ac probatus, aliæque circumstantiæ potiorem facient ac victorem alterutrum litigantium, *l. inter pares* 38. *pr. &* §. 1. *ff. de judic. l. in ambiguis* 70. *ff. de jure dot. l. semper in obscuris* 9. *ff. de reg. juris.* Adde plura de non admittendis casibus *pro amico*, tradita, in *de Bataviscbe Arcadia in notis*, *pag. mihi* 810. *& seqq.*

53. Ne autem lites immortales essent, dum litigantes mortales sunt, Romanis placuit certa legibus præfinire tempora, intra quæ lites judiciali finirentur determinatione. Etenim criminalibus quidem causis finiendis anni spatium ante Justiniani tempora fuisse præstitutum, patet ex *l.* 1. 2. *C. Theodos. ut intra annum crimin. quæst. terminetur*, *l. reus* 7. *ff. de muner. & honor.* cujus contrarium non recte evincitur ex *l. in Senatusconsultum* 15. §. *qui post* 3. *ff. ad Senatusc. Turpillian.* quippe quam interpolatam fuisse a Triboniano in verbis *vel biennio*, a viris doctis jam observatum, Gothofred. *ad d. l.* 15. §. 5. Wissenbach *ad l.* 13. *C. h. t. in pr.* Civilibus olim nullum temporis spatium invenitur propositum, non certe anni, neque triennii, uti perperam censuere Raguellus, atque Rævardus 4. *varior. cap.* 14. ille quidem in errorem inductus per versum Juvenalis non recte intellectum; hic vero, corrupto Sidonii Apollinaris loco, in quo triennium pro tricennio positum fuisse, sequentia ejusdem auctoris verba satis evincunt, observante hæc Wissenbachio *ad d. l.* 13. *ff.* 1. *C. h. t.* Sed Justinianus novissime litibus finiendis præscripsit biennium in criminalibus, in civilibus triennium a lite contestata, *l. ult. C. ut intra cert. temp. crimin. quæstio terminetur*, *l. perperandum* 13. *ff. censemus* 1. *C. h. t.* coercendis majoribus minoribusve judicibus, actoribus, reis causarum patronis, procuratoribus, tutoribus, curatoribus, per quos steterit, quo minus intra tempus legitimum lis decurrerit, *d. l.* 13. *passim C. h. t.* de quibus vide latius Ant. Matthæum *de judiciis disp.* 5. *num.* 19. *& seqq.* Wissemb. & Brunnemannum *in Cod. ad d. l.* 13. Ratio diversitatis inter civilia & criminalia judicia est, quod brevius tempus desideret gravis miserque reorum, quin & accusatorum status, qui non est sine squallore, & lucta; dum & custodiæ similitudinem subit uterque, & vel reo convicto, vel accusatori calumnianti ex inscriptione supplicium par imminet, *l. C. de accusation.* atque adeo utrumque tristis urget pœnæ expectatio, quæ ipsa sæpe pœna molestior est; urget carceris horror squallorque, cui eos vel festinata absolutione vel veloci supplicio subduci, rationis erat, ne carcer ad puniendos magis, quam ad continendos homines videretur adinventus, *l. de his* 5. *C. de custod. reorum*, junct. *l. aut damnum* 8. *ff. solent* 9. *ff. de pœnis*, cui accedit, quod obscuriores sæpe sunt causæ civiles, aut certe intricatiores, magisque involutæ, quam ut tam brevi possent extricari; maxime si in familiæ erciscundæ, vel tutelæ judicio, aliisque similibus generalibus versemur, Cujacius *libr.* 17. *observ.* 23. Nec moribus nostris ab illo biennio, causis criminalibus terminandis præfinito, recessum est; usque adeo, ut & cautum inveniatur rarissime, ac non nisi in causis maxime arduis, litem criminalem in biennium trahendam esse, ne rei tædio carceris & squallore nimis premantur, *Ordonnantie op de criminele justitie* 5. *Julii* 1670. *art.* 30. *&* 31. *vol.* 2. *placitor. Holland. pag.* 1021. *& ordonn. op de styl van procederem in criminele saken* 9. *Julii* 1570. *art.* 71. *d. vol.* 2. *p.* 1060.

54. Remanserunt tamen ex jurium anteriorum dispositione causæ quædam, quas vel publica utilitas, vel personarum quarumdam favor, effecit tempore breviori terminari, nec d. legis 13. sanctioni subjacere; sic enim ipsa illa lex in *ff.* 1. causas fiscales & eas, quæ ad publicas pertinent functiones, excepit; quarum illæ quidem intra sex menses fuerunt, absolvendæ, *l. ult. C. de jure fisci*, hæ vero intra tres,

l. generali 44. *C. de decurion.* adhæc causæ excusationum a tutela intra menses quatuor a nominatione *l. quinquaginta* 38. *ff. de excusat. tut.* naufragiorum ac naufragorum lites anno, si levato velo cognosceretur; biennio, si ordinario jure, *l. si quis navicularius* 2. *l. de submersis* 5. *C. de naufragiis*, denique jure novissimo crimina adversus clericos intentata bimestri spatio; ne ut Justinianus ait, propter hujusmodi causas sacris amoveantur obsequiis, &, cum oporteat Deum placari, & decentia sacerdotibus agi, auditoriis detineantur, & litigantium tumultu turbisque, *novell.* 83. *in præfat. & cap.* 1.

55. Ne autem triennii hujus lapsus totam causam perimat, an vero solam litis instantiam, dubium est. Multis placere video, solam litis instantiam triennio perimi; causam ipsam in judicium deductam totis quadraginta annis durare, *ex l. ult. C. de præscript.* 30. *vel quadrag. annor.* quod tamen alii in civilibus tantum admittunt; in criminalibus biennii lapsu interveniente, nullo prorsus modo litem eam, tanquam intermortuam, resuscitari patiuntur; Cujacius *libr.* 9. *observat.* 22. *in fine*, Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 50. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 5. *n.* 34. *in fine*, Brunnemannus *ad d. l.* 13. *C. h. t. in pr.* Mihi contra nihil certius videtur, quam quod ea Justiniani fuit sententia, totam causam perimi, post lapsum triennii nullatenus de novo movendam. Cum enim antea actiones perpetuæ redderentur per litis contestationem, nullo temporis quanticunque spatio deinde intermorituræ; licet ante litem contestatam fuissent tantum temporales, *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut. l. omnes actiones* 139. *ff. de reg. juris*, *l. nam postquam* 9. *§. si is* 3. *ff. de jurejurando*. Justinianus primo quidem aliquam huic malo, litium nempe perennitati, medelam adhibuit, ut, quæ actiones olim ex litis contestatione efficiebantur perpetuæ, deinceps annorum quadraginta spatio a novissimis actis computando extinguerentur, reprobata illorum sententia, quibus persuasum erat, actiones in judicium deductas æque annorum triginta curriculis præscribi, ac si non fuissent intentatæ, *l. ult. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Tandem vero, cum secundum illam *l. ult.* evenire posset, ut actiones totis septuaginta viverent annis, actore actionem brevi ante impletam tricennalem præscriptionem in judicium deducente, ac dein lite contestata quiescente, eamque quadragenariam ex eo tempore efficiente, illud in posterum prospiciendum putavit, *ne lites pene fierent immortales & vitæ hominum modum excederent*, ideoque cum jam ante constitutione ad Mennam præfectum prætorio data, *criminales causas biennio conclusisset*, sancivit, *civiles causas non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas*, ut habet *d. l.* 13. *in pr. & §.* 1. *C. h. t.* quem sane scopum finemque haudquaquam dici posset assecutus, si non lapso triennio lis ipsa finem accepisset. Nec obscure hanc suam mentem Justinianus exponit in *d. l.* 13. *§. hujusmodi* 5. *C. h. t.* dum ait, *hujusmodi autem sententia in prope finem triennii proferatur, pro quo & præsentem legem induximus; si enim in anteriori tempore (in quo larga superest temporis dilatio, & spes absenti relicta fuerit revertendi) alterutra pars cessaverit, in sola expensarum datione, & absolutione forsitan præstetur pœnalis sententia; non autem tunc mors litis & condemnatio in absentem introducatur; quæ in his tantummodo casibus accidunt, in quibus triennii effluentis imminet formido*. Similiter in *§. ult. d. l.* 13. dum minores pupillosque, lite intra triennium per desidiam tutorum non terminata, *causa cecidisse* ait, litisque interitum, non obstante minorennitate, manere firmum, quod indigitat, dum ait, *litem* (scilicet jam triennii lapsu finitam) *nihilominus suum habere vigorem, omnem autem jacturam, quæ ex hac causa oritur, ad tutores, curatores &c. redundare*; nisi pupillis vel minoribus non sufficeret eorum substantia ad indemnitatem: *tunc enim in id, in quo fuerint detrimentum perpessi, in integrum restitutionis auxilium iis superesse voluit*. Causa ergo ceciderunt minores, non nisi in subsidium favore minoris ætatis per restitutionem revictura. *Causa* enim *cadere*, nihil aliud est, quam *rem amittere*, interprete ipso Justiniano *in §. si quis agens* 33. *in pr. Institut. de action.* eodem modo, quo & antea ex constitutione Honorii ac Theodosii, non definitis intra biennium naufragii quæstionibus, navicularius quidem reus propter *vitium judicis* litem non terminantis pro *absoluto* habebatur; sed rerum submersarum æstimationem judex & officium ejus cogebantur inferre; *l. de submersis C. de naufragis*. Nec hisce adversatur, quod in *d. l.* 13. *§. & si quidem* 2. *C. h. t.* jubetur judex, absente per contumaciam actore, *acta apud se confecta inspicere, & si quidem nihil sufficiens actitatum est, ex quo posset termino causæ certa fieri conjectura, fugientem ab observatione judicii relaxare*. Perinde enim est, ac si Imperator dixisset, nullis apparentibus actoris absentis allegatis probatisque, etiam pleniorem a judice institui non debere causæ cognitionem, sed simpliciter reum a judicio & petitione actoris liberandum esse; juxta illud vulgatum, quod actore non probante reus absolvendus sit. Quibus omnibus circa sententiam *d. legis* 13. ita firmatis explicatisque, consequens est, ut dicamus abrogatam esse dispositionem *legis ult. C. de præscript.* 30. *vel quadrag. annorum*, per nostram legem 13. quatenus illa lites quadragenales faciebat post litem contestatam. Etsi enim *d. l. ult.* careat die & consule, eam tamen ante nostram *l.* 13. fuisse conditam, inde recte collegeris, quod *lex ult.* ad Demosthenem præfectum prætorio data est, lex vero 13. *C. h. t.* ad Julianum præfectum prætorio, Demosthene posteriorem, Lampadio scilicet & Oreste consulibus; cum constitutiones aliæ ad Demosthenem datæ cum consulis & diei additamento, Decio consule inveniantur datæ; ut patet ex subscriptione *legis ult. C. de assessoribus*, & collatione inscriptionum subscriptionumque, quas habent *l.* 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. *C. de inoffic. testamento*, ex quibus leges 30. 31. 32. 33. ad Mennam vel Demosthenem directæ, Justiniano alterum consule Decio; contra vero *l.* 34. & sequentes ad Johannem aut Julianum præfectos prætorio, Lampadio & Oreste consulibus, vel post consulatum Lampadii & Orestis anno primo, aut anno secundo: quæ similiter confirmantur ex collatis inscriptionibus & subscriptionibus, quæ sunt in *l.* 33. 34. *et ll. seqq. C. de donation.* uti & in *l.* 10. *& seqq. C. de liberis naturalibus*. Omnem denique dubitandi rationem, an posterior sit *l.* 13. *C. h. t.* quam *d. l. ult. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* tollit, quod Justinianus in *l.* 1.

§. 1. *C. de annali except.* laudet suam constitutionem, qua actiones, in judicium deductas, annis quadraginta durare sanciverat, ac ex illius legis primæ subscriptione appareat, eam emissam fuisse xv. Calend. April. Lampadio & Oreste Consulibus; cum ex adverso *l.* 13. *C. h. t.* data sit vi. Calend. April. Lampadio et Oreste Consulibus, adeoque novam diebus post d. legem primam, quæ tamen jam mentionem habebat *d. legis ult. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.*

56. Neque ab hoc jure civili recessit jus Pontificium, cum & ibi illa triennii exceptio inveniatur proposita; licet in casu speciali ob id rejecta, quod lis per subterfugia adversariorum & cavillationes fuerat ad triennium prorogata, *cap. venerabilis pen. extra de judiciis*. Nostris vero ac multorum aliorum moribus non ultra tempus illud in finiendis litibus observatur, Brunnemannus *ad l.* 13. *pr. &* §. 1. *C. h. t.* licet anni lapsu a novissimis actis apud nos instantiam litis perimi, sed restitutionis auxilio facile redintegrandam, jam supra *h. t.* monitum sit. Ambages interim litium morasque quantum fieri potest industria curaque judicum impediendas esse, vetus monitum est: uti ex opposito vetusta quoque de iis de industria tractis ac protelatis, deque rebus longo sufflamine litis attritis querela, tum per turpes causidicorum artes, tum per nimiam judicantium segnitiem, aut remissionem, Juvenalem vide, jam tum sui seculi mores carpentem, *Satyra* 16. *versu* 55. *& seqq.*

. . . . Convallem ruris aviti
Improbus aut campum mihi si vicinus ademit,
Et sacrum effodit medio de limine saxum,
Quod mea cum patulo coluit puls annua libo:
Debitor aut sumtos pergit non reddere nummos
Vana supervacui dicens chirographa ligni:
Expectandus erit qui lites incboet annus
Totius populi, sed tunc quoque mille ferenda
Tadia, mille moræ; toties subsellia tantum
Sternuntur, jam facundo ponente lacerna?
Cædicio, & Fusco jam micturiente, parati
Digredimur, tentaque fori pugnamus arena.

Quibus adde de tollenda eadem apud nos litium diuturnitate egregia *in de Bataviscbe Arcadia, cum notis, pag. mibi* 575. *& mult. seqq.*

Hinc &, si judicum negligentia lites jam plene ventilatæ diutius & quasi de industria indecisæ remaneant, petente alterutro litigantium, post repetitam superioris judicis admonitionem, ut inferior litibus finem sententia sua imponat, lites ad superiorem judicem evocari, terminandas ab eo supra monui. Præsertim vero peregrinis hominibus expeditissima via jus dicendum est, ne cum dispendio cogantur diutius abesse a re familiari, arg. *l.* 2. *&* 5. *C. de naufragiis*, Perezius *in Cod. d. tit. num.* 9. Brunnemannus *ad d. l.* 5. *Cod.* D. Noodt *de jurisdict. lib.* 1. *cap.* 10. *in fine*, quod ipsum plenius ex peculiari fori cujusque praxi hauriendum. Quemadmodum & illud, quonam tempore judicandum sit, in quantum alibi non nisi oriente sole, adeoque matutino tempore, alibi etiam sole jam declinante, judicare licuit, quod pluribus excussum vide apud Ant. Matthæum *de action. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 12. Romanis plane placuit, omni quidem hora lucis cognosci judicarique posse, at non de nocte; imo matutinis horis cognitionem institui, post meridiem litem sententia finiri debuisse, jam olim dictaverat lex 12. tabularum, his verbis, *ante meridiem causam coniciunto, quam perorant ambo præsentes, post meridiem præsenti litem addicito, sed occasus suprema tempestas esto*, teste Gellio *Noct. Attic. libr.* 17. *cap.* 2. *in med.*

57. Reliqua quod attinet judicum officia, in quantum illos, qui de rebus dubiis consultant, teste Julio Cæsare (*apud Sallust. de bello Catilin. cap.* 61.) ab odio, amicitia, ira, atque misericordia, addam & avaritia, vacuos esse decet; dum haud facile animus verum providet, ubi illa officiunt, quæ & Jurisconsultus iis tantopere commendata censuit in *l. plebiscito* 18. *l.* 19. *de officio præsidis*, consulto prætereo; cum ista plenius oratione publica *officio judicis* sim executus.

58. Quod si male judex judicaverit; si quidem dolo, ex gratia vel odio, infamis est; & ei, quem sua læsit sententia, veram præstare tenetur litis æstimationem; ex vero quippe delicto jam obligatus, *l. filiusfamilias* 15. §. 1. *ff. h. t. l. ult. Cod. de pœna judic. qui male judicavit*, imo si pretio corruptus per sordes judicasset, lex duodecim tabularum perndiam judicis talis, contra omnia jura divina & humana jusjurandum suum pecunia vendentis, capite puniri jussit, Gellius *Noct. Attic. lib.* 20. *cap.* 1. Justinianus vero convicto in causis civilibus dignitatis amissionem, & dati triplum, imposuit; in criminalibus exilium ac bonorum publicationem, data litiganti, qui dedit, sed ipse detexit, venia delicti, ne salva ei actione, cujus amissione Antonini constitutio eum mulctaverat, *l.* 1. *& auth. novo jure Cod. de pœna judicis qui male judicav. novell.* 124. *cap. si quis autem* 2. Sed si sine dolo, sola imprudentia, perperam sententiam ab eo dictam appareat, non nisi ex quasi delicto tenetur, quanti religioni judicantis æquum videbitur pœnam subiturus, *pr. Instit. de oblig. quæ quasi ex delict.* ut tamen imprudentia assessoris, qua aliter jus dictum fuit, quam dici oportuit, non magistratui officere debeat, sed ipsi assessori, *l. hoc edicto* 2. *ff. quod quisque juris in alter. statuerit*, quod & tunc obtinet, cum dolo assessoris per sordes jus male judicanti suggestum est. Nec immerito Romanis assessoribus eos assimilaveris causarum patronos, a quibus hodierni judices litis pendentis dirimendæ gratia responsum petierunt; etsi enim a responsis eorum recedere, judici haud videatur inhibitum, (vide Berlichium *conclus. part.* 1. *conclus.* 59. *num.* 26. *& seqq.*) tamen quia extra dolum est, si illud sequatur, dum ipsius religio responso doloso circumventa est a consultoribus, æquum est, ut non judici, sed magis ipsis malignum noceat consilium, atque ita ex proverbio consultoribus ipsis pessimum sit, arg. *l. consilii* 47. *ff. de regul. juris*. Nostris vero ac multorum aliorum moribus rarius est, ut judex male judicando litem suam faciat: eo quod ex sola imperitia aut imprudentia eum non teneri, tralatitium est, sed demum ex dolo, qui difficilis plerumque probationis est: male namque ageretur cum judicibus, præsertim inferioribus, juris imperitis, si in tam diffusa juris & praxeos scientia, in tanta opinionum varietate, tantaque causarum moram non ferentium ac obruentium multitudine, ipsi singularum litium periculo tenerentur obnoxii, quoties le-

ipsorum iniqua sententia non a dolo, sed errore, imperitia, vel imprudentia, originem habet: ut ratiocinatur, ac plurium auctoritate firmat Groenewegen *ad pr. Instit. de oblig. quae. quasi ex delicto* Ant. Matthaeus *de auctionib. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 2. Parens p. m. Paulus Voet *ad pr. Inst. d. tit. de oblig. quae quasi ex delict. n.* 3. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 8. *num. ult.*

59. Uti autem advocati & procuratores aliique similes litigantibus adsunt, ita & plures judicibus vel opem ferunt, vel a ministeriis sunt. Opem praecipuam ferre toti judicantium ordini videtur is, cui litis jam instructae praeparatorium examen committitur, ut causae merita ante definitivam sententiam collegis referat, de cujus officio videri potest instruct. Curiae Holland. *art.* 149. & *seqq.* Curiae supremae *art.* 41. & *seqq. ad art.* 49. Ultrajectinae *tit.* 1. *art.* 13. 14. 15. Ac nominatim in Hollandia cautum, ne ulli hoc demandetur, cujus filius, aut gener, aut frater, aut affinis, advocati vel procuratoris, munere in illa lite functus est, Placito Ordinum Holland. 23. Martii 1669. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 662. *in fine.*

60. A ministeriis fuerunt Romanis judicibus, scribae, apparitores, accensi, interpretes, praecones, lictores, viatores, carnifices; quorum & nomina & officia ex antiquitate historiae Romanae collecta vide apud Rosinum *Antiquit. Romanar. libr.* 7. *cap. ult.* Demsterum *in notis ibidem*, & *ad lib.* 8. *cap. ult. circa med.* Polletum *Historia fori Romani libr.* 5. *cap.* 12. 13. 14. Meyerum *collegio Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 108. & *seqq. ad numer.* 118. Et his similia munera etiamnum hodie in superioribus ac inferioribus judiciis obiri, vel lippis notum est. Graphiariorum & Secretariorum officia exhibet Instructio Curiae Holland. *art.* 29. & *multis seqq.* Curiae supremae *art.* 64. & *seqq. ad art.* 94. Ultrajectinae *tit.* 3. Brabantinae *art.* 126. & *multis seqq.* Flandricae *art.* 87. & *seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 8. Adde *tit. de edendo n.* 20. & *seqq.* Apparitorum & executorum quae munia, quae partes sint, enarrat Instruct. Curiae Holl. *art.* 91. & *seqq.* supremae *art.* 105. & *seqq.* Ultrajectinae *tit.* 6. & 7. Brabantinae *art.* 368. & *seqq.* Flandricae *art.* 204. & *seqq.* Leeuwen *cens. forens. d. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 9. praecipue vero prolixum Curiae Hollandicae decretum de officiis apparitorum & executorum 28. *Martii* 1680. Carnificis officia nec non salaria ex parte definita occurrunt in decreto Curiae Holl. 11. *Aug.* 1607. & 5. *Novembr.* 1608. *vol.* 2. *placit. Holl. p.* 1505. & *seqq.* quae per indicem retulisse suffecerit. Quantam vero graphiariorum acta mereantur fidem; quantam, & in quibus, relationes apparitorum, infra dicetur *tit. de fide instrum.* & *tit. de testibus.*

61. Illud de graphiariis haud praetermittendum, non prorsus a ratione alienum esse, ut tanquam suspecti reprobentur, quo minus vel acta conficiant, vel deliberationi judicum adsint, aliaque officii nomine expediant in litibus, quae ipsis cum alio intercedunt, quave inter tales exercentur, quorum alteruter sic sanguinis vinculo iis junctus est, ut & in tali cognationis gradu judex posset tanquam suspectus recusari. Uti enim in judice metuendum, ne gratia & affectione ductus aliter judicet, quam exigit justitiae ratio; ita quoque pari ratione merito quis vereatur, ne per graphiarium ita conjunctum arcana, veluti testium depositiones, & alia, aut nullo modo aut tardius revelanda, pandantur maturius adversae parti ita conjunctae. Quam rationem secuti Ordines Generales foederati Belgii, id disertis sanxerunt verbis in instructione Curiae Flandricae *art.* 90. etsi contra judicatum fuisse a Curia Hollandiae anno 1559. 23. Februar. referat compilator decisionum *post resp. JCtor. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 11. *in fine*, van Alphen *part.* 1. *in suo formulario cap.* 50. *in fine.*

62. De apparitoribus quoque sciendum, illos, dum suo funguntur munere, non ex propria persona aestimandos esse, sed judicem repraesentare, cujus mandato instructi sunt. Quibus consentaneum est, ut, qui apparitoribus in officio versantibus violenter resistunt, injuriis, plagis, vulneribus excipiunt, aeque graviter arbitrio judicis coercendi veniant, atque si hanc ipsi judici intulissent laesionem. Si enim injurias uxori, filiofamilias, aut servo illatas, in mariti aut patris aut domini contumeliam redundare, certi juris sit, quia vel affectui vel potestati subsunt, *l.* 1. §. *item* 3. *l. eum qui* 18. §. *ult. ff. de injuriis*, §. *patitur* 2. & *seqq. Instit. de injur.* si legatorum violatio ita juris interpretatione credatur in Principum eosdem mittentium facta contemptum, ut latius tradidi *tract. de jure militari cap.* 1. *numer.* 25., quis non pari ratione animadvertit, judicem videri ea passum, quae apparitori jussa judicis exequenti illata sunt? Aliud dicendum foret, si vel mandato destitutus esset, vel excederet mandati fines, atque ita sordidas exerceret concussiones: tunc enim non minus ei, quam privato cuique res nostras diripienti resisti posset, arg. *l. probibitum* 5. *C. de jure fisci*, *leg.* 1. *ff. de concussione*; etsi tutius fuerit atque consultius, praesenti violentiae cedere, ac apud judicem querelas exponere, ne qua tumultus oriatur occasio, indeque fiat, ut defensio, quae primo justa & honesta videbatur, in injuriam tandem, moderamine inculpatae tutelae non omnifariam observato, declinet, arg. *l. non est. singulis* 176. *ff. de regul. juris*, Ant. Fab. *Cod. l.* 7. *tit.* 20. *defin.* 15. confer. *tit. de jurisdict. num.* 50.

63. Ceterum tum judicibus, tum ministris eorum sportulae debitae. Ita pedaneis judicibus per litigatores praestandi fuerunt duo aurei in ingressu litis, totidemque in fine, si modo lis ea aureorum centum superaret quantitatem, *novell.* 82. *cap. ne autem* 9. De sportulis vero apparitori solvendis definitio quantitatis in obscuro est, dum cum codice priore interciderunt constitutiones eandem praescribentes. Vide §. *tripli* 24. *Instit. de action. l. ult.* §. *ult. C. de sportulis*; Cujacium *l.* 12. *observ.* 22. immunes sane ab hujusmodi sportulis apparitori solvendis sunt Episcopi in causis suae ecclesiae; ac minores, quam vulgo, sportulas clerici in propriis suis exsolvunt causis, *novell.* 123. *cap. sportularum vero* 28.

64. Haec de prima tituli parte, quae erat de *judiciis*; restat explicanda altera, *ubi quisque agere vel conveniri debeat.* Omni etenim in judicio id praecipue observandum, ut in foro competente lis moveatur: de quo regula generalis est, actorem sequi forum rei; adeo ut juris ordo converti dicatur, si quis postulet, reum ad actoris venire forum, *l.*

juris ordinem 2. *C. de jurisd. cap. cum sit generale* 8. *extra, de foro compet.* Sufficit autem, quod litis initio reus in eo loco, quo convenitur, forum competens sortiatur: cum enim illic, ubi acceptum est semel judicium, etiam finem accipere debeat, *l. ubi acceptum* 30. *ff. h. t.* non potest reus desiderare, litem ad alium transferri judicem, si forte lite pendente incipiat cessare ratio, quæ eum tali judici, ut competenti, reddiderat obnoxium; veluti si domicilium mutet, aut militiæ nomen det, aut militia solvatur; aut pupillus vel vidua esse desinat nuptiis aut majorennitate, *d. l.* 2. *C. de jurisdict. omnium jud. l. pen. ff. de jurisdict. l. si quis, posteaquam* 7. *ff. h. t. cap. proposuisti pen. extra, de foro compet.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 36. *num.* 13. Considerandum enim, non nisi in exordio litis opponi posse declinatoriam fori exceptionem, antequam actum fuerit, aut publice dictatum, arg. *l. pen. & ult. C. de exception. seu præscript.* Nam, etsi verum sit, reum cavendo desistendo, quoties secundum jus hodiernum arresto detentus est, sibi non præjudicare, quo minus forum adhuc declinet; tamen sibi nocet, si vel exceptionem aliam dilatoriam opposuerit, vel ab adversario exegerit cautionem; cum ita videatur in judicem consensisse, ut latius dixi *tit. de jurisdictione num.* 21. 22. Ubi ex opposito, exceptione hac per reum objecta, actor die condicto ad eam non respondens, tacite censetur assensum præbere in id, ut ad forum aliud reus remittatur: cum ante omnia illa de foro competente quæstio discutienda sit, & sciri debeat, utrum sententia, postmodum pronuncianda, firmitatem habitura sit, an ob defectum jurisdictionis futura sit ipso jure nulla, arg. *l. si crimen* 3. *C. de ordin. cognit.* quod & cautum *Instruct. Curiæ supremæ art.* 243. usque adeo, ut is, qui qualitatem quandam allegat, qua posita judex est competens, qua deficiente incompetens est, eandem protinus in litis ingressu teneatur docere, quicquid in contrarium nititur, Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 9. Quid enim si quis Titium, velut studiosum, ad tribunal vocet Academicum, vel tanquam militem & ad judicium militare, cum Titius se vel militem esse negaret, vel studiosis adscriptum? aut quid si Caja quasi vidua, vel Mævius ut minorennis, adversarium vocet ad tribunal superius ex privilegio viduabus ac pupillis dato, is autem actorem actricemve viduam aut minorennem neget; absurdum sane fuerit, litigantem ad subeundas litis molestias compelli, antequam constet, utrum sententia, post discussionem causæ principalis interposita, effectum sortitura sit, nec ne. Quin potius, uti in quæstione, an valeat testamentum, in primis animadvertendum est, an is, qui fecit testamentum, habeat testamenti factionem, deinde, si habuerit, an secundum regulas juris civilis testatus sit, *l. si quæramus* 4. *ff. qui testam. fac. poss.* ita quoque, si dubitetur, an talis judicis jurisdictio sit, an vero vocatus ad aliud forum revocandi jus habeat, judex ante omnia debet causa cognita id statuere, & ad alium judicem protinus litigantes remittere, si constiterit, in ea illos esse causa, ut remittendi sint, *l. consensisse* 2. *§. sed si dubitetur* 6. *l. si quis ex aliena* 5. *ff. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 31. *num.* 2.

65. Judicem certe ipsum, cujus jurisdictio declinatur, de eo cognoscere, dubium non est, *d. l.* 2. *§.* 6. *& l.* 5. *ff. h. t.* adeo ut in expensas quoque actorem temere vocantem condemnare queat, si semet ipsum pronunciet non competentem; cum enim in ista cognitione, quæ de re fori competentia est, ipse competens judex fuerit, sequitur, ipsum in expensas quoque, istius quæstionis intuitu factas, posse damnare, etsi in principali negotio incompetens sit, *cap. statutum* 11. *§. cum vero* 1. *de rescriptis in* 6. *Clement.* 1. *de rescriptis*; eodem modo, quo expensarum damno judex appellationis mactare potest appellantem, si pronunciet, desertam fuisse ab eo appellationem *cap. reprehensibilis* 26. *extra de appellat.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 34. Sed an is, qui vocatus est ad judicem non competentem venire teneatur, ut id doceat, an vero impune non venire possit & vocationem contemnere, non æque expeditum. Ut huic quæstioni satisfiat, distinctione opus est: si enim reus tantum ex privilegio quodam possit forum declinare; alioquin ibi judicandum, ejus erit, non contemnere prætoris auctoritatem: nam & legati, ceterique, qui revocandi domum jus habent, in ea sunt causa, ut in jus vocati, veniant, privilegia sua allegaturi, ut Ulpianus ait *in d. l.* 5. *ff. h. t. l. ex quacunque* 2. *ff. si quis in jus vocatus non iverit*, ne alias silentio videatur privilegio renunciasse ac prorogasse jurisdictionem. At si judici non competat certo certius potestas judicandi de tali negotio vel re vel quantitate, potest reus impune non venire, sic ut & sententia in eum absentem lata ipso jure nulla sit, juxta vulgatum illud, supra jurisdictionem suam aut extra suum territorium jus dicenti impune non pareri *l. ult. ff. de jurisdict. l. contumacia* 53. *§. ult. ff. de judic.* Ant. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 3. *&* 4. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 43. *num.* 7. *& seqq.* Rebuffus *ad constit. regias tom.* 3. *tit. de contumac. & defect. art.* 8. *gloss.* 1. *num.* 7. 8. 9. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 7. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 25. *num.* 1. Magis etenim judicis ipsius officium erat, litem illam, quam sciebat ad suam non pertinere jurisdictionem, sponte ac sine ullius rogatione, a suo amandare tribunali; non vero sese immiscere rei ad se non pertinenti, arg. *l. culpa est* 36. *ff. de reg. juris.*

66. Multis vero modis reus forum competens sortitur; puta, ratione delicti, contractus, prorogationis, rei sitæ, reconventionis, continentiæ causæ, originis, domicilii, & privilegii, cui ex moribus addi debet forum competens ex causa arresti seu detentionis personæ aut rerum, quod late patet, ac facile actori est, ea via ad suum proprium forum reum pertrahere, ut late dictum *tit. de in jus vocando.* Quod si in pluribus locis reus forum competens sortiatur, in actoris arbitrio est, quo in foro reum convenire velit, sic ut is in foro competente conventus, frustra ad alium judicem sese desideret, *l. ult. in fin. Cod. de jurisdict. omn. judic. arg. l. arbitraria* 2. *§. Scævola* 3. *ff. de eo quod certo loco*, Covarruvias *variar. resol. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 6. *& pract. quæst. cap.* 7. *n.* 5. Brunnemannus *ad d. l. ult. C. de jurisdict.* responsa JCtor. Holl. *part.* 14. *consil.* 291.

67. Delicti quidem intuitu forum competens sortitur reus in loco, in quo crimen commissum, vel

saltem inchoatum est, sive illic inveniatur, sive non, *l. C. ubi senat. vel clariss. l.* 1. *C. ubi de criminib.* adeo ut & criminum graviorum rei, alibi intercepti, ad locum, in quo facinus perpetratum erat, remittendi fuerint, pœnam ibi subituri, ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & affinibus interemptorum eodem loco pœna reddita in quo latrones homicidia fecissent, *l. capitalium* 28. §. *pen. ff. de pœnis*, *l. desertorem* 3. *ff. de re militari*, & licet illæ reorum transmissiones hodiernis moribus inter illos, qui eidem non subsunt Principi, comitatis potius, quam necessitatis sint, ut plenius dicetur *tit. de custod. & exhib. reorum*; tamen cessans transmissionum necessitas non impedit, quo minus nunc judex loci, in quo scelus perpetratum est, cum illic nec inveniretur delinquens, nec domicilium foveret, nec alibi detentus esset, aut accusatus, edictis publicis absentem adesse jubeat, ut sese sistat, ac adversus accusationem tueatur, ni tanquam contumax condemnari malit, arg. *d. l. C. ubi de crimin. auth. si vero criminis, C. ad l. Jul. de adulteriis & stupro*, *l. ult. ff. de accusat.* junct. *l.* 1. §. *præsides* 2. *ff. de requirend. reis*, Carpzovius *pract. criminal. part.* 3. *quæst.* 110. *n.* 45. 46. 47. *& seqq.* Groenewegen *ad leg.* 1. *C. ubi de criminib. circa fin.* Brunnemannus *ad l.* 7. *ff. h. t. num.* 5. Jubent sane Impp. *in d. l.* 1. criminis persecutionem fieri vel *ubi commissum est*, vel *ubi reperiuntur rei*: si vero id fieri non potuisset in loco delicti, nisi illic præsente reo, totum illud, *ubi commissum vel inchoatum est crimen*, inutile esset, ac suffecisset, reos convenire posse *ubi reperiuntur*, sive in domicilii loco, sive in quovis alio, in quo oberrant forte vagabundi. Neque hanc evertunt sententiam ea, quæ plures in contrariam traxerunt opinionem, inter quos est Zangerus *de exceptionib. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 449. Berlichius *dec.* 142. Radelantius *Curiæ Ultraject. dec. ult. pag.* 286. *& seqq.* Quod enim constitutum est, ut in criminali causa actor rei forum sequatur, *l. in criminali* 5. *C. de jurisdict. omn. jud.* quid, quæso, ad quæstionem nostram, an non & in delicti loco forum competens sit? sequitur actor rei forum etiam tunc, cum eum absentem in loco delicti accusat, quin delicti locus delinquenti forum competens, est sine distinctione, *d. l.* 1. *Cod. ubi de crimin.* nihilo plus juvat *l. si quondam* 15. *C. ad leg. Jul. de adult. l. absentem* 6. *C. de accusation.* cum non aliud ibi cautum sit, quam quod in causis capitalibus absens solemniter accusari nequeat; sed adnotari debeat requirendus. Cum vero nostris multorum moribus receptum sit, accusari absentes, ac probatione sufficiente convictos damnari, causa nulla superest, cur non & in loco delicti perpetrati adversus absentem accusatio institueretur, ac decerneretur supplicium, tunc executioni dandum, cum rei damnati copia erit: suadentibus etiam id ipsum iisdem rationibus, propter quas jure Quiritium transmissiones reorum inductas fuisse, paulo ante dictum est. Adde Petrum Bort. *van criminale saken, tit.* 1. *n.* 28. *& seqq.*

68. Sed & quocunque alio in loco, in quo reperitur delinquens, eundem recte accusari, Romanis placuit, *d. l.* 1. *Cod. ubi de criminibus*, *l. Præses provinciæ* 3. *l. congruit* 13. *ff. de offic. præsidis*, Donellus *comment. jur. civil. libr.* 17. *cap.* 16. versu *hucusque*, Cancerius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 65. 66. 67. Carpzovius *tract. criminal. part.* 3. *quæst.* 110. *num.* 72. *& seqq.* Jacob. Thomingius *dec.* 5. *circa fin.* confer Psittacum Holland. *part.* 2. *tit.* 23. *van appol post libellum supplicem* 13. *pag. mihi* 260. *& seqq.* Petrum Cort *van crimin. saken tit.* 1. *num.* 37. *& seqq.* ac proinde etiam in loco domicilii, sive ibi, sive extra domicilii locum alibi deliquerit, Struvius *ad Pand. h. t. num.* 47. Anton. Matthæus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 20. *cap.* 2. *num.* 8. Qui domicilii locus ad criminum persecutionem usque adeo Hollandis commodissimus visus est, ut constitutum fuerit, incolas Hollandiæ, criminis insimulatos, non nisi a suo judice ordinario (*haren dageliiksen rechter*) apprehendi aut judicari posse, quoties neque fugitivi sunt neque flagranti in delicto deprehensi, *Placito Ordin. Holland.* 15. *Sept.* 1677. *vol.* 3. *placit. pag.* 1385. Petrus Bort. *van criminele saken tit.* 1. *n.* 35. *& seqq.* Quod tamen de criminibus extra domicilii quidem locum, sed intra Hollandiam ab Hollando commissis intelligendum est: nam si extra Hollandiam deliquisset Hollandus, nihil vetat, quo minus apud judicem, in cujus territorio delictum perpetratum fuit, quique Batavicis legibus adstrictus non est, accusatus & absens legitimis evocetur edictis juxta ante adstructa; aut etiam detineatur in alio quocunque extra Hollandiam loco, etsi in Hollandia tunc crimen commissum esset, uti cautum a Philippo Hisp. Rege, Hollandiæ tunc Comite, *Ordinantie op. de criminale justitie* 5. *Julii* 1570. *art.* 74. 75. *vol.* 2. *placitor. pag.* 1038. 1039.

69. Plane ad forum competens in criminalibus constituendum haud sufficit, quod delinquens bona immobilia aliquo in loco possideat; si de cetero illic neque domicilium habeat, neque deliquerit, neque apprehensus sit. Etenim rei quidem sitæ locus forum competens esse potest in civilibus, quoties ea ipsa de re quæstio est, seu res illa petitur, *tit. Cod. ubi in rem actio*; at non, si alterius rei, vel pœnæ persecutio sit. Et licet hodierno jure competens judex fieri possit ex eo, quod adversarius adversarii bona in territorio aliquo invenit, ac publica sistit auctoritate; quia tamen ipsum sistendi jus exorbitans est a jure communi tanquam species quædam executionis ante sententiam, & præcipue ad fovenda inter gentes commercia inductum, ut dixi *tit. de in jus voc.* vix est, ut ad crimina jure porrigamus hoc singulare & odiosum rerum sistendarum jus, solius jurisdictionis fundandæ contemplatione. Et sane, si sola ratio possessionis, seu possessio domus alteriusve rei in aliqua civitate neque domicilium faciat, neque idonea sit civilibus possessori muneribus injungendis, seu ad id, ut is ad eum vocetur locum, munera civilia obiturus, *l. libertus* 17. §. *sola ratio* 5. *&* §. *sola domus* 13. *ff. ad municipalem* etiam sufficiens videri non potest ad id, ut delinquens ad eum citatus locum, criminis diluendi causa teneretur venire: cum non minus intersit reipublicæ munera geri civilia, quam fontes puniri. Parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 11. *cap.* 1. *num.* 7. Nec obstat, quod a nonnullis traditum est, reo ob crimen condemnato, & publicationem bonorum patiente, res ejus immobiles extra territorium condemnantis assit cedere fisco Principis illius, in cujus regione sitæ sunt. Cum enim id tantum fiat in conse-

quentiam sententiæ ab alio judice competente latæ, pro cujus justitia & æquitate dum alii præsumunt locorum aliorum judices, executionem ejus in suo faciunt territorio quantum ad bona illic sita, non est, quod sana ratione ex eo solo forum competens adstruxeris: quam frequenter enim literis (ut appellant) requisitorialibus rogati judices exsequantur sententiam a competente judice alibi latam, ut ut ipsi in causæ ipsius cognitione incompetentes manifesto fuerint, quotidiana experientia abunde docet.

70. Quoties autem pluribus in locis secundum jam tradita reus criminis conveniri potest, in tali fori multiplicis concursu præventioni locum fore, rationis est: ut enim in aliis, ita & hic, vigilantibus jura scripta sunt, *l. pen. in fine ff. quæ in fraud. credit. sunt ut restitut.* nec immerito huc illud traduxeris, quod de popularibus actionibus jure civili traditum, occupantis seu litem contestantis meliorem esse conditionem; nec ceteros amplius ad agendum admitti quam primum unus e populo cœpit judicium populare movere, *l. sed si 3. ff. de popular. action.* junct. *l. ut si cui 12. ff. de verbor. signif.*. Prævenisse vero censendus est, qui reum criminis deprehensum aut carceri inclusit, aut alteri qualicumque custodiæ commisit: cum enim in jus vocatio præventioni locum faciat, *l. ult. C. de in jus vocando, l. si quis, posteaquam 7. ff. h. t.* eo quod lis ibi finem accipere debet, ubi initium habuit, *l. ult. acceptum 30. ff. h. t.* initium autem habuit a facta in jus vocatione, *§. ult. Instit. de pœna temere litigant.* non potest non videri prævenisse, qui hanc fecit manus injectionem ac detentionem, adeoque rigidiorem realem in jus vocationem, Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 14. defin.* 3. Quin immo, si judex alius, veluti domicilii, reum criminis absentem edicto jam citaverit, alius itidem competens, velut judex loci, in quo delictum perpetratum est, eundem post factam priorem citationem apprehenderit, placuit potiorem fore causam ejus, qui apprehendit, licet verbalis in jus vocatio per alium facta tempore prior sit; cum noxa caput sequatur, & crimen personam ubique comitetur, *l. 1. in fine ff. de privatis delictis*, ac non decernendæ tantum, sed & infligendæ pœnæ potestatem habet, qui delinquentem tenet; dum is, qui citationem fecit, supplicium quidem in absentem constituere potest, at haudquaquam executioni dare. Nisi tamen probari possit, reum sponte talem affectasse apprehensionem, pœnæ gravioris evitandæ, aut transactionis facilioris ineundæ spe, Jacob. Coren. *consil.* 30. Appendix. *decis. post. respons. JCtor. Holl. part. 3. vol. 1. pag. 23. in pr.* Cancerius *var. resolut. part. 2. cap. 1. num.* 208. 209. Damnouderus *praxi crimin. cap. 33. n.* 5. 6. Jul. Clarus *libr. 5. sententiarum §. fin. quæst. 34. num.* 7. Responsa Jurisc. Holland, *part. 2. consil.* 319. Carpzovius *pract. criminal. part. 3. quæst. 119. num.* 98. 99. 100. Brunnemannus *ad l. 7. ff. h. t. num.* 5. Quod si judex alius in crimen quidem jam inquisiverit, sed nec citaverit delinquentem nec apprehenderit, alius vero eundem vel injectione manus captivum duxerit, vel absentem jusserit edictis adesse, potior in fori competentis & præventionis quæstione erit causa ejus, qui prior citavit, cum non a nuda inquisitione, sed ab ipsa in jus vocatione, judiciorum omnium principium derivandum sit, *d. §. ult. Inst. de pœna temere litigit.* Anton. Faber *C. libr. 3. tit. 14. defin.* 3. Plura de præventione in materia criminali vide apud Petrum Bort. *van criminale saken tit.* 2.

71. Neque tantum præventioni huic locus est, quando in dubium est, pluribus in locis reum criminis peragi posse, secundum jam exposita; sed & si incertum sit, qui ex causa loci, in quo delictum perpetratum fuit, judex competens æstimandus sit, dum forte in territorii duplicis confinio illud commissum dicitur; nisi quis malit, junctim territorii utriusque judicem cognoscere debere ac punire; quod tamen multis involutum difficultatibus vix in praxim deduci potest. Illum sane solum in tale casu competentem fore, in cujus territorio caput occisi invenitur, vel ubi pedes secundum alios, vel ubi cor, ut quibusdam visum est, ineptum adeo atque ridiculum, ut referre pigeat, nec refutationem mereatur. Vide Carpzovium *pract. criminal. part. 3. quæst. 110. num. & seq. ad num.* 39. Bachovium *Treutlerum vol. 1. disput. 19. th.* 4. Quod si de jurisdictione in criminalibus inter duos judices superiorem habentes contentio sit, & ea ratione diutius accusationem protelari, reum carceris tædio atque squallore macerari, crimenque suspensum aut impunitum manere contingat, seculo superiore in his regionibus constitutum fuit, litem illam criminalem ad tribunal superius evocandam esse, salvo cuique suo circa jurisdictionem jure, *Ordinantie op de criminele Justitie 5 Julii 1570. art. 72. 73. Sententien van den Hoogen en Provincialem Rade sent.* 45.

72. Operæ pretium foret, obiter ex usu nostro subnectere casus quosdam notabiliores, in quibus crimina non promiscue, sed a certis tantum coercentur judicibus; sed rectius ista inferius inter exempla & species fororum ex privilegio competentium recensebimus.

73. Ratione contractus forum competens sortitur reus eo in loco, in quo contractus vel quasi contractus celebratus seu perfectus est, *l. hæres 19. §. 1. & seqq. l. 20. l. de eo autem 26. l. argentarium 45. pr. & §. 1. ff. h. t.* si modo reus illic inveniatur, aut bona habeat quæ possint eo absente ibi judicis auctoritate possideri, *d. l. hæres 19. pr & §. 1. 2. ff. h. t.* cum quo & jus Canonicum consentit, *cap. 1. §. contrahentes vero, de foro compet. in 6.* & mores hodierni; adeo ut ne ex speciali quidem jurisdictionis prorogatione contractui addita contrahens ibi conveniri possit, nisi ipsi aut bonis ipsius in eo loco repertis injecta manu (arrestum dicunt) jurisdictio stabilita sit, Andr. Gayl. *libr. 2. observ. 36. num.* 14. Sande *dec. Frisic. lib. 1. tit. 1. defin.* 3. Ant. Faber *Cod. lib. 3. tit. 15. defin.* 4. Groenewegen *ad l. 2. Cod. de jurisdict. omn. judic. & ad tit. C. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit*, Struvius *ad Pand. h. t. num.* 42. Respons. JCtor. Holland. *part. 3. vol. 2. consil.* 174. In eoque forum competens ex contractu distare ab eo, quod est ex delicto, notat Donellus *Comment. jur. civil. lib. 17. cap.* 16. vers. *alterum est.* Jure tamen singulari inter Hollandos Zelandosque quid convenerit de debitorum Zelandorum bonis in Hollandia per Hollandos jurisdictionis gratia non sistendis, de debitoribus tamen Zelandis in Hollandico contractus loco repertis ad litis contestationem adigendis, & vice versa, dixi *tit. de in jus vocando.* Vide *Provisione l. accoord. tus-*

teben Holland en Zeeland 21. *Junii* 1674. *art.* 5. & *seqq.* Quando vero contractus unusquisque censeatur perfectus esse, ex varia contractuum natura, prout vel re vel verbis vel consensu constiterint, dijudicandum est. Plane, si contractus consensu constantes inter absentes seu diversis in locis domicilia foventes nuncio vel litteris celebrari contigerit, commodissimum fuerit, illic contractum censeri perfectum ubi literæ negotium concludentes acceptatæ sunt. Cum enim ad perfectionem contractus requiratur utriusque consensus, eo demum in loco negotium, de quo concludendo tractatur, videri potest perfectum, in quo partis utriusque consensus conjungitur, nuncio aut literis mittentem ipsum repræsentantibus, perinde ac si ipse ad eum, ad quem absentem literas dedit, profectus, consensum coram ac præsens præsenti exposuisset: eodem scilicet modo, quo & ex opposito renunciationem societatis per epistolam declarans absenti socio, non ante censetur suum dissensum manifestasse in socii detrimentum, atque ita a societate liberatus esse, quam per redditas literas innotuerit socio renunciantis voluntas; non secus, ac si is socio absenti se stitisset præsentem, *l. sed & socius* 17. §. *si absenti* 1. *ff. pro socio.* Facitque in hac sententia, quod vulgo traditum ab interpretibus, literas, moriente eo qui contrahendi gratia eas miserat, antequam acceptatæ essent ab eo, cui inscriptæ erant, nec mittentem obligare nec acceptantem, aut alterutri prodesse; cum eo tempore, quo acceptabantur, scribentis mortalitas impedimento fuerit, quo minus concipi queat utriusque in idem placitum consensus, arg. *l. si cum* 2. §. *pen. ff. de donationibus*, ut pluribus auctorum nominibus confirmat Berlichius *dec.* 38. *n.* 4. & *passim.* Quod si, alibi consensu contrahentium interposito, alibi de tali conventione, probationis gratia instrumentum conscriptum sit, non instrumenti confecti, sed consensus interpositi locus forum competens efficiet ex causa contractus; neque enim ex figura literarum, sed conventione obligamur, *l. non figura* 38. *ff. de oblig. & action.* nec assumta extrinsecus scriptura, ut, quod actum est, facilius per eam probari possit, contractum aut facit, aut perficit, *l. in re* 4. *ff. de fide instrum. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hypoth.* arg. *l. exigere* 65. *ff. h. t.* nisi, ut contractus in scriptis fieret, placuisse constiterit: cum enim eo placito id efficiatur, ne contractus habeatur perfectus, nisi instrumentum subscriptione partium aliisque requisitis firmatum, omnibus numeris absolutum sit, *pr. Instit. de emtione vend. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* vix est, ut non in instrumenti conscripti loco contractus talis credatur celebratus, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 111. 112. Sed &, si alibi contractus perfectus sit, ad alium vero locum seu implementum conventionis destinatum, contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, dummodo & ibi secundum antedicta inventus fuerit, aut bona habeat, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. l. aut ibi* 3. *ff. de reb. auctor. jud. possid. l. hæres. absens* 19. §. *ult. l. exigere* 65. *ff. h. t. l. unic. C. ubi convenitur qui certo loco dare promisit*, Ant. Faber *Cod. d. lib* 3 *tit.* 15. *defi.* 4. Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 110. Jacobus Coren *observat.* 28. *n.* 35. & *seqq.* Groenewegen *ad tit. Cod. ubi convenitur qui certo loco dare promisit.*

74. Quibus porro in locis actione tutelæ ad rationes reddendas, aut ex testamento ad legata aut fideicommissa solvenda, vel familiæ erciscundæ judicio ad hæreditatem dividendam & præstationes personales experiundum sit, ubi judicium universale concursus inter creditores ventilari debeat, commodius tradetur *tit. familiæ ercisc. tit. de tutela & ration. distrab. tit. de legatis & fideicommis. & qui pot. in pignore.* Non tamen ex loco contractus forum competens est, si id nominatim actum fuerit, ut non ibi, sed alibi conveniretur, *l. hæres* 19. §. *proinde* 2. *ff. h. t.* aut cum advena contractum sit, qui in loco contractus nec domicilium habens, nec tabernam vel officinam conductam, confestim inde discessurus est, sciente id adversario quocum contraxit, *d. l.* 19. §. 2. *ff. h. t.* cujus exemplum etiam est in *l. exigere* 65. *ff. h. t.* quod tamen postremum, inducto per mores sistendi jure, nunc non servatur.

75. Est & forum competens *jurisdictionis prorogatione*, de qua ex professo actum *tit. de jurisdictione num.* 14. & *sequent. ad num.* 38.

76. Ad hæc ratione *rei sitæ* recte de rei proprietate vel possessione quisque experitur in rem actione eo in loco, in quo res, propter quas contenditur, sitæ aut constitutæ sunt: sive singulari vindicatione, sive universali hæreditatis petitione earum persecutio facienda sit, *l.* 2. *l.* 3. *C. ubi in rem actio, l. unic. C. ubi de hæreditate agitur*, sive de mobilibus sive de immobilibus agatur rebus; cum & in mobilibus ex præsenti possessione actio sit, *l. non alias* 24. §. *ult. l. quod legatur* 38. *ff. h. t.* jure sistendi secundum mores hodiernos adhibito, rebusque in loco, ubi sunt, arresto gravatis, ac possessore alibi degente solemniter citato, Groenewegen *ad l. unic. C. ubi de hæredit. agitur*. Neque enim interest, utrum reus ibidem præsens sit, nec ne: nam si legitime citatus possessor sese non sistat, nec rei controversæ suscipiat defensionem; in rei indefensæ possessionem actor a judice mittendus est, *d. l.* 2. *C. ubi in rem actio*, hodie lis etiam principalis post rei contumaciam ex allegatis ab actore ac probatis terminanda, ex notissima praxi. Constat enim, in hac fori competentis causa non tam personæ, quam potius rei, quæ petitur, rationem haberi, neque reum ad se defendendum, cum ab ejus persona nihil petatur, sed ad defendendum rem venire. Unde & eos, qui alioquin fori gaudent privilegio, de proprietate vel possessione conventos in rei sitæ loco, non posse per oppositam fori præscriptionem litem ad suum privilegiatum revocare forum, verius est. Clericum sane hac ratione conventum de re seculari apud secularem judicem in rei sitæ loco, teneri ibidem litem excipere, traditum ad Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 37. *num.* 4. Mynsingero *cent.* 1. *observ.* 22. Struvio *ad Pand. h. t. num.* 49. Vinnio *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 18. *in pr.* Brunnemanno *ad l.* 3. *C. ubi in rem actio.* Et academicum de re in loco studii vocatum ad judicem ordinarium, ad Rectorem judicemve Academicum remittendum non esse, post alios scripsit idem Vinnius *d. loco*: quod & Academiæ Leydensis statutis *articulo* 39. cautum est.

77. An autem cum hoc rei sitæ foro concurrat etiam forum ex domicilio rei possidentis, non adeo expeditum est. Non concurrere, sed præcise tantum in rei sitæ loco ventilandas esse de proprietate vel possessione controversias, multis contendit Donellus *comment. jur. civil. libr.* 17. *cap.* 17. Stockmans *Curiæ Brabant. decis.* 136. Contra, concursum admittendum esse, electione actori data, an in domicilii an situs loco experiri desideret, aliis placuit, inter quos Joh. Deckherus *lib.* 2. *dissert.* 10. *n.* 15. Menochius *de adipiscenda posses. remed.* 4. *num.* 402. 403. Struvius *ad Pand. h. t. num.* 52. Vinnius *quæst. libr.* 1. *cap.* 18. Brunnemannus *ad l.* 3. *C. ubi in rem. actio*, ab utrisque recedit ex parte Cujacius *lib.* 5. *observ.* 19. Neque religio mihi est, mediam quodammodo hic ingredi viam. Etenim mobilia non in loco tantum, in quo sunt, sed & alibi, ubi forum competens reus sortitur, rei vindicatione peti posse, evidenter colligitur ex §. 2. & 3. *Inst. de off. judic. l. si res mobilis* 10. *l.* 11. & 12. *ff. de rei vindicat.* in quibus dum Jurisconsulti quærunt, ubi restitutio rei mobilis vindicatæ facienda sit, ac definiunt, eam, si præsens non sit, nec lite pendente dolo malo rei ab eo loco, in quo lis contestata, translata fuerit, restitui posse vel in loco, ubi agitur, vel in loco, ubi res est, & ubi eam tum bonæ tum malæ fidei possessor nactus est; hoc ipso duo distincta considerant loca, alterum, in quo res est, & in quo non erat actum, alterum in quo de re mobili absente litis contestatio facta erat. Commodior autem non erat agendi locus de re mobili extra situs locum, quam in quo possessor domicilium fovebat; quippe cum aliis plerisque concurrit specialibus fori competentis causis. Et hanc ipsam fuisse mentem Imperatorum in *l. ult. C. ubi, in rem actio*, persuasum habeo; ajunt enim: *Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constitutæ sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri.* Agunt de rebus, quæ in *aliquo loco constitutæ sunt*, quod mobilium est, aut personarum, quæ in loco, in certa provincia, *constitutæ* perhibentur in *l.* 1. *C. ubi in rem actio*, non item immobilium, quippe quæ minus accurate, minus saltem proprie, in aliquo loco *constitui aut constituta* esse dicuntur; rectius, *sita esse*, *l.* 2. *C. eod. tit. ubi in rem actio.* De his mobilibus in certo loco constitutis ajunt, *actorem sequi forum rei*, sive in rem, sive in personam actio sit; sequitur vero actor forum rei, cum eundem in domicilii loco interpellat, hanc enim interpretationem ea verba recipere patet, tum ex *l. juris ordinum* 2. *C. de jurisdict. omn: judic.* tum ex eo, quod conjunguntur in *d. l. ult.* actiones in personam & in rem; at, quin in personam actiones in domicilii loco jure optimo moveantur, dubium nulli est. Sed ne solus domicilii locus videretur ad forum competens constituendum idoneus, subjungunt Imperatores in *d. l. ult.* & alterum, in quo res controversæ constitutæ sunt; conjunctione illa; *sed & in locis illis, in quibus &c.* Nec abhorret hæc sententia a juris rationibus: nam, cum mobilia nulli certo loco alligata sint, sed restitutionem ubicunque recipiant, arbitrio judicis aut etiam rei victi, de loco in locum transferenda, potuit efficaciter judex reum, domicilii intuitu sibi subjectum, ad restitutionem rei mobilis in quocunque idoneo, ac vel ipso domicilii loco, faciendam damnare, *d. l.* 10, 11. 12. *ff. de rei vindicat.* Eoque facit, quod ab interpretibus communiter est traditum, mobilia personam comitari; ac censeri illic esse quantum ad effectus juris, ubi dominus ipsorum domicilium fovet, etsi naturaliter alibi constituta essent. Neque hanc de rebus mobilibus opinionem evertit *l. quod legatur* 57. *ff. h. t.* Etenim Vinnio in *d. lib.* 1. *select. quæst. cap.* 18. responderi potest, Jurisconsultum, ajentem, *etiam ibi peti debet, ubi res est*, vim & effectum solutionis respicere; quia, si alibi petatur, hæres tamen eo loco, ubi res sine hæredis facto est, solvere eam potest, convenienter *d. leg.* 10. 11. 12. *ff. de rei vindicat.* Constat utique, in *d. l.* 38. id quod in fine legis dicitur, *peti debere ubi res est*, in principio ejusdem legis expressum esse per *dationem*, quæ ad exactionem sequi debeat, *ibi, ubi res est*. Contra se res habet in immobilibus, quæ certo adstricta loco, situm ex possessoris voluntate judicisve decreto mutare, vel aliorsum transferri, natura vetat. Cum ergo non alibi, quam ubi perenniter sita manebunt, ratione naturali possint restitui, etiam congruum fuit, non alium competentem actionis, quæ in rem immobilem est, judicem esse, quam qui imperio & jurisdictione sua posset possessione spoliare reum, contumaciter judicato satisfacere detrectantem, adhibita etiam militari manu; juxta *l. qui restituere* 68. *de rei vindicat. l. si quis missus* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. erit.* Qua ratione etiam a Paulo traditum, *eum, qui possidere jubetur, eo loco jussum videri, cujus cura ad jubentem pertinet*, dum non erat in jubentis potestate inducere manu militari in possessionem rerum, nisi quæ in territorio ejus sitæ erant, *l. cum unus* 12. §. *is qui possidere* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Et his convenienter a Constantino in *l.* 2. *C. ubi in rem actio*, rescriptum est, eum, qui alterius nomine quolibet modo *possidens immobilem rem*, litem ab aliquo per in rem actionem sustinet, debere statim dominum nominare, ut is, sive in eadem civitate, *sive in alia degat*, intra certum tempus a judice definiendum, *vel ipse in loca, in quibus prædium situm est, perveniens, vel procuratorem mittens, intentionem actoris excipiat.* Eademque Imperatorum sententia est in *l. unic. C. ubi de possessione*; dum ajunt, *convenire*, ut adversus eum, qui possessionem turbavit, *judicet judex loci, ubi vis facta dicitur, aut momentanea possessio postulanda est*, intentato scilicet interdicto unde vi, in solis immobilibus locum habente, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 114. Adde Burgundum *ad consuet. Flandriæ tract.* 3. *n.* 8. Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 38. *in pr.* Neque turbatur hæc nostra de immobilibus assertio ex eo, quod hæreditatis petitio non tantum in loco, in quo res hæreditariæ sitæ sunt, sed & ubi domicilium reus habet, intentari possit, *l. unic. C. ubi de hæreditate agatur*, si modo consideremus, hæreditatis petitionem non esse meram in rem actionem, sed & simul in personam, adeoque mixtam; mixtæ ergo hujus actionis personalis ratio effecit, ut ita ab Imperatoribus responsum sit. Uti enim de hac ipsa actione mixta alibi rescriptum fuit, longi temporis

præscriptione eam non summoveri, eodem modo, quo non summoventur longi temporis præscriptione pleræque in personam actiones; addita etiam ratione, *quod mixta personalis actionis natura id respondere compellat*; cum contrarium in ceteris specialibus in rem actionibus servaretur, *l. hæreditatis* 7. *C. de petit. hæred. l.* 1. *C. de annali except.* ita, cum ex obligatione conveniri regulariter unusquisque posset in domicilii loco, etsi nec res præstanda illic inveniretur, nec contractus esset celebratus, *l. heres* 19. *§. ult. ff. h. t. l. juris ordinem* 2. *C. de jurisdict. omn. judic.* justum fuit, ut hæc actio, etiam ex obligatione nata, hactenus personalis, in eo quoque ceteris exæquaretur in personam actionibus, ut non modo illic, ubi res sita est, sed & in loco domicilii rei posset moveri, & ita res ipsa simul cum præstationibus personalibus in alterutro loco peti, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 2. *cap.* 1. *num.* 294. *& seqq.* Meyerus *colleg. Argentorat. ad Pand. h. t. numer.* 235. 239. 240.

78. Reconventio insuper, seu mutua petitio, qua reus vicissim quid ab actore petit ex eadem vel diversa causa, forum competens efficit: æquum enim visum fuit, ut judicem tanquam idoneum agnoscat unusquisque tanquam reus, quem tanquam actor etiamnum agnoscit; (nisi eum in causa reconventionis possit suspectum arguere, *nov.* 96. *cap. illud quoque* 2. frustra dissentiente Carpzovio, dum exceptiones judicis non competentis & judicis suspecti imprudenter confundit, *defin. for. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 3.) in tantum, ut & tanquam actor repellendus sit, qui causam reconventionis excipere tanquam reus recusat, neque reus ultra procedere teneatur in causa conventionis, si conventus nolit ad mutuam respondere petitionem, *l. si idem* 11. *§. sed & si* 1. *ff. de jurisdict. l. cui non cogitur* 22. *ff. h. t. l. cum Papinianus* 14. *& auth. & consequenter C. de sentent. & interlocut. omn. judic. d. nov.* 96. *c.* 2. Quin etiam adversus eum non respondentem in reconventione, ut contumacem, reus causam tum conventionis cum reconventionis urgere potest: neque enim actori liberum est, liti a se inchoatæ renunciare, ut reconventionis judicium declinet; &, si maxime a sua petitione in universum desistat, mutuæ tamen petitionis intuitu apud eundem judicem teneretur litigare, quasi præventus, Matthæus de Afflictis *decis.* 173. *numer.* 5. Christinæus *vol.* 4. *decis.* 94. *n.* 5. Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 18. *defin. unic.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 3. *num.* 4. etiamsi id usu inductum inveniretur, ut causa reconventionis non nisi post finitam conventionis causam agitanda foret, ut id in Saxonia obtinuit, Berlichius *part.* 1. *conclus. practicab.* 22. *num.* 64. *& seqq.* Nec refert, una an pluribus actionibus uno libello cumulatis (quod hodie licere, dictum *tit. de edendo*) reus actorem reconvenire velit. Uti nec interest, utrum ex conventione, an ex delicto reconventio fiat, aut etiam ex crimine publico, in quantum is, qui læsus est, adversus delinquentem ad pœnam pecuniariam sibi ex juris Romani præceptis applicandam, vel ex nostro usu ad id quod interest, contendit, *l.* 1. *C. rerum amotarum*, arg. *l. si ambo* 10. *§. quotiens* 2. *ff. de compensat.* Berlichius *part.* 1. *conclus.* 22. *n.* 30. Qua ratione etiam in actione injuriarum mutuas petitiones, admitti apud nos receptum est. Vide van Alphens Papegaey *part.* 1. *cap.* 1. *cap.* 8. *circa fin. pag. mihi* 96. uti & apud Saxones, teste Carpzovio *defin. for. part. constit.* 7. *defin.* 13. idque in quantum actione injuriarum conventus contendit, se magis injuriam perpessum esse, quam intulisse; nam ut in injuriarum actione conventus, non ex injuria, sed vel ex contractu, vel alia simili causa, reconventionem faceret, haud visum fuit permittendum; alioquin enim, (ut cum Juliano Ulpianus eleganter ait) impune contumeliis & damnis homines afficientur, aut erit in potestate cujusque, pulsando eos, subjicere eos jurisdictioni, dum se vindicant, *l. consensisse* 2. *§. item in extra* 5. *ff. h. t.* Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 13. *num.* 59. Non etiam impeditur unus ex pluribus reis, puta cohæredibus simul conventis, reconvenire actorem ex negotio, quod ipsi soli cum actore intercessit, nec ei cum ceteris ejusdem litis consortibus commune est. Et vice versa idem obtinet, si unus a pluribus cohæredibus actione quadam hæreditaria conventus, unum ex heredibus alia ex causa vicissim debentem, mutua velit impetere conventione. Cum enim nomina & actiones ipso jure inter cohæredes divisæ sint, ac singuli separatim pro portione hæreditaria debeant, ipsisve debeatur, *l.* 2. *§. ult. l.* 4. *l.* 25. *§.* 9. 13. *ff. famil. ercisc.* consequens est, ut etsi simul agant aut conveniantur, perinde tamen considerandi veniant, ac si singuli seorsim actionem intentassent, aut excepissent intentatam; tot denique videri debeant actiones motæ, quot personæ simul agunt aut conveniuntur, sic ut & singuli hæredes separatim pro sua quisque parte agere ac conveniri queant, *l.* 1. *§. si pecunia* 36. *ff. depositi*, *l.* 1. *C. de exception.* arg. *§. quot.* 18. *Instit. de inutil. stipulat. l. scire debemus* 29. *l. quod dicitur* 86. *ff. de verbor. oblig. l. quia dicitur* 32. *ff. de eviction.* Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 22. *num.* 14.

79. Observandum interim, neminem invitum constringi posse, ut apud eundem judicem, coram quo conventus est, vicissim ab actore petat. Cum enim supra monitum sit, actoris electionem esse, quo in loco reum, pluribus in locis forum competens sortientem, convenire malit; atque insuper in ipsius rei conventi utilitatem excogitatum sit reconventionis faciendæ jus; absurdum fuerit, eum hac privari electione, aut invitum ad id adigi, ut suo uteretur beneficio, cui unusquique secundum juris principia potest renunciare. Si tamen reconvenire nolit, jus Romanum hanc ei imponit necessitatem, ut litem alio coram judice non ante moveat, quam post litis prioris illatæ finem, *novell.* 96. *cap.* 2. Jus quoque canonicum eandem necessitatem reo videtur imponere, nisi judicem illum in reconventionis causa suspectum habeat, *cap. dispendia* 3. *de rescriptis in* 6. Quæ, an & nostris moribus conveniant, haud immerito addubites; cum inter duos eodem tempore plures diversis in locis lites intercedere, quotidianum sit. Vide Merulam *praxi, lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 1.

80. Sed nec illud negligendum, neque omni tempore, neque adversus omnes actores, neque apud omnem judicem, nec denique omni in actione, reconventionem promiscue admissam esse. Tempus quod attinet, etsi consultius reo sit, statim in ipso litis ingressu reconventionem facere, ad id ut pari passu

lis utraque procedat, de quo in sequentibus *num.* 86. 88. tamen & postea in quavis judicii parte eandem fieri nihil vetat dummodo meminerimus, tunc non ita eadem sententia litem reconventionis simul dirimendam esse: durat enim, pendente conventionis lite, eadem æquitatis ratio, quæ reconventionem introduci suasit; ut nempe actor judicem non dedignetur tanquam inidoneum in reconventione, quem in conventione ut idoneum agnovit. Quæ sententia, uti juri canonico conveniens est, *cap. dispendia* 3. *de rescriptis in* 6. quo scriptum est, *reum, si durante eodem judicio actorem sibi obnoxium dixerit, reconventionis beneficio apud eosdem judices experiri;* ita & juri civili congruit; dum generaliter definitum, *eum, qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogendum actionem accipere, l. qui non cogitur* 22. *ff. h. t.* neutro scilicet jure distinctio temporis invenitur proposita, sed utrobique generalis definitio est, *durante judicio*, & *si ipse agat*, adeoque non tantum in litis exordio, sed & in omni judicii parte. Ac ne Justinianus quidem distinctione temporis circa reconveniendi potestatem usus est, sed & ipse simpliciter eam ad forum competens constituendum admisit, *l. cum Papinianus* 14. *C. de sent. & interlocut. omn. judic.* denique verbis satis manifestis id Papinianus significat, dum ait, in rem suam datum procuratorem, *post litis contestationem si vice mutua conveniatur*, compensationis æquitate usurum, *l. in rem suam* 18. *ff. de compensation.* illa enim verba, *post litis contestationem*, neque recte conjunguntur cum primis legis istius verbis, quasi sensus esset, tum compensationi locum esse, cum post litem contestatam, quis procurator in rem suam datus est. Neque etiam cum postremis, quasi JCtus voluisset post litem demum contestatam posse objici compensationem ab eo, qui in rem suam procurator constitutus est: nam & ante litem contestatam recte quemque in rem suam constitui procuratorem, certum est, & compensatione uti, dicetur *tit. de compensat.* ac colligi potest arg. *l. si delegatio* 3. *Cod. de novat. l. procurat.* 55. *ff. de procurat.* Ut proinde non aliud restet, quam ut *litis contestationem* ad ipsam referamus mutuam petitionem, tanquam lite jam contestata adhuc permissam. Quod autem in *novell.* 96. *cap.* 2. ab Imperatore constitutum est, reum, si sibi obnoxium arbitretur eum, a quo conventus est, eundem *mox a principio* debere reconvenire, non alio pertinet, quam ad id, ut lis utraque simul decurrat, seu, ut Imp. ait, *similiter lis utraque exerceatur.* Etsi ergo reconventio, post litem demum contestatam cœpta, illud non operetur, ut simul utique disceptationi eodem temporis finis imponatur; efficit tamen, ut actor nequeat declinatoriam fori exceptionem sese judicis ejusdem cognitioni subducere ac jurisdictioni. Vide varie sentientes Berlichium *part.* 1. *concl. pract.* 22. *n.* 43. *& seqq.* Cancerium *var. resolut. part.* 2. *cap.* 13. *num.* 2. *& seqq.* Christinæum *ad leg. Mechlin. tit.* 1. *art.* 24. *n.* 4. *& seqq. & vol.* 4. *dec.* 94. *num.* 6. 7. Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 2. *&* 4. Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 2. Zangerum *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 383. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 27. *num.* 4. Post litem conventionis, jam judicialis sententia terminatam, reconventionem frustra fieri, inter omnes fere convenit: neque enim ullo tempore mutuæ petitiones dici possunt, quarum una jam finem habuit, antequam alterius initium esset, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 6. *defin.* 2. Sed nec in appellatione a sententia definitiva, si prætermissa fuerit in prima lite, Psittacus Hollandiæ *tit.* 25. van Appel. *pag. mihi* 303. *in pr.* non ea quidem ratione, quæ est apud Ant. Fabrum *Cod. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 2. *in fine*, quasi reconventio ante litem contestatam fieri debeat, per appellationem autem judicatum quidem, at non litis contestatio extinguatur: contrarium enim jam demonstratum est: sed potius, quod judex in appellatione de eo tantum cognoscere debeat ac definire, utrum a judice inferiore recte an perperam judicatum sit, atque adeo officium ejus haudquaquam sese possit extendere ad ea, de quibus in prima lite neque cognitio interposita, neque sententia lata est. Confirmatque hanc sententiam Papinianus ac Ulpianus, dum ajunt, illum, qui provocationis interpositæ gratia Romam venit, non adigendum, ut aliam illic litem excipiat, sed jus revocandi domum habere; ratione addita, quoniam ob aliam causam eo venerat vel evocatus erat, *l. consensisse* 2. *§. legatis* 3. vers. *ei quoque ff. h. t. l. ad cognitionem* 13. *ff. quib. ex causis in possess. eatur.* Berlichius *part.* 1. *practic. conclus.* 22. *num.* 22. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 6. *defin.* 1. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 27. *n.* 5. Quibus non adversantur quæ a Wilhelmo Grotio in manuduct. ad praxin Batavic. *lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 24. tradita & usu quotidiano evidentia sunt, posse scilicet eum, adversus quem appellatio ad judicem superiorem facta est, etiam vicissim appellatione uti, & ita quasi reconvenire appellantem, ubi non omnia sibi ex voto adjudicata videt, (vulgo *grieven a minima proponeren*) neque enim ista reconventionis species appellationi adversa est; cum hic judex superior non de aliis judicium interponat quam quæ prima fuerant lite decisa. Circa tempus tamen reconventionis faciendæ (ut hoc addam) Instructione Curiæ Flandricæ *art.* 303. cautum invenio, post litem plane contestatam admittendum non esse reum, invito actore, ad faciendam reconventionem. Contra, jure Saxonico, non nisi finita lite conventionis, reconventionem fieri placuit, teste Berlichio *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 20. *n.* 33. *& seqq.* Carpzovius *def. for. part.* 1. *const.* 7. *defin.* 7.

81. Non etiam adversus omnes actores reconventionem institui posse constat, sed demum, si nomine proprio actionem intentaverint. Proinde etsi tutor, curator, procurator, administrator, aliique similes pro pupillis ac aliis, quorum curant negotia, agentes, reconveniri quidem possint de eo, quod vicissim pupilli ac reliqui, pro quibus in judicio consistunt, reo convento dicuntur debere; non tamen de eo ad quod dandum, faciendum, præstandum, restituendum ipsi nomine suo proprio, non qua tutores aut administratores, obligati sunt; ne, dum forte reconventionis metu ipsam conventionis litem intentare reformidant, ac differunt, commoda pupillorum, eorumve, quorum res gerunt, neglecta depereant. Uti vice versa tales suo nomine proprie experiuntes reconventionem pati non tenentur de eo, quod, reo convento debitum ab his, quorum tutelam aut negotia tractant. Eoque facit, quod tutori, pupillorum nomine petenti, nullo jure objicitur compensatio pecuniæ, quam ipse tutor

suo nomine adversario debet, *l. pen. ff. de compensat.* Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *caput* 13. *numerum* 31. & *seqq.* vers. *quaero secundo*, Berlichius *d. part.* 1. *concl. pract.* 22. *numerum* 12. 13. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 6. Brunnemannus *ad l.* 33. *§.* 3. & 4. *ff. de procurat.* Leeuwen *cens. for. part.* 2. *liber* 1. *caput* 27. *numerum* 6.

82. Sed nec unus ex sociis, communi societatis nomine actionem movens, reconventionem pati tenetur nomine ejus, quod ipse privatim, non societatis intuitu, reo debet; aut vice versa tum, quia nec compensationem in tali casu admitti censent, ut dicam *tit. de compensat.* tum, quia non ita singuli socii, ut quidem hæredes singuli secundum ante dicta, tanquam actores separati considerari possunt, nec pro sociorum numero multiplicati censentur actores aut actiones, quando societatis nomine lis movetur, sed magis una actio est universitatis sociorum; quemadmodum non multiplex, sed una tantum obligatio & actio est, cum non res singulæ, sed rerum universitas in conventionem deducta est, *l. scire debemus* 20. *l. quod dicitur* 86. *ff. de verbor. obligat.* tum denique, quia universitati sociorum debitum non singulis, qua singulis, debitum est, arg. *l. sicut* 7. *§.* 1. *ff. quod cujusque universit. nomine*, nec reus conventus tam cum actore, quam potius cum societate contraxisse videtur; ac proinde alia qualitate reconveniretur actor quam qua Primitius cœpit experiri; agendo scilicet societatem ac socios conjunctim repræsentans, in conventione autem ex propria tantum persona privatim consideratus. Berlichius *d. part.* 1. *concl. pract.* 22. *num.* 15.

83. Similiter nec actor reconventionem pati tenetur ab eo, quem reus ad sui defensionem vocavit, ut puta, si emptor aliusve similis de re sibi vendita, aut aliis ex causis quæsita litem patiens, auctori denunciaverit, ut sibi assistat, aut se defendat, ac ab ea actione, qua convenitur, præstet indemnem. Cum enim actor in conventione nullam auctori, sed emtori similibusque litem moverit, absurdum esset, auctorem nulla lite ab actore interpellatum, reconventionem facere, quæ utique præcedentem supponit ac requirit conventionem, Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 13. *circa fin. num.* 61. & *seqq.* versu, *tandem.* Secus quam obtineret, si auctor ab emtore, & similibus vocatus, ut liti assistat, vocantem ipsum vellet reconvenire: est enim eo casu emtor non alio quam actoris loco habendus, auctor vero considerandus tanquam reus; adeoque deesse tunc nequaquam videntur termini habiles ad mutuam petitionem movendam, Christinæus *vol.* 4. *dec.* 94. *n.* 5.

84. Quod si in rem suam constitutus, procurator actione cessa agat, non aliter reconventionem, quam cedens pati debuerat, ipse pati, ac defendere cessionarium tenetur, quam si in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, negotium gestum sit; si modo hic procurator in rem suam non cessis directis, sed utilibus actionibus, experiatur. Sciendum enim, eos, quibus nomen aut venditum aut donatum aut legatum est, non modo procuratorio nomine directas actiones, ex cessione sibi quæsitas, in judicium deducere, sed & utiles velut sibi proprias suo nomine posse intentare; sive hæreditate vendita de actionibus hæreditariis quæstio sit, sive singulare nomen titulo singulari fuerit translatum, *l. emtor hæreditatis* 5. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 9. *C. de hæred. vel act. vend. l. si cum emtore* 16. *ff. de pactis.* Ubi ergo utilibus cessionarius contendit actionibus, cum non alium repræsentet, sed suo nomine in lite subsistat, æquum visum non fuit, eum reconventione adstringi ad subeundam cedentis defensionem, cujus personam non sustinebat in conventione; nisi fraude probata, cui nullum a legibus patrocinium est, arg. *l. si quis in rem* 34. *ff. de procurator.* Sed si in rem suam constitutus procuratorio nomine, atque adeo directis actionibus mandatis, agat; distinguendum, utrum necessitate cogente, an ex libera voluntate cessio facta sit. Si ex necessitate, reconventionis causam, quæ cedenti poterat moveri, suscipere non compellitur, *l. servum* 33. *§. ul. ff. de procurat.*, veluti si judicio familiæ erciscundæ nomina hereditaria uni ex hæredibus adjudicata sint, *l. plane* 3. *ff. famil. ercisc.* vel uni ex pluribus tutoribus aut fidejussoribus solidum solvere parato per pupillum aut creditorem actiones contra reliquos contutores aut confidejussores cessæ fuerint; vel alia quacumque ex causa contigerit actiones mandari, ad id, ut vel indemnitatem consequatur mandatarius, vel damni, alioquin ob cessionem non factam imminentis, periculum evitet. Neque hæc juris nostri definitio ratione destituitur: etsi enim regulariter mandatas exercens actiones eo jure uti debeat, quo is, cujus persona fungitur, *l. emtor* 5. *C. de hæred. vel. act. vendita*, novum tamen non est, ut subveniatur hominibus, ex necessitate quid facientibus, quibus, non succurreretur, si sponte sua accessissent ad illud faciendum; uti id evincunt exempla in *l. si fidejussor* 7. *§.* 1. *l. de die* 8. *§. tutor* 5. *ff. qui satisd. cog. l.* & *si post tres* 8. *§. si qui caution. in jud. sist. causa fact. non ob temp.* junct. *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *de verbor. obligat.* Sande *de cessione actionum cap.* 10. *n.* 4. & 5. Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 22. *n.* 23. Hæc ita in cessione necessaria; sin a libero processerit arbitrio actionum mandatum, nonnullis placuit, procuratori in rem suam indistincte impositam esse necessitatem excipiendi reconventionem, quæ ante cessionem ipsi potuerat cedenti inferri, Ant. Fab. *conject. lib.* 14. *cap.* 10. Donell. *comment. jur. civil. lib.* 18. *cap.* 13. *ante. med.* versu, *sed tamen hoc*, Sande *de cessione actionum cap.* 10. *num.* 3. 7. & *seqq.* Sed ne vel emendationi temere nimis cum Fabro indulgeamus, vel cum Donello ac Sandio frustra simus in quærenda cessionis necessitate, quæ vere nulla est in facti speciebus in *l. si quis in rem* 34. *l. pater filio* 70. *ff. de procurator.* religio mihi fuerit; a vulgata recedere interpretum sententia, distinguentium intercessionem voluntariam, quæ ex titulo oneroso, & eam, quæ ex lucrativo secuta est. Ut, si ex titulo oneroso interposita fuerit, non aliter reconventio & cedentis defensio cessionario imponenda sit, quam si in fraudem reconventionis actionum cessio fabricata doceatur: sin ex lucrativa causa, omni modo cessionarius ad causam quoque reconventionis ex capite cedentis defendendam compelli debeat. Priorem sane distinctionis assertionem satis evincit, *d. l.* 34. *ff. de procurat.* de emptore hæreditatis tractans, qui, ut ex libera voluntate eam emit, nullo imminente rei familiaris dam-

no, etsi ab ea abstinuisset emtione; ita & sequelam venditionis, actionum nempe hæreditariarum cessionem & exercitium sponte sua obtinuisse credendus est, nisi quis eadem ratione omnium actionum venditarum cessionem acquisitioni ex necessitate factæ voluerit accensitam; quod, quantum a vero recedat, supervacuum est dicere. Posterius membrum evidenter apparet ex *d. l. pater filio* 70. *ff. de procurator.* ubi is cui nomen ex lucrativa fideicommissi causa relictum fuerat, non aliter mandata per hæredes actione uti potest, quam si eosdem defendat adversus eum ipsum debitorem, cui hæredes illi ex alia ejusdem defuncti testatoris hæreditaria causa, veluti tutelæ administratione, obnoxii fuerant. Et quid quæso justius, quam ut is, qui ex alieno capite commodum sentit, illudque in judicio persequitur, incommoda quoque sentiat, ac defendat eodem judicio eum, ex cujus beneficio ac liberalitate jus agendi habet; arg. *l. secundum naturam* 10. *ff. de regul. juris*, aut quid, obsecro, interest, utrum quis ex capite cedentis patiatur reconventionem, an ex ejusdem cedentis persona doli exceptione opposita repulsam ferat; & tamen indubium est, eum quidem, qui ex lucrativa causa, non item eum, qui ex onerosa procurator in rem suam factus est, exceptione doli per cedentem commissi repelli posse, *l. apud Celsum* 4. *§. si cum legitima* 28. *in fine & 92. ff. de doli mali & met. except.* Neque hanc inter cessiones ex causa onerosa & lucrativa factas distinctionem impugnat Ulpianus in *l. servum.* 33. *§. ult. ff. de procurator.* generaliter definiens, *procuratorem in rem suam adhuc debere mandantem defendere.* Nam, cum illa regula restringatur limitatione una mox in eodem *§. ult.* subjuncta, *nisi forte ex necessitate fuerit factus procurator in rem suam*; atque insuper altera per Gajum in sequenti *lege* 34. proposita, scilicet, nisi bona fide & non in fraudem eorum, qui invicem agere vellent, cessio ex causa emtionis, adeoque titulo oneroso facta sit; consequens est, regulam illam Ulpiani, de procuratore in rem suam constituto conceptam, veritatem non invenire, nisi in cessionibus ex causa lucrativa factis, itemque in illis, quæ ex causa quidem onerosa, sed in fraudem reconventionis, ac ejus eludendæ gratia, erant interpositæ.

85. Sed nec apud omnem judicem reconventio recte fit. Etsi enim nihil intersit, utrum judex ordinarius an delegatus sit, aut etiam certis tantum causis judicandis constitutus, quoties reconventio etiam ex tali causa fit, quæ ejus potestati & cognitioni commissa est, arg. *l. cum Papinianus* 14. *C. de sent. & interlocut. cap.* 1. *extra, de mutuis petitionibus*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 35. *num. ult.* Menochius *de arbitrar. judic. libr.* 1. *quæst.* 44. *num.* 2. *& seqq.* non tamen indulgendum est, reconventionem fieri apud eos de causis talibus, quæ ne ex speciali quidem Jurisdictionis prorogatione possent per eos determinari: veluti si conventus apud judicem ordinarium de re non feudali, adversarium vellet de re feudali (cujus peculiarem judicem esse, post dicetur) reconvenire; aut vice versa de re feudali apud judicem feudalem imperitus, eundem de negotio ad ordinarii judicis notionem pertinente tentaret vicissim interpellare. Quod & aperte constitutum apud Hollandos Instructione novissima Curiæ Feudalis Hollandicæ 7. *Aprilis* 1631. *art.* 9. *vol.* 2. *placitor. Holl. pag.* 2643. si modo prima instantia, & non per appellationem, curia cognoscat. Idemque jus est in causis omnibus, quæ judicium ordinariorum jurisdictioni subductæ, peculiarem ex legislatoris auctoritate judicem sortitæ sunt, si de his non ita Jurisdictioni judicis ordinarii relictis mutua petitio apud eum institueretur; aut contra, veluti in Hollandia alibique de causa possessionis, Carpzovius *definit. forens. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 3. *num.* 3. *& seqq.* Berlichius *practic. conclus. part.* 1. *conclus.* 12. *num.* 18. 19. Neostadius *Cur. sup. decis.* 127. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 1. *cap.* 44. *num.* 11. *& seq.* Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 90. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 40. *num.* 6. *& seqq.* Zangerus *de exceptionibus part.* 2. *cap.* 1. *n.* 373. *& seqq.* Eoque faciunt, quæ tradidi *tit. de jurisdictione*, circa prorogationem. Dissent. Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 13. *num.* 53. *& seqq.* vers. *quæro decimo.* Quod si quantitatis intuitu judicis potestas limitata sit, uti ex prorogatione per litigantes facta etiam de majori quantitate judicare potuit, *l. inter convenientes* 28. *ff. ad municipal. l. de qua re* 74. *§.* 1. *ff. h. t.* ita & ex reconventione; sic ut is, qui quantitatem minorem petit, judicis potestatem non excedentem, recte mutua conveniatur actione, ad eam quantitatem tendente, quæ supra judicis istius jurisdictionem est, *l. si idem.* 11. *§.* 1. *& seqq. ff. de jurisdictione*, nisi judicibus delegatis causæ minores demandatæ fuerint, justitiæ promptius faciliusque expediendæ gratia, majoris quantitatis negotiis ordinario judici reservatis: tunc enim, uti prorogatio admittenda non est, per rationes in *tit. de jurisdictione num.* 35. propositas, ita nec reconventionem admitti, ex iisdem fundamentis verius est, quoties praxis contraria non apparet, Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 7. *defin.* 4. *n.* 3. *& seqq.* Confer Christinæum *ad leg. Mechliniens. tit.* 1. *artic.* 16. *n.* 2. *& seqq.*

86. Denique nec omnibus in causis reconventio probata est. Etenim, implorato tantum extra ordinem judicis officio, sic ut illa imploratio non sit actionis loco, neque tendat ad rei jurisve nostri persecutionem, sed tantum ad actum aliquem expediendum, velut insinuationem alteri faciendam, aut simile quid, reconventio admittenda non videtur; cum reconventio præcedentem requirat conventionem, conventio autem judicialis non sit, ubi nihil ab adversario petitum est, nullave actio instituta, arg. *l. libertus* 14. *l.* 15. *ff. de in jus vocando, l. quæsitum* 5. *ff. ad Senatuscons. Turpillian.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 6. *defin.* 3. Sed si imploratio extraordinaria auxilii judicialis actionem contineat, aut actionis vim, seu juris nostri a tertio persecutionem, nihil vetat, quominus mutua petitio admittenda foret, etiamsi causa petitionis non observato solito judiciorum ordine, sed de plano vel summarie expedienda veniat: nam & eum, qui vel interdicto vel præjudiciali actione experitur, vel legatorum aut damni infecti nomine cautionem postulat, reconventum, defendere cogendum, Ulpianus notat, *l. sed & hæ* 35. *§. non solum* 2. *ff. de procurat.*, & extraordinaria de salariis petitio apud præsidem facta efficit, ut de mutuis quoque petitionibus idem jure judicet, *l.* 1. *§. ult. ff. de extraord. cognit.* Sande *d. loco*, ac quamvis in deposito, & causis momentaneæ possessionis seu spolii, compensatio non admittatur, ne retardetur, *l. pen. C. depositi l. ult. §.* 1. *C. de compensat.*

cap. 2. extra, de restit. spoliat. cap. ult. extra, de ordin. cognit. quo fundamento nonnullis placuit, reconventionem quoque denegandam esse: verius tamen est, et locum fore, cum generalis reconventionis æquitas & hic usum inveniat eatenus, ut depositi agens, aut restitui adversus spolium desiderans, eundem debeat agnoscere judicem, alia ex causa vicissim conventus, neque id uspiam nominatim inveniatur prohibitum; ac a compensatione ad reconventionem non omni ex parte argumentum procedat, Zoesius *ad tit. ff. depositi n.* 10. 11. Similiter etsi alimentorum futurorum causa celerem desideret definitionem, adeo ut per appellationem suspendendi non videatur interposita de iis præstandis decreti executio, arg. *l. ult. ff. de appellat. recip. vel non*, nec compensatione objecta videatur interim mora præstationi eorundem injicienda, ut plenius dicetur *tit. de compensat.* tamen & hic reconventum fori exceptione declinatoria cariturum ratio superius adducta suadet. Generaliter namque tenendum est, tum in casibus jam enumeratis, tum in aliis quibuscumque summariis in judicium deductis, reconventionem ad id saltem proficere posse, ut actor summaria agens actione, judicem eumdem agnoscat mutua conventus petitione, & ita competens ibi forum sortiatur, Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 22. *num.* 31. *& seqq.* Quamvis eo casu neque pari passu lis utraque decurrere debeat, neque eadem pariter sententia finiri, *d. cap. ult. extra, de ordine cognit.* ne causa non privilegiata, quæ servatis omnibus litium solemnibus ac dilationibus expedienda est, causæ privilegiatæ officiat, moramque injiciat contra leges, celeritatem in ea terminanda præcipientes; lite scilicet reconventionis post latam in conventione sententiam deinceps ulterius ad finem perducenda, sive victus in conventione appellandum censuerit, sive sententiæ latæ acquiescendum: nisi causa reconventionis æque, ac conventionis, summaria, & privilegio celerioris expeditionis donata sit, Merula *praxi lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 6. *n.* 4. Ut proinde cavendum sit a Cancerio aliisque ab eo allegatis, existimantibus, causam reconventionis ordinariam assumere naturam causæ conventionis, & pariter cum causa conventionis summaria, quasi & ipsa summaria esset, debere finiri, *Variar. resol. part.* 2. *cap.* 13. vers. *quæro septimo n.* 39. *& seqq.*

87. Interim silentio haud prætermittendum, usu fori Hollandici reconventionem in interdicto quidem quorum bonorum, & aliis similibus adipiscendæ possessionis reprobatam non esse; at nequaquam in interdicto unde vi & causa spolii admissam, quoties quis adversus vim aut turbationem auxilium implorat, impetratis decretis, quæ appellant *mandementen van spolie, & mandementen van maintenue en complainte*: ita de praxi testante Wilhelmo Grotio *in sua praxi fori Batavici lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 23. Alchenio *in suo formulario part.* 1. *cap.* 14. *fere in pag. mibi* 113. *& cap.* 15. *pag.* 119. vers. *den gedaagde & cap.* 16. *pagina mibi* 129. vers. *in complainte*. Adde Wassenaar *pract. conclus. pract.* 1. *concl.* 22. *n.* 20. ubi *et num.* 24. post Andr. Gayl. *lib.* 1. *de pace publica observ.* 12. definit in causa fractæ pacis publicæ cessare reconventionem.

88. In quibus autem causis hic reconventionis effectus est, ut pari passu unoque tempore & eodem sententia conventionis & reconventionis judicium finiatur, quandoque tamen ob quasdam circumstantias accidere potest, ut judicis officio conventionis causa separetur a causa reconventionis, & alterutra sola sine altera terminetur; puta, si judici prius evidenter liqueat de una causa, cum altera illiquida prorsus esset, multisque ambagibus ac ambiguitatibus etiamnum involuta, Christinæus ad *leg. Mechliniens. tit.* 1. *art.* 24. *n. tertio*. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 10. Ut &, si reconveniens nihil deinceps urgeat, aut producat, Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 10. Neostadius *Curia Holland. decis.* 46. Van Alphen *in formulario part.* 1. *cap.* 1. *n.* 17. 18. 19. *pag. mibi* 39. *in princ.* aut si demum post litem contestatam reconventio facta sit, Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 383. Christinæus *vol.* 4. *decis.* 94. *num.* 6. Idemque obtinet, si quis semel, iterum, tertioque citatus, sui copiam non fecerit, deinceps autem ante sententiam sese sistens mutua actorem convenerit petitione; eo quod quæ post talem contumaciam fiunt, perinde habenda sunt, ac si post litem vere contestatam facta essent, Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 1. *defin.* 25. Sed quibus in casibus definita conventionis lite, reconventionis causa adhuc pendens ac indecisa relinquitur, liberum tamen ex jure hodierno est reconvenienti jam condemnato, debitam ex condemnatione pecuniam consignare ac arresto (ut loquuntur) gravare pro eventu litis, ex reconventione etiamnum pendentis, donec ille idoneam præstiterit cautionem, sive civis, sive peregrinus sit, qui reconventione impetitus est; etsi de cive id juris Saxonici interpretibus displiceat, Berlichius *practic. concl. part.* 1. *conclus.* 22. *n.* 59. 60. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *const.* 7. *defin.* 19.

89. De cetero illum, qui mutua actione reconventus est, non posse rursus adversarium iterata infestare reconventione, rationi conveniens est; ne alioquin in infinitum prope tentatis ac reciprocatis reconventionum vicibus, lites immortales redderentur, aut saltem varia illa litium multiplicatio inter eosdem in judicio confusionem pareret, summamque litium finiendarum difficultatem, Merula *praxi lib.* 4. *tit.* 43. *cap.* 3. *n.* 3.

90. Forum præterea competens fecit *causæ continentia*, quam separari, legibus interdictum est: neque enim visum fuit æquum, apud diversos ventilari judices, quod in uno eodemque judicio commodius poterat terminari, *l. nulli* 10. *C. b. t.* Qua de re latius *ad tit. de quibus reb. ad eundem judicem eatur*.

91. Amplius *originis locus*, seu patria jure civili forum competens effecit, sic ut vel in eo municipio in quo quis civis erat, seu originarius, vel in eo, ubi incola tantum erat, recte in jus vocaretur: municipali quippe jurisdictioni, in utroque municipio subjectus, *l. incola* 29. *ff. ad municipalem*. Est autem originis locus, in quo quis natus est, aut nasci debuit; licet sorte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinationem parturiente, *l. filios* 7. G. *de municipibus & originariis, l.* 1. *princ. & §§. seqq. ff. ad municipalem*, Mascardus *de probat. conclus.* 1147. *n.* 5. Christinæus *vol.* 5. *decis.* 33. *et ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 9. *num.* 5. (quem tamen vide sibi fere contrarium *ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 4. *n.* 3.) & si ex vico ortus sit, eam patriam habere intelligitur, cui reipublicæ vicus ille respondet, *l.*

qui ex vico 30. *ff. ad municipal.* Nam & qui in insula nati sunt, ejus regionis originales dici possunt, ad quam ista insula pertinet: insulas enim Italiæ esse partem Italiæ sicut cujusque provinciæ, Ulpianus scripsit *l. insula* 9. *ff. h. t.* sequiturque filius ex justis nuptiis quæsitus, patris, non matris originem, ac conditionem, nisi materna origo privilegio munita sit: vulgo quæsitus non aliam, quam matris originem sequi potest, *d. l.* 1. §. 2. *ff. ad municipal. l. cum legitima* 19. *ff. de statu homin.* Tametsi vero nativitas demonstrat originis locum, ac eatenus nemo originem mutare potest, *l. pen. C. de municip. & originar. l. assumtio* 6. *l. incola & his* 29. *ff. ad municipalem; l.* 1. *ff. de decurion.* tamen & ex juris fictione originarius quis esse creditur eo in loco, in quo neque natus est, neque nasci debuit. Nam & manumissio manumissum reddit originarium loci ejus, in quo patronus originarius est, adeo ut a pluribus manumissus, omnium patronorum originem sequatur, *l. cives* 7. *C. de incolis*, *l.* 1. *adsumptio* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. ad municipalem*, quod minus miraberis, si consideres, manumissos frequenter tum nomen patroni sui assumsisse, tum familiam ejus esse secutos, docente Brissonio *antiq. lib.* 2. *cap.* 14. *pag. mihi* 122. 123. Sande *de prohibita alienat. part.* 3. *cap.* 6. *numer.* 8. Nec minus illud adoptio operatur, in quantum adoptato adjicitur per adoptionem originis novæ temporarium jus in loco, ubi adoptans originarius est, duraturum usque ad adoptionis dissolutionem, *d. l.* 1. *l. ordine* 15. §. *ult. l.* 16. *ff. ad municipalem*, *d. l.* 7. *C. de incolis*. Denique & communem originis locum, seu patriam omnibus civibus Romanis, ubicunque natis, Romani Romam constituerunt, *l. Roma* 33. *ff. ad municipalem*, considerantes scilicet ingentem hominum ex propriis patriis undequaque ad maximam illam & pulcherrimam urbem confluxum. *Aspice, agedum*, (inquit Seneca consol. ad Helviam matrem cap. 6.) *hanc frequentiam, cui vix urbis immensa tecta sufficiunt. Maxima pars illius turba patria caret; ex municipiis & coloniis suis, ex toto denique terrarum orbe confluxerunt. Alios adducit ambitio, alios necessitas officii publici, alios imposita legatio, alios luxuria, opulentum & opportunum vitiis locum quærens, alios liberalium studiorum cupiditas, alios spectacula; quosdam traxit amicitia, quosdam industria latam ostentandæ virtuti nacta materiam: quidam venalem formam attulerunt, quidam venalem eloquentiam: nullum non hominum genus concurrit in urbem & virtutibus & vitiis magna pretia ponentem.* In hac ergo communi patria (licet in materia in integrum restitutionis milites, qui Romæ militabant, pro reipublicæ causa absentibus habitos fuisse, Ulpianus tradat, *l. milites* 7. *ff. ex quib. caus. majores*) unusquisque conveniri poterat, nisi jus revocandi domum habuisset; quales erant, qui tutelæ reddendæ causa vel appellationis, vel restitutionis petendæ, vel testimonii dicendi gratia, Romam venerant, *l. consensisse* 2. §. *legatis* 3. *et* §. 4. *ff. h. t.* Præcipue legati, qui Romæ, aut alio in loco legationis causa existentes, ibidem cum effectu conveniri nequeunt, dum funguntur legatione, de debito in sua civitate aut provincia sua contracto, *d. l.* 2. §. 3. *et* §. *item si extra* 5. *l. si quis in legatione* 8. *ff. h. tit. l. cum quæritur* 3. *ff. de legation.* Imo, licet simpliciter quis eorum ante legationem promisisset, se Romæ soluturum, tamen ipso legationis tempore frustra Romæ conveniretur, *l. eum, qui* 5. §. *Julianus* 1. *ff. de constit. pecunia*, *d. l.* 2. §. *omnes autem* 4. *ff. h. t.* secus quam obtineret, si ante legationem specialiter promisisset, se legationis tempore soluturum, *l. cum quæritur* 3. *ff. de legation.* aut tempore legationis deliquisset, aut contraxisset principaliter in loco legationis: non enim habet jus revocandi domum, ibidem durante legatione conventus; ne alioquin potestas detur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi, *d. l. non alias* 24. §. 1. *l. si legationis* 25. *ff. h. t.* idemque est, si in arbitrium compromisisset, *l. non distinguemus* 32. §. *item si* 9. *ff. de receptis*, vel pro alio fidejussisset legationis tempore & loco, *l. cum furiosus* 29. §. 1. *ff. h. t.* non item si tempore legationis constituisset simpliciter sine loci adjectione, se soluturum, quod ipse in provincia ante legationem debuerat, *l. si quis in legatione* 8. *ff. h. tit.* de quæstione plenius *ad tit. de constituta pecunia in fine.* Quin & legatum Romæ reconveniri posse ibidem agat non injuriæ sibi illatæ vindicandæ gratia *l. consensisse* 2. §. *item. si extra* 6. *ff. h. t.* aut divortio intercedente legationis tempore, uxor ab eo dotis petat restitutionem, dotis favore, *l. si uxor* 42. *ff. h. t.* Ut &, quatenus in munere legationis non impeditur; quo fundamento si legationis tempore hæreditatem adierit, ad solvendum quidem haud recte convenitur a creditoribus aut legatariis, sed tamen ad satisdandum compellitur; uti & ad cautionem damni infecti nomine interponendam; alioquin missionem passurus in bonorum hæreditariorum aut rei vitiosæ possessionem, *l. de eo autem* 26. *l.* 27. *l.* 28. §. 3. *ff. h. tit.* Ceterum nostris & plerorumque moribus originem & mutabilem esse quantum ad effectus, & non tribuere forum competens, quoties ibidem reus non invenitur, excepto solo majestatis crimine; notat post alios Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 11. Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 68. *et seqq.* Responsa JCt. Hol. *part.* 5. *vol.* 1. *cons.* 196. *n.* 2. 3. Burgundus *ad consuet. Flandr. tractat.* 2. *n.* 3. *et seqq.* Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 9. *not.* 1. *n.* 3. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 36. *n.* 7. *et seqq.* Struvius *ad Eand. h. t. n.* 19. Brunnemannus *ad l.* 3. *C. de imunicip. in fine.*

92. *Domicilii* quoque intuitu conveniri quisque potest, in eo scilicet loco, in quo larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, undeque cum profectus est, peregrinari videtur, *l. cives* 7. *C. de incolis*, *l. senatores* 2. *C. ubi senat. vel clar.* seu, Alfenus ait, ubi quisque sedes & tabulas habet, suarumque rerum constitutionem fecit, *l. in lege censoria* 203. *ff. de verb. signif.* Quid in definitione sit *larem constituere* exponit Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 15. *et seqq.* Differt autem hoc *domicilium* proprie dictum ab *origine*; est enim *origo* ex necessitate a natura ac nativitate, & una tantum regulariter, non multiplex; nec sine origine quisquam esse, neque mutari illa aut amitti originarii arbitratu potest, si jus Romanum spectes, *l. adsumptio* 6. *ff. ad municipalem*,

nisi quod mulier, quamdiu nupta in domicilio mariti moratur, & senator, muneribus ibi, unde originem trahit, fungi non teneretur, *l. municeps* 23. *l. ul.* §. 3. *ff. ad municipalem*. Contra vero *domicilium* ex libera constituitur mutaturque patrisfamilias voluntate; neque repugnat, etiam sine domicilio civem Romanum esse, dum domicilio relicto navigat aut iter facit, quærens, quo se conferat, atque ubi constituat, *l. ejus, qui* 27. §. *Celsus* 2. *ff. ad municipal.* uti vicissim prudentibus placuit, duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur, *l. Labeo* 5. *l. adsumptio* 6. §. *viris* 2. *d. l. ejus qui* 27. §. *Celsus* 2. *ff. ad municipal. l. pen. ff. de senatoribus*, Zangerus *de except. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 89. *seqq.* quo etiam casu electio videtur actori tribuenda, in cujus domicilii loco reum velit convenire, secundum ea, quæ ante de plurium sororum concursu dicta, arg. *l. arbitraria* 2. §. *Scævola* 3. *ff. de eo, quod certo loco*, Hilligerus Donell. *enucl. lib.* 17. *cap.* 11. *lit. g.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 25. *in fine*, nisi malimus, eum conveniendum esse in eo domicilio, ubi tempore in jus vocationis cum uxore & liberis aut familia moratur, cum Peckio *de jure sistendi cap.* 39. *n.* 4. & Sim. van Leeuwen *cent for part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 5. Interim inficias haud eundum, quin in dubio unusquisque domicilium ipso potius originis loco, quam alibi, præsumatur habere: cum enim ab initio jus domicilii a patre in filium translatum sit, atque ita filius secutus sit domicilium habitationis paternæ, consequens est, ut is, qui id mutatum contendit, hoc ipsum probet; cum in eodem statu res unaquæque mansisse credatur, donec contrarium demonstratum fuerit, arg. *l. filios* 3. *C. de municip. & originariis*, *l. libertus* 17. §. *patris domicilium* 11. *ff. ad municipal.* Cujacius *ad d. l.* 3. *C. de municip.* Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 9. *& seqq.* Mascardus *de probation part.* 2. *conclus.* 535. *num.* 1. Christinæus *vol.* 5. *decis.* 21. *num.* 12. 13. Responsa JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 138. *num.* 21. Struvius *ad Pand. h. t. n.* 19.

93. Dividitur domicilium, quod aliud voluntarium sit, dum id suo quisque constituit arbitrio; aliud necessarium, veluti quod relegatus habet durante relegatione in eo loco, ad quem relegatus est, licet & in eo loco, unde arcetur, domicilium retinere possit, in quantum habet revertendi propositum, *l. filii* 22. §. *relegatus* 3. *l. ejus, qui* 27. §. *ult. ff. ad municip.* militem quoque necessarium fovere domicilium in loco, ubi meret, si nihil in sua patria possideat, responsum est, *l. municeps* 23. §. 1. *ff. ad municipal.* nec male necessario domicilio adnumeraveris, quod ei, qui ex municipio vel provincia oriundus, & in senatorum ordinem Romæ cooptatus est, ex dignitate adjicitur; sic ut & pristinum retineat, & novum Romæ videatur constituisse, *l. pen. ff. de senatorib.* arg. *l. senatores* 2. *C. ubi senatores vel clariss.* uti & illud, quod moribus hodiernis peregrinus in loco litis eligere tenetur, citationum ac denunciationum similiumque excipiendorum causa, adversario id desiderante: adeo ut neque actionem neque defensionem proponere ultra possit, si in domicilii electione morator sit, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 84. *& cap.* 13. *n.* 1. & prolixe Rebuffus *ad constit. regias tom.* 3. *de domicilii electione, art. unic. gloss. un. num.* 46. *& seqq.* etiamsi in lite ea non pergere, sed declinatoriam fori exceptionem proponere constituisset; cum & ea disceptatio causæ cognitionem, ac proinde denunciationem quoque ac citationem possit desiderare, Rebuffus *d. tract. num.* 45. Nec evanescit facta semel domicilii electio, si lis per sententiam finita sit, sed & ad executionem sese extendit, quippe quæ litis totius scopus ac finis est, Redelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 14. uti & ad appellationem, si per alterutrum a sententia judicis inferioris provocatum sit, si medio eodem in loco appellationis quoque causa ventilanda sit; nisi novum ipse maluerit domicilium eligere, & hoc adversario significet, Rebuffus *d. tract. n.* 19. *& seqq. & n.* 25. Et, si intervenerit pendente lite mors eligentis, dubium non videtur, quin, uti lis ipsa per hæredes eodem in loco ad finem perducenda est, licet ipsi alibi foverent domicilium, arg. *l. ubi acceptum* 30. *ff. de jurisdict.* ita quoque domicilii electio ad denunciationes citationesque hæredum faciendas censeri debeat continuata.

94. Aliud insuper proprie dictum domicilium est, quod quis sibi constituit animo inde non discedendi, si non aliud avocet, juxta descriptionem supra propositam, & ex quo statim incola fit, & legibus loci subjectus, licet civis non fiat, *l. pupillus est.* 239. §. *incola* 2. *ff. de verbor. signif.* arg. *l. incola* 29. *ff. ad municipalem*, Mævius *ad jus Lubecense lib.* 1. *tit.* 2. *n.* 53. *et seqq. et n.* 63. Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 5. *ad rubr. n.* 3. *et art.* 1. *n.* 8. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 45. *n.* 4. Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 12. *def.* 16. *in pr.* aliud minus proprium, in quo illud propositum perpetuo commorandi deest; quod & in domicilio litis causa electo, & eo, quod relegatus in loco relegationis, aut miles, ubi meret, habet, animadvertere licet. Neque his absimile est illud domicilii genus, quod studiosi in eo fovent loco, in quo degunt studiorum causa; in quo, ad oppositionem veri domicilii studiorum causa peregrinari, imo, amore scientiæ exules fieri dicuntur, *auth. habita C. ne filius pro patre*, abesse studiorum causa, *l. nec non* 28. *pr. ff. ex quib. caus. majores*, & Romæ studiorum causa agentes, domicilium ibi non habere, *l. lex Cornelia* 5. §. *si tamen* 3. *ff. de injur.*, nisi decem annis transactis eo loci sedem sibi constituerint, *l. nec ipsi* 2. *C. de incolis.* Vide Christinæum *vol.* 4. *decis.* 34. *et ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 9. *num.* 6. Mascardum *de probation. conclus.* 535. *numer.* 14. *et seqq.* Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 174. Peckium *de testam. conjugum lib.* 4. *cap.* 35. *n.* 4. *et seqq.*

95. Uti autem uxor mariti dignitatem sequitur, ita & domicilium ejus *l. exigere* 65. *ff. h. t. l. ult.* §. *item rescripserunt* 3. *ff. ad municipalem*, *l. ult. C. de incolis*, *l. mulieres* 13. *C. de dignitat. l. mulierem* 5. *ff. de ritu nupt.*, nisi sua voluntate maritus in patria uxoris suæ domicilium defixisset, *l. si in patria* 5. *C. de incolis*. Quo casu nec jus originis in uxore extinctum aut suspensum foret, Hugo Grotius in *Responsis Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *cons.* 185. *n.* 8. retinetque illud uxor amisso marito, di-

gnitatis exemplo: amittit tamen, nuptiis aliis intervenientibus, *l. filii* 22. *§. viduus* 1. *ff. ad municipal.* junct. *d. l. ult. C. de incolis*, *d. l.* 13. *C. de dignitat.* Neostad. *Cur. Holl. decis.* 5. vers. *tis buyten*, aut si ipsa, jam viri potestate soluta, alio domicilium re ipsa transtulerit, suo arbitratu, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 99. Plane si in matrimonium non legitimum sese mulier dederit, particeps domicilii maritalis non fit; eo quod ex conjunctione tali neque vir neque uxor neque matrimonium intelligitur, *l. de jure* 37. *§. ult. ff. ad municipalem*, junct. *§. penult. Inst. de nuptiis*. Et quamvis multis in partibus juris nostri sponsa uxoris loco sit, veluti in injuriis, dotis privilegio, dotali fundo, aliisque, *l. item apud* 15. *§. sponsum* 24. *ff. de injuriis*, *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dotium*, *l. lex Julia* 4. *ff. de fundo dotali*; domicilii tamen intuitu contra est; cum desponsata ante contractas nuptias suum domicilium non mutet *l. ea quae desponsa* 32. *ff. ad municipalem*, Zangerus *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *numer.* 56. *& seqq.* Struvius *ad Pand. h. tit. numer.* 28.

96. Famulos ancillasque nostrates quod attinet, etsi liberi sint, & certa mercede conducti nobis operas praestent, nec familiae nostrae perpetuo addicti sint, tamen vix est, ut existimemus, eos proprium retinere domicilium; quippe a quo plerumque eos recedere animo non revertendi, experientia testatur. Quin potius eos ex domicilio domini, cui ministrant, censeri, & competens sortiri forum, suadent juris rationes: si enim nuncii scholarium ac ministri cum scholaribus studiorum causa degentes ex persona eorum, quibus ministrant, forum sortiantur privilegiatum, & ex quali quali domicilio ac jure scholarium in loco studiorum aestimentur, *auth. habita C. ne filius pro patre*, cur non, cessante foro illo privilegiato, in loco domicilii dominici, proprie sic dicti, convenirentur, ratio non est. Cui accedit, quod & liberti Romani, utcunque liberi, patronorum suorum non originem modo, sed & domicilium sequebantur; quos tamen in obsequiis & operis praestandis non longe a famulis hodiernis abiisse constat, *l. adsumptio* 6. *ff. ad municipalem*. In eamque sententiam conspirat conventio circa in jus vocationem inter Hollandos Ultrajectinosque inita 23. *Augusti* 1657. *art.* 7. *vol.* 2. *placitor. Holl. pag.* 1161.

97. Quoties autem non certo constat, ubi quis domicilium constitutum habeat, & an animus sit inde non discedendi, ad conjecturas probabiles recurrendum, ex variis circumstantiis petitas, etsi non omnes aeque firmae, non aeque urgentes sint, sed multum in iis valeat judicis prudentis & circumspecti arbitrium. Sic enim in dubio in loco originis & domicilio paterno quemque praesumi continuasse domicilium, jam ante dictum. Idemque est si in aliquo loco majorem bonorum partem possideat; aut bonis divenditis, quae alibi possidebat, in aliam urbem cum familia se contulerit, ibique assidue versatus fuerit: vel jus civitatis aliquo in loco sibi acquisiverit, atque ita illic habitet. Quae universa prolixius ventilata, vide apud Zangerum *de exception. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 10. *& seqq. ad n.* 66. Radelantium *Curiae Ultraject. decis.* 126. *num.* 4. *& seqq.* Menochium *lib.* 6. *praesumpt.* 42. *& de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 86. Mascardum *de probation. conclus.* 535. Struvium *ad Pand. h. t. n.* 22. 23. 24. *& n.* 32. 33. 34. Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 138. *& consil.* 619. *& consil.* 317. (*re vera* 217.) *pag.* 566. *& seqq.*

98. Illud certum est, neque solo animo atque destinatione patrisfamilias, aut contestatione sola, sine re & facto, domicilium constitui, *l. domicilium* 20. *l. ejus, qui* 17. *§. si quis* 4. *ff. ad municipalem*, neque sola domus comparatione in aliqua religione, *l. libertus* 17. *§. sola* 13. *ff. ad municipalem*, *l. cum neque* 4. *C. de incolis*, neque sola habitatione, sine proposito illic perpetuo morandi: cum Ulpianus a domicilio habitationem distinguat, dum asserit, legem Corneliam injuriarum de domo vi introita, *ad omnem habitationem, in qua paterfamilias habitat, licet ibi domicilium non habeat*, pertinere; neque eum, qui Romae agit, (id est, habitat) studiorum causa, ideo ibidem domicilium habere, *l. lex Cornelia* 5. *§. si tamen* 5. *ff. de injuriis*, Zangerus *de exception. d. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 12. *et seqq.* Menochius *de arbitr. judic. lib.* 2. *casu* 86. *num.* 5. *et seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 317. (*re vera* 217.) *num.* 6. Multoque minus, si non nisi tabernam aut pergulam, aut armarium, aut horreum, aut officinam, in aliquo loco promercii causa conductam habeat, aliterve constitutam, arg. *l. heres* 19. *§. proinde* 2. *in fine ff. h. t.* vel litis aut alterius negotii peragendi causa, vel operis perficiendi vel negotiationis exercendae gratia, alicubi commoretur, arg. *l.* 2. *§. legatis* 3. *ff. h. t. l.* 1. *ff. eum, qui appellavit in provincia defendi*, Christinaeus *ad leg. Mechliniens. tit.* 5. *art.* 9. *num.* 6. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *cons.* 138. *n.* 24. *et seqq.* Qua ratione responsum quoque aliquando fuit, eum, qui in Indiam orientalem profectus fuit, domicilium non amisisse, Responsa Juriscons. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 317. (*re vera* 217.) *pag. mihi* 574. Quod tamen nostris moribus ex novissimo jure de iis, qui Indiam orientalem petunt, quodammodo mutatum est, ut dicetur in materia successionis ab intestato. Vide interim placitum Ordinum general. 10. *Januarii* 1661. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 2634. Similiter, qui muneris aut legationis implendae causa ad alium delegatur locum, veluti apud nos ad collegia Ordinum generalium consilii Status, Rationum, Archithalassica, & his similia, etsi istis in locis, ad quae missus est, habitet, domicilium tamen ibi non fixisse, sed in regione, unde missus est, illud retinuisse, etiam quantum ad successiones in bona mobilia, verius est; nam & Senatores Romanos domicilii jus in municipio, unde oriundi, retinuisse, ante dictum est; adeo ut in urbe domicilium magis *habere viderentur*, quam revera haberent, *l. pen. ff. de senatoribus*, Maevius *ad jus Lubecens. quaest. praelimin.* 3. *num.* 59. Leeuwen *cens. fo. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 12. *num. ult.* Struvius *ad Pand. h. t. num.* 25. *in med.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 294. & *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 4. *et* 5. & *part.* 4. *consil.* 271. & *part.* 5. *consil.* 2. *pag.* 21. 32. Idemque in advocatis obtinet, qui praxios causa sese ad curiam superiorem contulerunt ex patria urbe, ejusdem curiae jurisdictioni subjecta, *d. part.* 4. *consil.* 271. Leeuwen *d. loco*. Considerandum tamen, eos, qui quantum ad successionem aliosque effectus domicilium per negotiationem, tabernam, nudam ha-

bitationem non constituisse intelliguntur, nihilominus, quantum ad forum competens attinet, illis in locis, dum illic degunt, recte conveniri: maxime postquam invaluit, arresto fundari jurisdictionem in omnes, qui in territorio deprehensi litis causa sistuntur; nisi nominatim inveniatur ipsis privilegium datum, ne ordinario judici istius loci subsint. Vide Zangerum *de exception. cap.* 1. *part.* 2. *num.* 123. *et seqq.* Straccam *de mercatura partic. secunda ultima partis principalis quo modo in causis mercat. procedend. sit, n.* 19. *& seqq.* Brunnemannum *ad l.* 19. *ff. h. t. num.* 14 *& seqq.* Groenewegen *ad l. unic. C. ubi conven. qui certo loco dare.*

99. Mutat unusquisque domicilium suo arbitrio, ad id saltem, ut jurisdictioni desinat in posterum subjectus esse; imo &, ut onera evitet personalia in loco domicilii derelicti subeunda, *l. si in patria* 5. *l.* 6. *C. de incolis, l. ult. C. de municipibus & orig. l. domicilium* 20. *l. nihil est* 31. *ff. ad municipalem, l. in illo* 12. *§. manumittendo* 9. *l. postliminii jus* 5. *§. ult. ff. de captiv. & postlim.* Etsi enim Romanis placuerit, illum, qui derelicto originis loco domicilium alio transtulit, muneribus & jurisdictioni utriusque loci ac magistratus parere debere, *l. incola* 29. *ff. ad municipalem, l.* 1. *& ult. Cod. eod. tit. de municipib. & origin. l. privilegio* 6. *C. de incolis*; id tamen ad eos, qui non originis sed domicilii proprie dicti locum reliquerunt, ac alio migrarunt, extensum haud fuit, cum a Modestino in *l. incola jam* 34. *ff. ad municipal.* traditum sit, *incolam jam muneribus publicis destinatum, nisi perfecto munere, incolatui renunciare non posse*, cui consequens est, munere nondum imposito, eum potuisse incolatui sic renunciare, ut in posterum imponendis illius locis muneribus obnoxius non sit: quod & innuit, *l.* 1. *C. de incolis*. Quo etiam respectu *domicilii rationem temporariam esse*, Papinianus observavit; concludens, patris domicilium filium, aliorum incolam, civilibus muneribus alienæ civitatis non adstringere; cum in patris quoque persona domicilii ratio (quantum ad munera scilicet) temporaria sit, *l. libertus* 17. *§. patris* 11. *ff. ad municipal.* Præterquam quod nunc fere passim usu receptum est, etiam migrantes ex loco originis ac domicilium alibi constituentes non amplius personalibus posse gravari oneribus, ab originis magistratu decretis; deficiente scilicet exigendi seu exequendi potestate, dum non eidem, sed diversis sæpe Principibus subest originis, & domicilii deinceps per translationem constituti locus; cum contra municipia omnia, in quæ Quirites, salva civitate, migrabant, ubi supremo parerent Principi Romano, Groenewegen *ad l.* 31. *et* 34. *ff. ad municipalem, et ad l.* 1. *C. de municipibus*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 36. *n.* 3. *et* 10. Et hæc quidem ita, nisi catervatim migrando sic imminueretur civium numerus, ut reliqui tandem ferendis oneribus publicis ob numerum imminutum desinerent pares esse, Grotius *de jure belli ac pacis lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 24. Perezius *ad tit. Cod. de municip. et origin. num.* 17. 18. 19. Groenewegen *ad d. l.* 31. *ff. ad municipal. n.* 5. parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 5. *cap.* 2. *num.* 8. Hinc & pœnas quandoque impositas fuisse illis, qui difficilioribus temporibus frequentes patriam ac domicilium deferebant, notat Groenewegen *d. loco*, ac multis in locis tributum exigi a migrantibus, puta decimæ, quandoque & quintæ partis bonorum, alibi in successionum materia dicetur, cum & peregrini in bona civis succedentes idem soleant subire onus, quod jus *issue* vel *exue* dicitur. Vide interim Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 36. *num.* 10. Groenewegen *d. loco num.* 2. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 271. *Sententien van den Hogen en Provincialen Raade van Holland, Zeeland, etc. decis.* 30. 33. 39. Mævium *ad jus Lubec. quæst. prælim.* 6. *n.* 13. Neque dubium, quin migrans jura amittat, ac Privilegia & immunitates domicilii prioris; ac conceptus post migrationem patris futurus non sit civis illius loci, unde pater migravit, etsi pater illic originarius fuisset, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 36. *num.* 7. 8. 9. Christinæus *ad leg. Mechlin. tit.* 5. *art.* 4. *num.* 2. Non tamen in dubio præsumenda facile domicilii mutatio; sic ut eam allegans, tanquam rem facti, probare teneatur, arg. *l. nec ipsi* 2. *C. de incolis, l. domicilium* 20. *ff. ad municipal.* probatur vero mutatio iisdem fere modis, quibus & primam ejus constitutionem probari, superius velut per indicem relatum est; quibus adde Struvium *ad Fand. h. tit. numer.* 32. 33. 34.

100. Quod si pater mutaverit domicilium, non ideo statim & filius illud mutasse censendus est. Quamvis enim originem patris filius sequatur, sic ut & illic in ambiguo domicilium habere credatur; non tamen ita ex necessitate domicilio paterno adstrictus est, ac Ulpiano teste, civitatem quidem, ex quo pater ejus naturalem originem duxit, at non domicilium sequitur, *l. adsumptio* 6. *§. filius* 1. *libertus* 17. *§. patris* 11. *ff. ad municipalem*, suumque sibi seorsim a patre, ubicumque voluerit, domicilium sua potest constituere voluntate, aut constitutum retinere, *l. placeat* 3. *l.* 4. *ff. ad municipalem*. Quæ evidentia, si filius jam majorennis sit, sic suæ tutelæ suoque relictus arbitrio, ut rerum administratio ac domicilii novi constituendi jus ei ob lubricum ætatis non videatur denegatum. Plane, si etiamnum minorennis sit, patre vel matre vidua domicilium mutante, filium etiam videri mutasse, si & ipse translatus sit, nec ex prioris, sed novi domicilii, a patre matreve recenter constituti, jure censeri in dubio debere, rationis est. Ut ut enim haud difficulter admittendum sit, minorennem non magis posse domicilium mutare, quam contrahendo se obligare: tamen, quemadmodum contrahere auctore tutore permissum ei est, ita & domicilium cum patre matreve, tanquam tutela ejus aut saltem educationi præposita, tutoribus ceteris non contradicentibus, mutare nihil vetat: nisi ex circumstantiis manifestum esset, talem domicilii pupillaris translationem in fraudem proximorum, spem successionis ex prioris domicilii lege habentium, factam esse. Quid enim, si pater materve ex ea Hollandiæ parte, quæ jure Scabinico regitur, & in qua, soluto per mortem conjugis matrimonio, superstes liberis nequit ab intestato hæres esse, in alteram ejusdem Hollandiæ partem, quæ jure Æsdomico, parentum superstitem ad luctuosam filii hæreditatem vocante, utitur, domicilium transtulerit, quod impuberem languentem videt, ac propediem turbato mortalitatis ordine sibi orbitatem superventuram veretur, quo possit ex novi domicilii jure impuberi succedere, vix sane fuerit, ut pupilli intuitu illa domicilii mutatio rata sit, aut immutet successio-

nis ordinem, ac tollat spem aliis, quam parenti superstiti, secundum prioris domicilii leges quæsitam. Neque enim malitiis & fraudibus hujusmodi indulgeri, ac portam legum circumventionibus aperiri patitur justitia, & observanda inter gentes vicinas bona fides. Contra, si nulla talis hæreditatis aut alterius commodi, cum tertii detrimento captandi, ratio appareat: si enim cum parente, justam aut probabilem migrandi causam habente, liberi sani vegetique migrent; aut ejus jam ætatis sint, ut testamento de sua possint substantia disponere; nihil impedimento est, quominus talis migratio parentis superstitis, bona fide facta, etiam ad domicilii pupillaris translationem efficax foret, etiamsi deinde ipsis sine testamento decedentibus parens superstes ex novi domicilii jure hæres sit; cum utique ætate non impediente potuissent testamento condito parentem a sua depellere successione, si sibi hæredes voluissent eos, quos domicilii prioris vocabat lex: quod dum non fecerunt, sponte sua videntur parenti superstiti hæreditatem ab intestato reliquisse, arg. *l. conficiuntur* 8. *§. sed ideo* 1. *ff. de de jure codicillor.* aut sic nec dum per ætatem testamenti factio iis concessa esset, durum tamen nimis foret, tam ominosam & voto parentum contrariam facere migrationis interpretationem, quasi successionis obtinendæ ergo ea fuisset excogitata; vigentibus valentibusque tunc liberis, & jam patri jam matri præsidium atque decus, ubi adoleverint, promittentibus, ac ex communi parentum voto & ratione naturali, quasi lege quadam tacita, ad parentum hereditatem vocandis, arg. *l. cum tale legatum* 72. *pr. ff. de condit. & demonstrat.* junct. *l. cum ratio* 7. *ff. de bonis damnatorum, l. nam etsi* 15. *ff. de inoffic. testam.* Vide Responsa Jurisconsult. Holland. *part.* 2. *consil.* 31. Rodenburch. *de jure conjugum tract. prælimin. de statuto, diversit. tit.* 2. *parte altera, cap.* 1. *n.* 6. *& cap.* 2. *num.* 2. 3. *pag. mihi* 110. D. Someren *de jure novercarum capit.* 5. *part.* 1. *num. ult. in fine.*

101. Cum vero uxor per matrimonium transeat in viri domicilium, atque insuper in potestate viri sit, quæ maritalis potestas in variis tutoria potentior est ex hodierno jure, vix dubium esse potest, quin marito migrante, uxoris quoque intuitu domicilium debeat censeri translatum: usque adeo, ut & viris doctissimis visum fuerit, inutile esse dotale pactum, quo id ageretur, ne invita uxore liceret marito domicilium mutare; atque etiam placuerit marito relegato a loco domicilii, ideoque necessarium alibi constituente, uxorem invitam obstringi ad id, ut novum mariti relegati domicilium & ipsa sequatur. Quid enim, secundum Ulpianum, tam humanum est, quam fortuitis casibus mulieris maritum, vel uxorem viri, participem esse, *l. si cum dotem* 22. *§. si maritus* 7. *ff. soluto matrimon.* Est sane matrimonium individua vitæ consuetudo, consortium omnis vitæ: cujus proinde vinculo per relegationem haud dissoluto, separationem societatis atque cohabitationis fieri, contra nuptiarum scopum esset arg. *l.* 1. *ff. de ritu nupt. §.* 1. *Inst. de patria potestate.* Denique secundum naturam est, ut quæ ex viri dignitate commoda sentit, etiam migrationis incommoda non ægre admittat, arg. *l. secundum* 10. *ff. de regul. juris*, Carpzovius *pract. criminali part.* 3. *quæst.* 120. *n.* 43. *& seqq.* Groenewegen *ad l.* 5. *ff. de bonis damnator.* Neque aliud dicendum erit, si forte vel ex necessitate relegationis, vel sua voluntate, maritus domicilium transferendo deteriorem redderet uxoris conditionem, ob auctam ex novo domicilio mariti potestatem, quæ in pristino minor erat; aut ob id, quod ex domicilii lege conjugibus permittitur sibi invicem ultima voluntate gratificari; cum id prioris domicilii jure appareret inhibitum; ac frustra uxor fuerit, aut hæredes ejus, si propterea a migrante marito id, quod interest, putarent exigendum esse. Cum enim per nuptias uxoris quidem conditio deterior fiat, dum illa, antea sui juris rerumque moderatrix, maritali subjicitur potestati ac tutelæ; maritus autem suam conditionem per nuptias non deteriorem sed plerumque meliorem reddat, aut saltem non imminuat liberum illud, quod ante nuptias habebat arbitrium; absurdum foret, illum, cui antea libera competebat migrandi facultas, nunc matrimonio contracto destitui illa migrandi licentia, aut saltem metu pœnæ & præstationis ejus, quod interest, absterreri, ne eo migret, quo forte vel dignitatis obtinendæ spes, vel valetudinis reive familiaris ratio, aliave plura vocare videbantur ac invitare. Ne dicam, admissa illa sententia, quod uxor ob migrationem contendere posset ad id, quod interest, etiam a contrario tunc illud quoque marito indulgendum fore, ut ob utilitatem familiæ migrans ex loco, in quo amplior pleniorque maritalis in uxorem & bona ejus potestas est, ad locum, cujus lege minus liberum maritis in uxores ac res uxorias jus tributum est, vicissim ab uxore aut hæredibus persequeretur, quanti ejus interesset, adeo adstrictam & imminutam ex novi domicilii lege exercere potestatem: quod tamen uti ratione destituitur, ita nec usu servari, manifestum est. Si tamen speciali pacto dotali ad majorem rerum uxoriarum conservationem ac securitatem id actum fuerit, ne alio maritus migret; etsi conventio talis ipsam domicilii transferendi libertatem impedire marito nequeat, quia tamen neque honestati neque bonis moribus repugnat; in quantum conservationi bonorum uxoris per eam provisum est, dum uxor multifariam paciscendo salvam sibi familiæque suæ potest efficere dotis causam; non abs re fuerit, marito contra pactionem aliorsum migrante, uxori indulgeri ad id, quod interest actionem, si forte in rebus suis ex mariti facto, secundum novi domicilii jus plenius interposito, læsionem uxor sustinuerit, quam ex prioris domicilii lege non potuisset subire, alienatis forte per maritum rebus uxoriis, aut uxore ipsa ex mariti contractu vel delicto devincta, cum prioris domicilii jus alienationem aut obligationem talem inutilem statuisset ac inefficacem, Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 10. *n.* 74. Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversit. tit.* 4. *parte altera, cap.* 1. *n.* 3. 4. Quem tamen puto perperam ibidem in eo quæsivisse interesse uxorum, quod maritus forte ex loco, in quo gratificatio inter conjuges interdicta erat, ad eum, in quo permissa, larem transtulerit. Neque enim potest ullatenus illa liberior, sibi mutuo gratificandi licentia uxori cum viro migranti fraudi esse; cum utique etiam post migrationem ei adhuc liberum prorsus sit, nullam in maritum testamento vel aliter conferre liberalitatem, atque adeo non

implere finem illum, quem forte migrando videri posset maritus intendisse.

102. Sed, ut ad forum competens ex causa domicilii redeamus, considerandum, uti hæres non succedit in defuncti domicilium, sed suum retinet, ita & ex defuncti domicilio eum forum competens non sortiri; esse enim domicilium iis accensendum, quæ personalia sunt, ac morte personæ evanescunt, frequentius probatum est; eo quod ab animo ac voluntate hominis in universum tum constitutio ejus, tum continuatio dependet. Dum ergo morte cessat voluntas, ac per id etiam tolluntur ea, quæ ab illa pependerant voluntate, arg. *l. locatio* 4. *ff. locati*, aliud dici non potest, quam quod etiam morte perierit domicilii jus. Neque hisce contradicit Ulpianus, ajens, hæredem absentem ibi defendendum esse, ubi defunctus debuit, *l. hæres absens* 19. *ff. h. tit.* nam vel recte ea intellexeris de casu, quo defunctus ipse judicium jam acceperat; tunc enim, quia lis ibi finem accipere debet, ubi initium habuit, hæres eodem in loco defendere tenetur, etsi domicilium alibi habeat, ac absens sit, *l. si is, qui Romæ* 34. junct. *l. ubi acceptum* 30. *ff. h. t.* vel etiam non inepte dixeris, non illic de loco domicilii defuncti tractari, sed magis loco contractus vel quasi; sic ut mens Jurisconsulti sit, *hæredem absentem*, id est, alibi domicilium foventem, *defendendum & conveniendum esse, ubi defunctus debuit*; id est, ubi defunctus ad solutionem faciendam obligatus fuit, sive ibi contraxisset, sive ad eum locum destinasset contractus alibi initi implementum; *si* modo *ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusari.* Alium d. legi sensum, sed minus feliciter, adscribit Donellus *comment. juris civil. lib.* 17. *cap.* 11.

103. Restat, ut de foris privilegiatis subjiciamus; qualia jus Romanum nonnulla induxit, mores vero hodierni multifariam auxerunt. Militibus quidem hoc datum fuit, ut tum in civilibus, tum criminalibus in causis peculiares judices sortirentur, *l. ult. C. de re militari*, *l. pen. C. de pactis*, *l. pen C. h. t.* *l. magisteria* 6. *C. de jurisdictione omn. judic.* Puta duces suos; unde & judicium illud *ducianum* appellatum fuit, *d. l. ult.* §. *boc quoque* 3. Et olim quidem ad duces ac centuriones militarem pertinuisse jurisdictionem ex Juvenale *Satyr. ult.* & Polybio *lib.* 6. constat. Dum vero magnam militaris jurisdictionis partem præfectis prætorio cessisse, & pleniorem licentiam ad disciplinæ publicæ emendationem, testatur Charisius *l.* 1. *ff. de offic. præfecti prætorio*, donec per Constantinum, adempta præfectis prætorio potestate in militares viros, magistris militum datum fuit judiciorum militarium tum civilium tum criminalium jus atque arbitrium, *l.* 1. *C. de offic. magistri milit. lit. l. magisteria* 6. *C. de jurisd. omn. jud. l. fin C. de militari*, ibique Cujacius. Sed ex Anastasii constitutione tandem etiam ducibus militaribus iterum judicia militaria fuerunt communicata, *d. l. fin. C. de re militari*, nisi ducibus ipsis aut castrorum præfectis lis intercederet; quos non alterius, quam magistri officiorum judicio subjacere a Leone ac Zenone constitutum est, *l. viros spectabiles* 8. *C. de divers. offic. & apparition.* Etsi vero nonnullis placuerit, ducum militarium jurisdictionem non ultra militaria extendi delicta, ad communia nequaquam pertinere: generaliter tamen sine criminum distinctione milites delinquentes ad suos, sub quibus militant, duces remittendos fuisse, nec ab alio, quam a suo judice exhiberi, ac si in culpa essent, coerceri potuisse, evincunt *l. de militibus* 9. *ff. de custod. & exhib. reor. l.* 1. *C. de exhib. & transmitt. reis*, *l.* 1. *C. de offic. magistri milit. l. magisteria* 6. *C. de jurisdict. omn. judic.* ac confirmatur id ipsum Constantini Imperatoris rescripto in *l.* 2. *Cod. Theodosiani, de jurisdictione*, ubi, cum dictum esset, provinciarum rectores in civilibus causis litigia etiam inter militantes terminare, subjungitur, in criminalibus causis, si miles poposcerit reum, tunc provinciæ rectorem inquirere: *sin militans aliquid admisisse firmetur, eum cognoscere, cui militaris rei cura mandata est*; nulla facta criminum distinctione, sed tantum inter causas civiles & criminales differentia notata. Neque huic sententiæ adversatur *l.* 2. & 3. *ff. de re militari*, *l. fin. ff. de accusat. l.* 1. *C. ad leg. Cornel. de sicariis*, *novella* 8. *cap. quod autem* 12. quibus moti plures, & inter eos Ant Matthæus *de criminib. lib.* 48. *tit.* 13. *cap.* 5. *num.* 13. in aliam inclinant opinionem; pleniorem enim ad argumenta inde petita responsionem dedi in *tract. de jure militari cap.* 7. *n.* 8.

104. Sed jure nostro hodierno paulo aliter observatur: etenim ab Albano duce latam anno 1570. constitutionem refert Christinæus *vol.* 5. *decis.* 221. *n.* 16. 17. qua cautum, ut de omnibus delictis militaribus soli cognoscant judices militares, uti & de communibus, in castris vel expeditione vel hibernis vel in commilitones perpetratis: extra hos casus propter delictum commune milites a judice civili posse condemnari; quæ etiam comprehensa placito Philippi Regis *Ordonnantie op de Criminale justitie* 5. *Julii* 1570. *art.* 68. & *seqq.* ac nominatim de militaris concussionis crimine præventi locum facit placitum Ordinum General. 29. *Aprilis* 1589. sic ut cessante judice militari, illud a Consilio Status, aut in unaquaque provincia ab Ordinum Delegatis, (*Gecommitteer de Raden*) aut curiis provincialibus, aliisque judicibus criminali jurisdictione munitis, puniri possit. Confer varia placita Ordinum Generalium 5. *Novembris*, 1591. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 103. item 11. *Aprilis* 1595. *in med. d. vol.* 2. *pag.* 110. *item* 4. *Augusti* 1603. *art.* 4. *de vol.* 2. *pag.* 114. item 28. *Maij* 1624. *d. vol.* 2. *pag.* 121. Imo novissime Delegatis Ordinum Hollandiæ id datum, ut de hujusmodi concussionibus intra Hollandiæ territorium commissis concurrentem cum militaribus judicibus jurisdictionem habeant, atque exerceant ex præventione, *Instruct. voor de Gecommit. Radden van Holland.* 4. *Octobris* 1670. *art.* 5. *vol.* 3. *placitorum Holl. pag.* 92. ac amplius epistola Sereniss. Guillelmi tertii Magnæ Britanniæ Regis ad Ultrajectinæ Provinciæ Ordines data anno 1675. comprehensum est, in omnibus delictis communibus per militantes commissis in personas aut familias aut res non militantium, præventioni locum esse oportere, sicut aut militaris, aut ordinarius judex in hisce competens sit, uter prior prævenit: de cetero judices militares nullam habere potestatem in non militantes, adeo ut etiam duello inter militantem et non militantem orto, punitio non militantis ad ordinarium judicem non militarem spectet. Quemadmodum ex opposito de delictis militaribus aut etiam de communibus

inter solos milites perpetratis sine ulla non militantium læsione, cognitio soli judicio militari ibidem reservatur. Adde Sande *decis. lib.* 1. *tit.* 1. *defin.* 4. Groenewegen *ad l.* 6. *C. de jurisdict. omn. judic.* Leeuwen *censur. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 8. Petrum Bort *van criminele saken tit.* 1. *n.* 50. *pag. mihi* 17. *& seqq.* Ex recentissimo tamen decreto Consilii Status Fœderati Belgii 9. *Feb.* 1703. & per id revocato in usum decreto Ordinum Generalium 25. *Martii* 1651. judicibus militaribus in iis urbibus, quæ in Comitiis Ordinum suffragii jus habent, (*stem in stat hebben*) restricta fuit jurisdictio criminalis, dum cautum, ne ultra extendant aut exerceant eam, nisi quæstio sit de neglectis officiis in obeundis vigiliis & expeditionibus, aut de crimine transfugii ad hostes, vel desertionis, vel transitus de cohorte in cohortem sine præcedente missione, aut de delictis, quæ a præfectis militibusve in præfectos vel milites, non in alios admissa sunt. Quamvis improbabile haud videatur, delicta communia, a militibus commissa, etiam in aliis urbibus aut locis, quæ in comitiis Ordinum suffragii jure non gaudent, ad judicium ordinariorum spectare cognitionem, si modo perpetrata fuerint in tali provincia, quæ in comitiis Ordinum generalium Fœderati Belgii suffragii dicendi jus habet, prout illam dicti decreti *anni* 1651. interpretationem suasit subsecutum deinceps decretum Ordinum Hollandiæ 30. *Sep.* 1655. quo placuit absque restrictione ad loca suffragii jus habentia, delicta omnia communia ex sua natura ad ordinarii, non militaris judicis jurisdictionem pertinere, secundum tradita in Responso juris apud Petrum Bort *van criminele saken*, *tit.* 1. *sub num.* 50. *pag. mihi* 22. *col.* 1. Neque hoc loco prætermittendum, delicta quidem militum graviora, quæ scilicet contra leges militares & edicta commissa sunt, coerceri debere per consilium militare in urbibus præsidiariis, nec domesticæ præfectorum legionis subesse coercitioni: at, si levius sit admissum, veluti si gregarius aut ordinis inferioris præfectus ultra tempus literis commeatus expressum remanserit, aut ebrius fuerit, aut irreverenter erga præpositos suos sese gesserit, sic ut propterea coercitio vindictarum (*spotsroeden*) aut equi lignei, aut portationis sclopetorum vel ephippiorum aut condemnationis ad panem & aquam, aut alia similis imponenda sit, decerni eam debere per præfectos legionum; ut tamen ante executionem id significent urbis gubernatori, *Reglement op de procedureen per militairen in saken van geringe importantie* 24. *Febr.* 1687. *artic.* 7. 8. *vol.* 4. *placit. Holl. pag.* 167.

105. Militibus militaria delicta committentibus, & ob id a judicio solo militari coercendis, annumerati etiam inveniuntur jurisdictionis intuitu pagani illi, qui sortitione vel aliter pagatim in numeros seu cohortes relati difficilioribus belli temporibus, non parent jussibus, aut se non sistunt, aut alteri crimini militari sese reddunt obnoxios, *decreto ordin. Holl.* 13. *Septemb.* 1673. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 180. quod & cautum dicta epistola Serenissi. Britanniæ Regis ad Ordinis Provinciæ Ultrajectinæ, relata in acta istius Provinciæ 2. *Junii* 1675.

106. Quod si ante datum militiæ nomen paganus deliquerit, ac (dum forte profugus) edictis citatus fuerit, tandemque condemnatus, deinde autem miles fiat, superveniens militia impedimento non erit, quo minus ab ordinario judice civili, qui sententiam tulit, capiatur, ac sententiæ patiatur executionem, nequaquam ad militare tribunal remittendus. Si enim ille, qui demum, posteaquam in jus vocatus fuit, miles esse cœpit, jus revocandi forum in ea causa habere nequeat, quasi præventus, *l. si quis, posteaquam* 7. *ff. h. t.* non magis, quam si in loco domicilii litem patiens, eadem pendente aliorsum migret, *l. pen. ff. de jurisdict.* junct. *l. ubi acceptum* 30. *ff. h. t.* longe minus ad aliud forum remissionem fieri jure postulaverit, si nil præter executionem restet, tota lite jam ante militiam a judice pagano per sententiam diremta: præsertim, cum ipsos judicio publico damnatos in militum numerum recipi prohibitum sit, *l. qui cum uno* 4. *§. adulterii* 7. *ff. de re militari*, Christinæus *vol.* 5. *decis.* 221. *num.* 18. *et seqq.* Neque his, quæ de eo dicta, qui post in jus vocationem militare cœpit, ideoque fori militaris privilegio uti prohibetur, contrarium est, quod a Menandro scriptum *in d. l. qui cum uno* 4. *§. reus* 5. *ff. de re militari.* Cum non alia illius sententia sit, quam quod paganus postulatus reus criminis, si nomen dederit militiæ, ibi capite puniendus sit ubi militat, nec ad forum, in quo reus est postulatus, debeat remitti; non, quod capite plectendus sit ob perpetratum prius capitale crimen; sed quod capitale sit crimen, alterius judicii capitalis aut sententiæ evitandæ causa ex voluntate libera nomen militiæ dare. Quo modo & in eadem *l.* 4. *§. ad bestias* 1. *& §.* 2. *ff. de re militari* traditum, eum, qui ad bestias datus vel in insulam deportatus, effugit, & militiæ se dedit, capite puniendum esse. Adde Gloss. ad *d. l.* 4. *§.* 5. Quin imo, etsi secundum generalia Romani juris fundamenta miles non arceatur a fori militaris privilegio, si conveniatur ex causis militia vetustioribus, cum ante acceptum militiæ cingulum necdum esset in jus vocatus, nisi fraudulenter & eo animo militiæ se dedisset, ut sub obtentu militiæ pretiosiorem se adversario faceret, *l. qui cum uno* 4. *§. non omnis* 8. *ff. de re militari*; tamen prædicta constitutione Philippi Hispan. Regis definitum fuit, eum, qui deliquerit ante militiam, si postea miles fiat, antequam lis ei mota esset, non a militari, sed civili judice puniendum esse, *Ordonnantie op de criminele Justitie ann.* 1570. *art.* 68. *&* 71. De delictis navalibus, aut in India orientali, vel occidentali, vel itinere perpetratis, dixi in *seqq. h. t. n.* 128.

107. In causis civilibus ac pecuniariis a jure Romano mores magnopere recessisse, haud invenio; adeoque sive miles a milite, sive miles a pagano conveniatur, non nisi coram militari judice lis agitanda est, ipso id desiderante, *l. magisteria* 6. *C. de jurisdict. omn. judic. d. l. pen. Cod. de pactis.* Secus, si ipse miles actoris partes subiens, paganum vellet in jus vocare; cum enim actor sequi debeat forum rei, apud civilem judicem eam ventilari litem convenit, arg. *d. l.* 6. *& l.* 2. *C. de jurisdict. omn. jud.* Vide tamen post addita *ad num.* 108. *in fine h. tit.* Quin imo, etiamsi miles jam missus fuerit, sed rationum redditioni manserit obnoxius ex iis, quæ durante militiæ causa tractavit (dum forte communes numeri sui res expedivit, ut potest, *l. filiusfamilias* 8. *§. veterani* 2. *ff. de procurator.*)

super rationibus militaribus in judicio militari recte convenitur, nulla usurus fori præscriptione; cum ibi & instructio sufficiens, & nota testimonia, & verissima possint documenta præstari, *l. 2. C. ubi de ratiociniis.*

108. Hoc tamen privilegiatum militare forum in civilibus non aliter videtur jure Romano fuisse admissum, quam si miles in locis illis aut provinciis, in quibus expeditionis aut præsidii causa morabatur, apud illius provinciæ aut municipii judices ordinarios conveniretur. Cum enim milites illis non alia ratione viderentur subesse, quam quia ad tempus illic morabantur, & temporarium atque improprie dictum domicilium habebant, (retinentes scilicet jus domicilii in loco illo, in quo illud ante militiam ac expeditionem susceptam habuerant, & a quo abesse reipublicæ causa dicebantur, *l. milites 7. l. miles 54. l. pen. ff. ex quib. causis majores.*) commodum fuit, suos iis peculiares tunc judices adsignari, duces suos & similes, ad quos, conventi apud ordinarios judices loci, in quo peregrini erant, sese remitti postularent. Sed non ideo impediti prorsus fuerunt creditores, quominus in domicilii loco apud judices ordinarios convenirent milites, etsi reipublicæ & expeditionis causa tum absentes, si modo procuratorem domi reliquissent, per quem potuissent absentes defendi; vel bona haberent in loco domicilii proprie dicti, quæ propter ipsorum absentiam judice ordinario potuissent possideri. Quod satis innuitur a Gordiano Imp. in *l. ignorare 4. C. de restitut. milit. & eorum, qui reipubl. caus. abs.* dum constituit, *eorum qui Reipublicæ causa absunt* (inter quos & milites) *si boni viri arbitratu non defendantur, bona tantum possideri; venditionem autem in id tempus differri, quo reipublicæ causa abesse desierint*; atque adeo eos, absentia durante, & conveniri in loco domicilii & indefensos missionem in bona pati, permisit, sola impedita propter absentium distractione bonorum; vel saltem restitutione deinceps adversus distractionem concessa, non per militares judices, sed per ipsos præsides provinciarum, ut colligi potest ex *l. si finita 15. §. si sorte dominus 22. ff. de damno infecto*, junct. *l. si, cum militaribus 6. C. de restitution. militum*. Unde & executio in stipendium militis condemnati per præsidem facta proponitur, atque etiam aliis deficientibus in subsidium permissa: Marcello enim militi rescribentes Impp. *stipendia*, inquiunt, *retineri propterea, quod condemnatus es, non patietur præses provinciæ, cum rem judicatam possit aliis rationibus exequi*, *l. stipendia 4. C. de execut. rei judicatæ*. Imo generaliter, *ex l. unic. C. in quib. causis militantes fori præscrip. uti non possunt*, sancitum est, *in quacunque militia vel dignitate* positos, *sub moderatoribus provinciarum pro functionibus publicis*, ac *debitis publicis, uti & in aliis privatis actionibus occupatos, debere respondere, nulla fori præscriptione valitura*. Neque existimandum, in d. l. unic. armatos milites exceptos esse, in verbis, *qui vel per provincias sociantur*, ut habet *lib. 7. Basilic. tit. 5. lege 93.*) *vel conductorum vocabulis, si non armata militia præditi sint defendantur*: cum non aliud velint Imperatores, quam quod militantes non modo in aliis privatis actionibus occupati, præsidibus provinciarum respondere teneantur, sed &, si negotientur aut prædiorum conductores sint, dummodo cum fuerunt tunc milites armati; eo quod nominatim militibus armatis interdictum fuit, ne negotientur, neve prædia conducant in ea provincia, in qua militant, *l. milites 31. C. de locato*, *l. unic. C. negotiatores ne militent*, ut proinde merito, ubi de negotiatione aut conductione sermo erat, excipi debuerint; ne alioquin ipsis militiam armatam gerentibus videretur Imperatoria auctoritate concessum negotiandi prædiive conducendi jus. Confirmatque hanc exceptionem duplex limitatio in eadem *lege unica in quib. causa militantes fori præscrip.* subjuncta; puta, nisi vel commeatum ad rem propriam componendam per unius anni inducias acceperint, atque ita negotiati fuerint, vel a Principe mercandi simul & militandi licentiam impetraverint; tunc enim etiam militiam armatam gerentes, etsi licite negotientur, aut conducant, tamen fori præscriptione in hisce carent; quippe non ut milites, sed ut negotiatores aut conductores considerati, ideoque non militari judicio, sed præsidibus subjiciendi. Tantoque magis hæc d. legi sententia tribuenda est; quia jam ante a Constantio Imp. velut jus certum, fuit adnotatum, milites non in civilibus, sed criminalibus subductos esse præsidum jurisdictioni. *Definitum est*, inquit, *provinciarum rectores in civilibus causis litigia terminare, etsi militantes exceperint jurgia vel moverint*, sed *in criminalibus causis, si militans aliquid admisisse firmetur, is cognoscat, cui militaris rei cura mandata est*, *l. 2. Cod. Theodosiani, de jurisdictione*. Licet ergo (ut absolvam) creditores non potuerint milites invitos convenire in loco, ubi militabant, coram ordinariis istius loci judicibus, sed opposita fori præscriptione ad judicem militarem essent remittendi; ad ordinarium tamen judicem recte in jus vocari potuerunt, vel etiam ad peculiarem judicem istius negotiationis aut professionis, quam præter militiam exercebant, lege non refragante, aut Principe permittente; sic ut in creditorum arbitrio esset, an militem debitorem ad judicem militarem, an potius ad competentem civilem secundum ante vocari mallent; nec liberum fuerit militi, ad alterutrum vocato, sese fori præscriptione ullatenus tueri. Quod ex Anastasii constitutione manifestissimum, dum vult, eos, qui in quacunque militia constituti sunt, & præterea professionem aut negotiationem sustinent, compellendos esse obedire iis judicibus, ad quorum sollicitudinem professionis seu negotiationis, quam præter militiam exercent, gubernatio respicit; præmissa ratione, *quod periniquum & temerarium sit, eos, qui professiones aliquas seu negotiationes exercent, judicum, ad quos earum professionum cura pertinet, jurisdictionem & præceptionem declinare conari*. Sed tamen eosdem *ipsis quoque judicibus, sub quorum jurisdictione militia constituta erat* id est, quorum jurisdictioni ipsi propter militiam ex privilegio suberant, *procul dubio debere respondere*, *l. ult. C. de jurisdict. omn. judicum*. Confer libellum, cui titulus: *Conduite des tribunaux militaires, représentée à son Excellence, par les Etats de la Province des Flandres*. Epistola tamen Sereniss. magnæ Brit. Regis, ad Ordines Ultrajectinos data anno 1675. cautum, ordinarii judicis civilis jurisdictionem fore, quoties miles a non milite, vel

miles a milite persequi judicio vult sibi debitum; nisi inter duos milites de militari stipendio lis esset; ejus enim decisionem iis reservari, ad quos secundum antiquam consuetudinem de tali controversia judicium spectavit. Plane ex recentissimo decreto Consilii Status Fœderati Belgii 9. *Febr.* 1703. & per id revocato in usum decreto Ordinum Generalium 25 *Martii* 1651. judicibus militaribus in illis urbibus, quæ in Comitiis Ordinum suffragii jus habent (*stem in staat hebben*) denegata in universum videtur omnis jurisdictio in causis civilibus; sic ut viri militantes in iis *apprehensibiles*, *convenibiles*, & *executabiles* sint apud judices ordinarios, sententias suas etiam in stipendiis militum condemnatorum executioni daturos, si alia bona deficiant.

109. Proximi militibus studiosi sunt, qui licet reipublicæ causa non absint a domicilii loco, justissima tamen ex causa dicuntur abesse, *l. nec non* 28. *ff. ex quib. caus. majores*, studiorum causa exules fieri ac peregrinari, ideoque digni visi, quibus beneficio Imperatoris cum aliis prærogativis etiam fori peculiaris privilegium tribuatur, uti & ministris ipsorum nunciisque, *auth. habita C. ne filius pro patre*. Duplex namque ex d. auth. apparet prærogativa, primo quidem, ne scholares ob alterius cujuscunque provinciæ debitum vel delictum per pignorationem perversa consuetudine inductam (ut alibi dictum) in jus vocentur, aut injuriam ullam damnumve sustineant: deinde, si ex proprio forent conveniendi negotio, ut non coram alio, quam domino vel magistro suo, vel ipsius civitatis Episcopo (cui hæc jurisdictio data erat, sed hodie usu generali rursus ademta, ut Donellus notat *ad d. auth. n.* 33.) litem paterentur; causa, ut justissima, casuro eo, qui ad alium judicem eos trahere tentaverit, *d. auth.* Quod singulare fori jus etsi plures ad causas quoque criminales pertinere censuerit; verius tamen est, ex d. auth. non nisi ad civiles lites pertinere: tum quia Imper. Fredericus in d. auth. vult, causa cadere eum, qui studiosum traxerit ad judicem ex privilegio non competentem; quæ pœna civilibus quidem, at non criminalibus quadrat causis; tum quia gladii potestas & generaliter merum imperium non aliis competit, quam quibus hoc speciali lege vel constitutione datum est, *l. prima ff. de offic. ejus, cui mand. est. jurisdictio*; datum autem domino, id est, Rectori vel magistris, aut Episcopo ex d. auth. non apparet. Neque etiam probabile est, Imperatorem Fredericum plus studiosis indulgere voluisse, quam viris Clarissimis indultum fuit, quorum admissa a judice ordinario vindicantur, *l.* 2. *C. ubi senatores vel clariss.* solis illustribus fori privilegio in criminali causa munitis, qui aut summis dignitatibus functi sunt, aut honorariis a Principe codicillis donati; dum illi quidem in consistorio Principis accusandi; hi vero apud præfectum prætorio vel præfectum urbi, vel magistrum officiorum, Principe jubente *l. quoties* 3. *C. ubi senatores vel Clariss.* Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 48. *tit.* 13. *cap.* 5. *n.* 14. Brunnemannus *ad d. auth. habita Cod. ne filius pro patre*. Sed amplioribus longe finibus aucta inveniuntur hujus nostræ Universitatis Batavicæ studiosis Privilegia fori, dum statutis ejus, *articulo* 59. ex *ampliatione* 24. *Martii* 1662. juncto alio ejusdem diei decreto, quod relatum inter placita Ordin. *vol.* 3. *pag.* 551. *n.* 18. cautum, ut studiosi, sive peregrini, sive civitatis Leydensis cives, tum in civilibus, sub quibus & matrimoniales contineri in judicio contradicto, me alterum rectore, judicatum est, tum in criminalibus causis, sive actores, sive rei sint, non apud alium, quam Academicum judicem litigare compellantur, nisi jam majorennes fori privilegio specifice renunciarint: Professores vero, sive singuli, sive universim considerati, eorumque viduæ, non nisi coram Hollandiæ curia conveniantur, bonorum suorum curatorem ab ea accipiant, cum bona solvendo non sunt; apud ordinarios autem judices adversarios suos ipsi tamquam actores in jus vocent. Excipiuntur tamen lites de finibus aut servitutibus aliisve similibus, quarum cognitio ac definitio judici urbano reservata est, & forte generaliter omnes in rem actiones, quatenus in loco rei sitæ tractandæ sunt, Vinnius *quæst. select. lib.* 1. *cap.* 18. *circa princip.* uti &, si de tutore ipsis studiosis minorennibus aut professorum scholariumve liberis dando agatur, *d. ampliat.* 24. *Martii* 1662. Restitutiones quoque in integrum adversus contractus damnosos minorum vix est ut sibi arrogent Academici judices, quippe supremæ curiæ Principem repræsentanti specialiter demandatas, ut dictum *tit. de restitut. in integrum num.* 4. An autem & tunc fori privilegio scholares uti possint, cum non propriis, sed cessis sibi actionibus experiri volunt, quæstionis est. In iis quidem Universitatibus, quæ etiamnum Hispaniarum Regi in Belgio subsunt, privilegium cessare, nisi cessio nominis sit facta studioso a patre, patruo, avunculo, & fratre, notat Christinæus *vol.* 5. *decis.* 35. & personas miserabiles, prima instantia apud judicem superiorem ex privilegio litigare valentes, in actionibus cessis eo jure apud nos destitui, postea dicetur. Sed quia neque verba d. articuli 59. statutorum nostrorum inter proprias & cessas actiones distinguunt, neque subsecutis statutorum interpretationibus cessæ excipiuntur, etiamsi alia recensita fuerint, in quibus fori privilegium secundum ante dicta non debeat admitti; magis est, ut in cessis quoque nominibus fori prærogativam studiosis ex d. articul. 59 generaliter loquente vindicemus. Eoque confer, quod generaliter traditum invenio a pragmaticis, exceptionem mere personalem, quæ cedenti oppos. potuit, cessionario ex sua persona privilegiato opponi non posse, nisi aliud consuetudine, vel lege municipali cautum esset: cui exceptionum generi etiam fori declinatoria adnumeranda est; cum non videatur rei cohærere aut rem comitari, sed plane a persona privilegio munita aut destituta dependere. Nisi forte inter causam onerosam & lucrativam videatur distinguendum eo modo, quo de reconventione supra adnotatum est. Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *t.* 12. *de jurisdict. defin.* 22. Sande *de action. cessione cap.* 13. *n.* 7. & *seqq.* Costalius *ad l.* 22. *ff. mandati*. De cetero non interest, an in ipsa civitate Leydensi, an extra eam in aliqua Hollandiæ parte contraxerit studiosus aut crimen perpetraverit; secundum ea, quæ bis in possessorio de criminali jurisdictione judicio inter tribunal Academicum & Nobiliores duas Hollandiæ civitates a Curia suprema definitum est. Confer de privilegiato studioso-

r um foro DD. *ad auth. habita C. ne filius pro patre* Christinæum *vol.* 5. *decis.* 34. 55. 36.

110. Clericos & Monachos quod attinet, increvisse paulatim in his fori privilegiati jura, ex variis Imperatorum constitutionibus manifestum est. Etenim primo quidem a Marciano Imperatore Clericis Constantinopolitanis indultum, ut non nisi coram Archiepiscopo, Episcopo, vel præfecto prætorio possent conveniri, *l. cum clericis* 25. *C. de epis. & clericis*, *l. decernimus* 13. *C. de episcop. audientia*. Quæ fere confirmata a Leone & Anthemio; eo addito, quod Clerici peregrini ex Provinciis Constantinopolim venientes, ibidem non nisi apud præfectum prætorio cogerentur litigare; de cetero omnes ordinariis subessent suæ provinciæ moderatoribus, *l. omnes* 33. *C. de episcop. & clericis*. Justinianus vero generaliter ordini Clericorum dedit, ut in causis quidem ecclesiasticis non alios sortirentur judices, quam Episcopos, aut Metropolitanos, & provinciæ suæ Synodos, aut Patriarchas, causa apud Episcopos primum agitanda, & per appellationes deinceps gradatim ad superiores deferenda: in civilibus, sub quibus & criminalia, actoris electio esset, an civilem an ecclesiasticum judicem adire malit, *l. sancimus ut nemo* 29. *C. de episcop. audientia*. Tandem post quasdam varietates, *ex novell.* 79. & 83. petendas, constituit in *novell.* 123. *cap. sed neque pro* 8. 21. 22. 23. Episcopum ad judicem civilem vocari non posse sine speciali jussu Principis; sed magis ad Metropolitanum; Metropolitanum ad Patriarcham: causas omnes ecclesiasticas non nisi a judice ecclesiastico dijudicandas esse; œconomos, xenodochos, nosocomos, prochotrophos, & aliorum venerabilium locorum administratores, apud Episcopum suum de rationibus administrationis et debitis administrationis intuitu interpellari oportere: Clericos & Monachos in causis civilibus ad Episcopum vocandos; appellatione tamen ad ordinarium judicem patente ei, qui se sententia Episcopi gravatum putat, ac appellatione ulteriore deinceps denegata, si per ordinarium judicem sententia Episcopi confirmata sit: in criminalibus itidem ad Episcopos, ita ut convicti, ab iisdem ecclesiastico honore spolientur; a judice seculari deinceps judicandi ac puniendi. Iure Canonico de civilibus Clericorum causis soli judices ecclesiastici judicant; ne prorogatione quidem jurisdictionis in judices sæculares permissa, *cap. si diligenti* 12. & *cap. significasti* 18. *extra, de foro compet.* de criminum accusationibus judices sortirentur, ut paulo ante dictum, *l.* 2. 3. & *tot. tit. C. ubi senatores vel clarissimi*. Quocum in plurimis conveniunt Hollandiæ mores, secundum quos Hollandiæ nobiles, Curiarum Hollandicarum senatores, nec non fœderatatum Provinciarum delegati ad collegia publica Hagæ comitis congregari solita, eorumque ministri, Academiæ Batavicæ antecessores, advocati denique Hagæ comitis degentes, & quotquot veniunt appellatione suppositorum Curiæ, nec opificium nec artificium profitentes, in causis civilibus ac criminalibus nonnisi coram Hollandiæ curia conveniri possunt; alibi apud inferiora Hollandiæ tribunalia nec verbali nec reali in jus vocatione inquietandi: exceptis tamen quæstionibus de servitute, de finibus, ac in rem actionibus, quæ ordinario judici inferiori reservatæ sunt, *Provisionele Ordre ep. de differenten tusschen den Provincialen Rade en de Magistraat van's Gravenhage* 27. *Septembris* 1614. *art.* 9. 10. 12. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1378. *instruct. Curiæ Holland. art.* 8. & 73. statuto *Acad. Leydens. art.* 39. Wassenaar *pract. jud. cap.* 1. *num.* 17. Groenewegen *ad rubric. C. ubi senatores vel Clariss.* Etsi enim verum sit, causas criminales ratione nobilium, senatorum, advocatorum, similiumque, non debere censeri subductas ordinariorum judicum jurisdictioni, si statuto tantum cautum esset, tales *in actionibus omnibus in personam* non nisi apud Curiam superiorem conveniri posse; eo quod *actionis* vocabulo accusatio in dubio comprehensa non est, ac statutorum vocabula in propria debent accipi significatione, quoties ab ea recedi non suadet absurdus alioquin futurus statuti sensus; ideoque his aliisque motus parens p. mem. Paulus Voet de Curiæ Ultrajectinæ advocatis responderit, eos in criminibus urbano judici mansisse subjectos, cum Curiæ provincialis instructione *tit.* 4. *art.* 13. tantum personalium actionum mentio comprehensa est, *tract. de statutis sect.* 7. *cap.* 3. *num.* 16. *usque ad finem*; tamen de Hollandiæ advocatis, & similibus curiæ suppositis, contra dicendum est; eo quod non simpliciter in personalibus actionibus dicuntur curiæ subjecti esse, sed generaliter *jurisdictio* sine distinctione inter civiles & criminales causas Curiæ provinciali in nobiles & suppositorum appellatione venientes competere, *privative*, ut habet d. conventio inter Curiam provincialem & Magistratus Hagienses, *d. art.* 9. Plane si in causis civilibus non rei, sed actores sint, ad curiam suos haud possunt evocare adversarios, sed secundum jus commune sequi tenentur forum rei (quod & de Academiæ hujus antecessoribus cautum *statut. art.* 39.) eo excepto, quod pro salario consequendo etiam advocatis ac procuratoribus data potestas est suos adversarios ad curiam vocandi, *d. art.* 73. *instructionis Curiæ Holland.* quo jure etiam Ultrajectinos & Brabantinos advocatos uti, patet ex *instruct. Curiæ Ultraject. tit.* 4. *art.* 13. Brabant. *art.* 295.

112. Si tamen nobiles, senatores, advocati, similesque, extra Hollandiæ territorium in aliis locis deprehendantur, aut bona habeant, recte illic personali possunt conveniri actione, mediante arresto, atque etiam delicti aut criminis accusari; eo quod privilegium nihil operari potest ultra aut extra territorium ejus, qui illud concessit, Groenewegen *ad l.* 1. *C. ubi senat. vel clariss.* quemadmodum etiam consiliarios civitatum, nec non advocatos apud judices inferiores in urbibus Hollandiæ praxin exercentes, ibique fixum habentes domicilium, apud ordinarios judices, ubi larem fovent, conveniendos esse, notat idem Groenewegen ad *rubric. C. ubi senator. vel clariss. n.* 3. [illegible]ti & nobiles Hagæ non degentes apud ordinarium judicem vel curiam provincialem conveniri possunt, ita ut præventioni locus sit, *instruct. Curiæ Holl. art.* 8.

113. Quod si in ipso deliquerint officio qui ad res maritimas curandas collegiis maritimis tanquam assessores adscripti sunt (*Roden ter Admiraliteyt*), aut aliorum Belgii Fæderati collegiorum membris accensiti, sic ut in verba Ordinum Generalium juraverint, coercitio non ad ordinarios judices loci, in quo muneris obeundi causa morantur, sed ad Or-

dines Generales, vel ad Ordines illius provinciæ, quam repræsentant, judicesve ab iis delegatos, spectare videtur. Quod & usu servatum vidi, ac multis adstructum est in respons. JCtor. Holland. *part.* 5. *consil.* 117. Confer tamen *placitum Ordin. Holl.* 3. *Octobr.* 1656. *vol.* 2. *p.* 1157. & 2461. ubi jus singulare est quantum ad eos, qui Ordinibus generalibus sacramento devincti esse, & in officium dicuntur commisisse. Quid in Germania de virorum illustrium foro competente obtineat, vide apud Meyerum *colleg. Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 257. & *seqq.*

114. Ad hæc mercatorum & opificum proprios fuisse judices, qui de his judicarent, quæ ad negotiationem aut artificium certum spectabant, innuit satis *l. ult. C. de jurisdict. omn. judic.* ut tamen actoris in arbitrio fuerit, an apud peculiarem istius negotiationis aut artificii judicem, vellet suum convenire adversarium; idque de spectantibus ad illud artificii vel mercimonii genus negotiis, non item aliis, *d. l. ult.* Quanquam vero nunc apud nos penes pleraque artificum collegia ac præfectos eorum potestas exigua prorsus est, teste Groenewegio *ad d. l. ult.* in aliis nihilominus regionibus etiamnum sat magna apparet, ut constat ex iis, quæ habet Brunnemanus ad *d. l. ult.* Sed & in Belgio Foederato societati mercatorum gentis Anglicanæ datum fuit, ut in civilibus ordinario non subsint judici, sed suo proprio, per quem more gentis illius jus dicatur: si modo propriæ, non item cessæ actiones in judicium deducantur: in criminalibus subsint ordinario loci judici; ita tamen, ut cum accusato delator criminis simul carceri mancipetur petente reo, nec dimittatur, nisi convicto eodem, aut dimisso. *Placitum Ord. General.* 9. *Januarii* 1597. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 756. & *seqq. præcipue* 763. In Portugalliæ quoque regno peculiaris judex est, quem *judicem conservatorem* dicunt, cujus est privatis ibidem ortis inter Belgii Fœderati incolas litibus judicare; & sine cujus consensu Belgam a Judice Portugallo ob crimen apprehendi nefas est, nisi in flagrante fuerit delicto deprehensus, *Instrumentum Pacis inter Portugalliæ Regem & Provincias Fœderatas* 6. *Augusti* 1661. *artic.* 9. & 13. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 2853. & 2858. Extat præterea amplissimum Nationi Belgicæ a Rege Persarum concessum fori peculiaris in Persia Jus, anno 1623. & ab Ordinibus generalibus confirmatum 24. Decemb. 1624. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1315. ac quibusdam etiam nationis Belgicæ apud gentes extraneas consulibus id datum fuit, ut inter mercatores Belgas judices essent, *Acte van de Staten Generaal voor den Consul van Aleppo, nopende de Judicature* 17. *Febr.* 1616. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 1335. Quæ juris dicundi potestas etiamnum salva est illis, qui per urbes Imperatoris Turcarum parentes consulatu gentis nostræ conspicui sunt: at aliis, per regiones mari Mediterraneo in Hispania, Gallia, Italia adjacentes consulatu fungentibus, adempta prorsus seu denegata *Ordin. General.* 24. *Julii* 1658. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1343. De aliis collegiorum aliorum membris, aut certo ministerio addictis, puta de agentibus in rebus, ministerianis, silentiariis & cubiculariis Imperatoriis, exceptoribus, fabricientibus sacræ fabricæ, suariis, reliquisque id genus pluribus, quo in loco competens sortiantur forum, dicere supersedeo, videatur, si opus, Meyerus *Colleg. Argent. ad Pand. h. t. n.* 264.

115. Pupillis præterea & viduabus aliisque personis miserabilibus, ne circuitibus longoque litium gradatim varios apud judices tractandarum sufflamine res suas viderent attritas, tributum, ut, si velint, prætermisso inferiore judicio, causæ suæ examen per saltum Principali possint examini committere, *l. unic. C. quando Imperat. inter pupillos vel al. miserab. personas cognoscat.* Non tamen inter interpretes expeditum satis est, quinam hic miserabilium personarum veniant appellatione. *Pupillorum* quidem mentione occurrente, & eorum, *qui diuturno morbo fatigati sunt & debiles*, non dubium, quin & ad minores, & prodigos, & generaliter omnes eos, qui propter animi corporisve vitium aliena cura indigent, privilegium hocce porrigendum sit, arg. *l.* & *mulieri* 15. §. 1. *ff. de curator. furioso & aliis intra min. dandis*, *l. dabimusque* 19. §. 1. *l.* 20. 21. 22. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel. vendendis*, neque absurdum fuerit, ad senes quoque decrepitos, qui propriis rebus superesse nequeunt, nec minus quam pupilli alieno egent auxilio, jus idem transferre, cum bis pueri senes tales sint, ac senectus ipsa morbus, Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de senteut. provisionalib. art.* 3. *gloss. ult. n.* 11. Matth. de Afflictis *decis.* 257. *in pr.* Aug. Barbosa *in Collect. Cod. ad d. l. unic. n.* 34. Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 66. *n.* 10. Mascardus *de probation. conclus.* 1066. *n.* 5. Tuldenus *ad tit. C. quando Imp. inter. pupill. num. ult.* Sub viduabus an & virgines majorennes comprehendantur, minus certum. Antiquioribus plerisque visum fuit affirmandum, ut patet ex Menochio *d. casu* 66. *n.* 8. Aug. Barbosa *ad d. l. unic. n.* 5. & *seqq.* Covarruvia *pract. quæst. cap.* 7. *n.* 1. & de Frisiæ praxi id testatur Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *defin.* 2. Nec veri specie caret ista opinio; viduam enim non eam solum dici, Labeo ait, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, *l. malum* 242. §. *viduam* 3. *ff. de verbor. signif.* Sed cum novum non sit, vocabula vel in proprio vel etiam improprio sensu tum apud probatos auctores tum in jure nostro accipi; ut in stupri & adulterii, rupti & irriti, cognatorum, fratrum, filiorum aliarumque rerum prope innumerarum appellatione contingit, *l. inter liberos* 6. §. *lex* 1. *ff. ad l. Jul. de adulter.* §. *hoc. autem* 5. *Instit. quib. mod. testam. infirm. l. falsa demonstratio* 33. *ff. de condit.* & *demonstr.* junct. *l. neque professio* 5. *C. de testamentis*, *l. filii appellatione* 84. junct. *l. justa interpretatione* 201. *ff. de verb. signif.* §. *ult. Instit. qui testam. tut. dari poss.* a propria autem vocis significatione recedendum non sit, nisi quando manifestum est, illud voluisse legislatorem, *l. non aliter* 69. *ff. de legatis* 3. maxime in iis, quæ contra juris communis rationem jure singulari introducta sunt, arg. *l. quod vero contra* 14. *ff. de legibus*, neque dubium sit, quin vidua proprie dicatur illa, quæ aliquando nupta fuit; consequens est, ut d. legis unic. dispositionem non satis apte virginibus seu innuptis puellis accommodemus; quod & placuit Covarruviæ *d. cap.* 7. *num.* 2. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 1. *num.* 42. 43. Tuldeno *ad tit. C. quando*

Imp. inter pupillum &c. cognoscit, *num. ult.* ac nostris moribus comprobatum est, quibus non nisi certis in casibus puellæ innuptæ hoc fori privilegio uti solent; puta, si justa de causa nimium adversarii potentiam reformident, vel imprægnatæ duci se aut dotari, & infantem ali petant, Groenewegen *ad d. l. unic. num.* 3. & 4.

116. Viduabus tamen, quæ maritum extulerunt, annumerandæ videntur nuptæ illæ, quibus mariti inutiles sunt, ut frustra a viris suis defensionem sperent; veluti si vel exul sit maritus, vel ad triremes damnatus, vel captus ab hostibus, vel furiosus, vel prodigus declaratus, sic ut ipsi vivo, vigenti, videntique jam quasi funus ductum sit, & civiliter pro mortuo habendus videatur. Quo facit quod jure Canonico legitur, Ecclesiam juxta communem loquendi modum dici viduatam, quæ licet Episcopum habeat, inutilem tamen perhibetur habere, *cap. inter corporalia* 2. *in med. extra*, *de translat. episcopi*, Covarruvias *pract. quæst. cap.* 7. *n.* 2. *vers. est & in hoc eodem.* Menochius *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 66. *n.* 9. Aug. Barbosa *in Collect. Cod. ad d. l. unic. num.* 9. Andr. Gayl. *libr. observ.* 1. *n.* 44.

117. Nec refert, utrum paupertinæ an opulentæ hæ personæ sint, cum sola conditio atque status, non item patrimonium, in hoc fori privilegio consideratum sit, nec d. l. unica distinctionem faciat. Menochius d. *casu* 66. *n.* 11. Andr. Gayl. *l.* 1. *observ.* 1. *n.* 40. Cancerius *variar. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 5. Aug. Barbosa *ad d. l. unic. n.* 20. ibique plures allegati.

118. Porro & mercatores a domicilii loco absentes, in locis illis, in quibus negotiationis ergo peregrinantur, tanquam miserabiles personas considerari debere fori intuitu, si in vectigalibus aliisque similibus graventur, statuunt, Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 1. *tract. de sentent. provisional. art.* 3. *glos. ult. num. quinto*, *mercatoribus*, Menochius *d. casu* 66. *n.* 18. Barbosa *ad d. l. unic. n.* 37. Quod in Belgio Fœderato hactenus verum, ut de vectigalibus similibusque pro mercium importatione & exportatione solvendis cognoscant non ordinarii judices, sed præposita rei maritimæ collegia, ut *in seqq.* dicetur. Quamvis hoc favore mercaturæ in Hollandia constitutum sit, litem inter duos mercatores peregrinos, prætermisso ordinario judice inferiore, imo & prætermissa curia provinciali, prima instantia apud supremam curiam posse moveri, *instruct. curiæ supremæ art.* 18. eodem modo, quo ante supremæ Curiæ Mechliniæ institutæ cognitio inter tales peregrinos data fuerat. *Statut & Ordonance declaratione par Charles V. anno* 1527. 7. *Octobr. vol.* 2. *placitor. Holl. pag.* 1526. *dont. med.*

119. Ecclesias insuper piasque causas, nosocomia, gerontocomia, orphanotrophia, & alia similia, pupillorum exemplo gaudere fori prærogativa secundum d. l. unic. passim ab interpretibus, paucis dissentientibus, tradi videas. In gerontocomiis sane & nosocomiis & brephotrophiis ac similibus esse miserabilium personarum congeriem, ambiguum haud est, ac pluribus adstruit Marta *digestis juris noviss. tom.* 6. *tit. hospitale cap.* 9. ut proinde, quod jus singulis competiturum esset, id universis denegari, iniquum foret; præcipue cum & in litibus universitatum velint huic privilegio locum esse, eo quod universitas & viduas & pupillos & alias personas fortunæ injuria miserabiles in se concludit. Nec aliud in Ecclesia statuendum videtur, si illa de patrimonio cogatur litigare. Etsi enim *in tit. de minoribus* monitum fuerit, non semper a pupillis ac minoribus ad Ecclesiam argumentum valere, nec jura quæcunque singularia pupillis indulta protinus & ad Ecclesias debere transferri: ratio tamen diversitatis nulla quantum ad hoc præsens privilegium inter pupillum Ecclesiamque apparet; cum utique Ecclesia æque ac pupillus, oppressionem reformidare debeat, quippe æqualiter cum pupillo ignara rerum suarum, per alios administrandarum, ac tum in judiciis, tum extra ea, alieno defendendarum arbitrio ac fide. Vide Aug. Barbosam *ad d. l. unic. numer.* 53. Cancerium, *d. lib.* 2. *cap.* 2. *variar. resolut. numer.* 25. & *seqq.* Menochium *d. libr.* 2. *casu* 66. *num.* 19.

120. Quia vero lex non distinguit, utrum tales personæ miserabiles actoris an rei partes in judicio subituræ sint, consequens est, ut hanc iis prærogativam asseramus, sive ipsæ agant, sive conveniantur; sic ut agentes adversarium ad Principis tribunal trahere prima lite invitum possint; conventæ ad Principale judicium ab inferiore judice remitti sese jure desiderent, invitæ tamen non cogantur apud Principem litigare, prætcrito judice ordinario inferiore, sive actrices sive reæ sint, Gudelinus *de jure noviss. libr.* 4. *cap.* 2. vers. *deinde sciendum*, seu *num.* 23. Covarruvias *pract. quæst. cap.* 7. *num. ult.* versu *sexto deinde*, Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1 *cap.* 13. *num.* 11. Perezius *Cod. ad d. tit. quando Imper. inter pup. vel vid.* Quod jus etsi generali in Geldria consuetudine abrogatum testetur Frederic. a Sande *de feudis Geldriæ tract.* 3. *cap.* 1. *numer.* 16., in aliis tamen plerisque locis etiamnum receptum est eatenus, ut non ipse quidem Princeps, sed superiores judices (apud nos Curiæ Provinciales) de litibus talium, id desiderantium, queant judicare. Instruct. Curiæ Holland. *art.* 8. Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art.* 18. Sande *decis. Frisic. libr.* 1. *tit.* 1. *defin.* 2. Nec contrarius est Germaniæ usus; cum id unum tantum denegatum sit, ne miserabiles personæ ad cameram Spirensem suos prima instantia adversarios vocent; de cetero Principes cujusque regionis ipsos de talium causis cognoscere, testis est Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 1. *numer.* 40. Suntque hæc certa apud nos, si miserabiles personæ agant; in tantum, ut & pupilli recte suos tutores ad curiam provincialem vocent, ad id, ut hi condemnentur in loco administratæ tutelæ, vel apud magistratus, a quibus creati sunt, rationes reddere. Groenewegen *ad d. l. unic. C. quando Imperator &c.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 13. *numer.* 22. At si conveniantur, contendi haud immerito posset, eas ad ordinarium judicem sic posse & debere vocari, ut nec fori declinatoria exceptione opposita desiderare queant, ad curiam Hollandiæ sese remitti; eo quod nominatim illud privilegium invenitur indultum viduabus Professorum Academiæ, quæ Leydæ est, ut invitæ non nisi coram Hollandiæ curia conveniantur, *statuta Acad. Leyd. art.* 39. quod sane frustra de hisce videretur constitutum, si omnibus viduabus commune

esset, ut ordinarii judicis possent declinare jurisdictionem in jus vocatæ. Confer Christinæum *vol.* 1. *decis.* 259. *num.* 14. *& seqq.* ubi de suæ regionis more agens hoc privilegium etiam viduabus ac pupillis similibusque in jus vocatis tribuit, nisi jam litem contestatæ aut contestati essent; adeo ut tum minoribus nec per in integrum restitutionem succurrendum putet, ad litem contestatam alio transferendam.

121. Nihil autem interest, an hæ personæ ex proprio capite, an jure hæreditario, jus agendi adeptæ sint, dum non privilegiato hæredes extiterunt; cum neque d. l. unica distinguat, nec mores hactenus introduxerint quantum ad hoc fori privilegium inter proprias & hæreditarias actiones diversitatem. Quemadmodum etiam in Hollandia non refert, utrum lis ipsis intercedat cum aliis non privilegiatis, an cum aliis æquali fori prærogativa munitis, dum pupillus pupillum, vidua viduam, aut pupillus viduam in jus vocat; qua de praxi testatur Groenewegen *ad d. l. unic. num.* 7. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 13. *n.* 18. quod & in Catalaunia probari tradit Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 23. 24. Quamvis cessante constante fori usu, magis generalibus juris fundamentis conveniens esset contraria sententia; eo quod privilegiatus contra æque privilegiatum non potest suum exercere privilegium, sed eo potius loco habendus est quantum ad adversarium æquali jure gaudentem, ac si nulla præ reliquis prærogativa munitus esset, arg. *l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis. l. sed & milites* 8. *pr. ff. de excusat. tutor. l. ult.* §. 1. *in fine Cod. qui potior in pignore.* Cui consequens foret, ut ex jure communi ipse, tanquam actor, rei forum ordinarium deberet sequi, Sande *decis. Frisic. l.* 1. *tit.* 1. *defin.* 2. August. Barbosa *in collectam. ad l. unic. C. quando Imperator inter pupillos &c. num.* 29. Covarruvias *pract. quæst. cap.* 7. *n.* 4. Ant. Thesaurus *decis.* 177. *n.* 9. *in med.* adeo ut nec probanda videatur Antonii Fabri opinio, qui *lib.* 3. *Cod. tit.* 13. *de fin.* 1. censuit, actorem privilegiatum recte evocaturum suum adversarium privilegiatum ad tribunal superius, quando cum personali prærogativa fori, causæ ipsius privilegium ac favor concurrit, veluti si vidua dotem repetat a pupillis. Manet enim, non obstante dotis favore, æqualitas privilegii quantum ad forum attinet; neque ex eo, quod in aliis dotes præcipuum meruerint favorem, recte induxeris, fori quoque intuitu viduam, de ejus restitutione contendentem, majore quam pupillos jure gaudere, ac prævalere.

122. Denique nec interest, utrum miserabiles hæ personæ solæ in lite subsistant, an alios habeant non privilegiatos litis ejusdem consortes, sic ut & ipsi non privilegiati eo casu fori Privilegiati reddantur participes, si modo idem cum privilegiatis jus habeant, ac causa in judicium deducenda individua sit, arg. *l. si communem* 10. *ff. quemadmod. servitut. amittantur*, non item si dividua sit, arg. *l. unic. Cod. si in communi eademque causa restitutio postuletur*, nisi & dividuam, ad plures spectantem, existimemus in universum in foro privilegiato definiendam esse, ne continentia causæ dividatur, arg. *tit. ff. quibus ex causis ad eund. jud. eatur.* Vid. Costalius *ad d. l.* 10. *ff. quod quemadmodum servit. amit.* Covarruvias *pract. quæst. d. cap.* 7. *num. ult. in fine.* Aug. Barbosa *Collect. Cod. ad l. unic. quando Imp. inter pupillos &c. num.* 17. Cancerius *var. resolut. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 27. 28. Quicquid sit, in causis saltem dividuis si solæ miserabiles personæ pro sua parte in privilegiato cœperint foro experiri, liberum reliquis esse debet, ut sese eis agentibus adjungant, & ita simul causam persequantur; ne alioquin sententia contra personam privilegiatam lata ipsis quoque non privilegiatis eodem jure munitis præjudicio sit; nam etsi res inter alios acta aliis directo non noceat, tamen in una eademque causa sequior relata per unum sententia ingentem adversus reliquos, ex eodem jure litigaturos, inducit causæ non bonæ præsumptionem.

123. Quod si in contrahendo renunciaverint suo fori privilegio, an renunciatio rata haberi debeat, quæstionis est. Plerisque eam inutilem esse visum fuit, eo quod privilegium hoc non privato favore, sed publico, & miserationis intuitu concessum est, cujus generis beneficiis non valide renunciari vel ex eo apparet, quod & cessionis beneficio renuncians ad illud tamen ad inopiam redactus confugere non prohibeatur, (ut alibi dicetur) ita Ant. Thesaurus *decis.* 177. *num.* 4. Cancerius *d. part.* 2. *variar. resolut. cap.* 2. *n.* 29. Aug. Barbosa *ad d. l. unic. C. num. ult.* Petrus Barbosa *ad l. alia causa* 15. §. 1. *num.* 49. *&* 50. *ff. soluto matrimon.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 1. *num.* 40. Sed juri magis conveniens est, renunciationi factæ standum esse, cum ea bonis non adversetur moribus, & obtinuerit, unumquemque licentiam habere his, quæ pro se introducta sunt, renunciandi, *l. pen. Cod. de pactis.* Parum faciente in contrarium, quod non privato sed publico favore hoc jus fori inductum sit; cum non minus militibus publici favoris intuitu privilegium militaris judicii datum fuerit; quos tamen suo posse juri renunciare, palam est ex *d. l. pen.* Neque semper verum est, invalidam esse renunciationem juris ex miseratione concessi; quod enim beneficio cessionis nemo possit ex renunciatione privari, id peculiari nititur ratione, quod scilicet nemo membrorum dominus sit, *l. liber homo* 13. *ff. ad leg. Aquil.* adeoque nec membra seu corpus suum jure possit ad perpetui carceris squallorem & macerationem obligare; quod tamen futurum esset, si beneficii cessionis renunciatio firma foret; quippe quæ potissimum ad id proficit miseris, ne condemnati ob debitum in carcerem detrudantur, *l.* 1. *C. qui bonis cedere poss.* De cetero, non magis viduabus, pupillis, aliisque similibus hoc fori peculiaris jus ex miseratione datum est, quam studiosis suum: *quis enim* (inquit Imp. Fredericus *in auth. habita C. ne filius pro patre*) *eorum non misereatur, qui amore scientiæ exules facti, de divitibus pauperes, semet ipsos exinaniunt, vitam suam multis periculis exponunt, & a vilissimis sæpe hominibus corporales injurias sine causa perferunt?* Quos tamen militum armatorum exemplo renunciare posse fori prærogativis, nisi apud nos minorennes sint, supra dictum est, Perezius *tit. Cod. quand. Imper. inter pupillos &c. cognoscat, num. ceterum sunt* 5. Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 4. *num.* 39. Eoque facit, quod miserabilibus hisce personis liberum sit, non uti jure suo, & ad ordinarium judicem litigatum ire, ut ante dictum; in tantum,

ut nec restitutione in integrum juvandi sint pupilli, aut viduæ, ut ut minorennes, si per eam sub obtentu litis per errorem apud ordinarios judices contestatæ intenderent ad forum privilegiatum remissionem; cum & favor ordinariæ jurisdictionis, & læsio vel incerta, vel sane non admodum magna, restitutionem hoc casu videatur impedire, Covarruvias *pract. quæst. cap.* 7. *num. ult.* vers. *nono.*

124. Non tamen huic fori privilegio locus est, si pupillis similibusque de minuta tantum quantitate debiti lis cum alio intercedat; qua de causa etiam, uti aut moribus aut legibus municipalibus apud varios populos certa quantitas definita invenitur, intra quam consistens res controversa, apud ordinarium judicem petenda est; ut patet ex Cancerio *var. resolut. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 21. Covarruv. *d. cap.* 7. *pract. quæst. num.* 3. vers. *hoc tamen privilegium*, aliisque; ita in Hollandia constitutum, ut si personæ miserabiles una cum adversario eodem in loco larem foveant, non aliter ordinarii judicis jurisdictionem declinent, ac apud curiam provincialem litigent, quam si inter degentes majoribus in urbibus de debito trecentos florenos excedente, in minoribus (quibus & Haga-Comitis adnumerata) centum & quinquaginta, in pagis quinquaginta superante, lis sit. Sin diversis sub judicibus Hollandis degant, si quidem in urbe, lis centum aureos excedere debeat, sin ruri, quinquaginta, ut judici ordinario subduci ex hoc privilegio possit; non actoris sed debitoris domicilio considerato, an in urbe an ruri sit, *nader Ampliatie van d' instruct. van den Hogen en Provincialen Rade* 24. *Martii* 1644. *artic.* 5. 6. 7. Nec Zelandi ab Hollandis, nisi quantitas ducentis & quinquaginta florenis major sit, *nader provis. accoord tusschen Holl. en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 4. Simile quid, licet diversa quantitate, cautum instruct. Curiæ Flandricæ *art.* 8. 9.

125. Etsi autem frequentius probatum fuerit, etiam tunc hoc fori privilegium competere, cum actio per non privilegiatum privilegiato cessa est; tum quia *d. l. unic. quand. Imper. inter pup. cognoscat*, non distinguit, unde nec nostrum est distinguere; tum quia, ut supra a me traditum de studiosis, exceptio declinatoria fori, tanquam mere personalis, generaliter cessionario privilegiato opponi nequit, licet cedenti opponi potuisset, si modo cessio bona fide facta fuerit, Barbosa *in Collectan. ad d. l. unic. num.* 15. Matth. de Afflict. *decis.* 74. Cancerius *d. part.* 2. *var. resolut. cap.* 2. *num.* 28. *in fine*. Hollandis tamen ac Ultrajectinis magis placuit, privilegium fori a miserabilibus personis in propriis quidem & hæreditariis, at nullo modo in cessis actionibus exerceri posse, sive oneroso, sive lucrativo titulo, sive voluntate, sive ex necessitate in rem suam procuratores constitutæ sint, *ampliatio instruct. Curiæ Holland.* 21. *Decemb.* 1579. *artic.* 1. *nader provisioneel accoord tusschen Holl. en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 4. Instruct. Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art.* 18.

126. Sic quoque per Hollandiam privilegio huic locus non est, si de securitate mercium transvehendarum (assurantie) quæstio miserabilibus hisce personis intercedat cum alio, quantacumque fuerit quantitas eo nomine controversa. *Ampliatio secunda instr. Curiæ Holl.* 24. *Martii an.* 1644. *artic.* 28. Idemque est, si de adipiscenda possessione agatur, veluti de missione in possessionem hæreditatis, quippe quæ ab ordinario domus mortuariæ Judice decernenda est, Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 55. Assignatio insuper bonorum paternorum aut maternorum, si pupillis facienda sit per parentem superstitem, eoque nomine movendum fuerit familiæ erciscundæ judicium, ordinarii Judicis, non vero curiæ Hollandicæ notionem regulariter esse, rescripto Philippi Regis ad Curiam Provincialem 5. Januarii 1557. comprehensum est; quod occurrit inter placita Ordin. Holl. *vol.* 2. *pag.* 1489. Præterea, cum legislatori Hollando placuerit, tunc, cum curator datus est hæreditati bonisve, quæ solvendo non sunt aut non esse creduntur, lites omnes ea occasione movendas per creditores aliosque, velut generali judicio, apud Judicem ordinarium loci, in quo curator est constitutus, omni in casu ventilandas esse, *placito Ordin. Holl.* 10. *Julii* 1677. *vol.* 3. *pag.* 672., consequens est, ut nec miserabiles personae eo casu ex fori privilegio ad curiam provincialem prima possint instantia convolare. Idemque dicendum, si judicio familiæ erciscundæ contendendum sit, cum hujus generis quæstiones tum in Hollandia, tum in Zelandia in loco domus mortuariæ ventilandæ sint, *nader provis. accoord tusschen Holl. en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *artic.* 14. Denique generaliter fori peculiaris prærogativam, personarum favore ac contemplatione concessam, cessare merito contendi potest, quoties de talibus negotiis lis agitanda est, quæ ex specialibus legibus certis tantum judicibus cum ordinarii judicis exclusione sunt demandata; veluti, cum de fraudatis vectigalibus aut tributis, de legum venaticarum transgressione, saltuum publicorum violatione, feudalibus controversiis, politicis causis, aliisque similibus, cognitio instituenda est. In his enim cessare fori privilegium alioquin non miserabilibus tantum, sed & aliis personis secundum ante dicta datum, necessarium est; cum omnibus aliis judicibus prærepta sit de causis talibus jurisdictio, & non nisi certis judicibus tributa, Vultejus *tract. de feudis cap.* 17. *n.* 3. *Notabile poincten van Leenen van Jac. de Jonge art.* 23. Plura de hoc miserabilium personarum privilegio congesta vide apud Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 66. Maschardum *de probation. conclus.* 1066. Covarruviam *pract. quæst. cap.* 7. Thesaurum *decis.* 177. Rebuffum *ad constitutiones regias tom.* 1. *dict. tract. de sentent. provisional. art.* 3. *gloss. ult.* Cancerium *variar. resolution. part.* 2. *cap.* 2. Leeuwen *censur. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 11. *et seqq.*

127. Sed ut, quæ de cessante miserabilium personarum privilegio in causis, certis tantum judicibus cum ordinarii judicis exclusione demandatis, dicta sunt, manifestius appareant, operæ pretium fuerit, præcipuas harum causarum species recensere. Considerandum ergo, præfecto saltuum & assessoribus ejus commissum fuisse judicium de peccatis quocunque in loco contra venationis leges, deque violatis saltibus, & quæ his sunt connexa, ut nullus sive nobilitatis sive dignitatis sive privilegii prætextu, vel etiam sub obtentu possessionis circa jus venandi exercitæ, in qua se defendi desideraret per eos, quibus de possessione alioquin cognoscere datum est, sese præfecturæ saltuum subducere possit, & vel

ordinarii judicis vel curiæ Hollandiæ jurisdictioni submittere, sive civiliter sive criminaliter de hisce agatur. Vide *constitutionem Caroli V.* 26. *Decembris* 1517. *art.* 6. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 1316. & *placitum Ordin. Holland.* 10. *Augusti* 1589. *d. vol.* 1. *pag.* 1396. & 25. *Junii* 1621. *d. vol.* 1. *pag.* 1420. & *sententiam cum actis apud Curiam Hollandiæ* 23. *Febr.* 1672. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 713. 714. 715. ac novissime *placitum Ordin. Hollan.* 22 *Novemb.* 1670. *d. vol.* 3. *pag.* 716. sola appellatione in causis majoris momenti ad curiam Hollandiæ feudalem non ita pridem restitutam concessa, *Instructio Curiæ feudalis Holl.* 7. *Aprilis* 1661. *art.* 5. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2647.

128. Similiter Collegiis & assessoribus rei maritimæ præpositis (*Collegien ter Admiraliteyt*) data ab Ordinibus generalibus jurisdictio de præda hostili per naves bellicas, aut prædatorias auctoritate publica instructas, intercepta; de piratica non jure exercita; de litibus inter naves bellicas aut prædatorias exortis, deque delictis per eas commissis; de criminibus in ipsa navi perpetratis, quorum coercitio excedit centurionum potestatem; ut & de iis, quæ per socios nauticos reliquosque rei maritimæ operam dantes extra navim admissa sunt, si modo militaria fuerint (reservata criminum communium extra navim commissorum cognitione judicibus ordinariis loci illius, in quo illa perpetrata, vel in quo delinquentes inventi sunt) præterea de fraudatis vectigalibus mercium exportandarum vel importandarum nomine solvendis, deque illicite exportatis aut ad hostes missis, ac denique de delictis eorum, quibus in merces inferendas aut evehendas inquisitio demandata est, (vulgo *Commisen van de conveyen en Licentem en Cherchers*) *Instructie van de Staten Generaal voor de Collegien ter Admiraliteyt* 13. *Augusti* 1597. *art.* 3. 30. 31. *vol.* 2. *placit. Hollan. pag.* 1531. & 1537. 1538. Neque interest, a quo merces, exportari prohibitæ, interceptæ fuerint; nam & si vel a militibus deprehensæ fuissent, ac intra loca præsidiaria deductæ, non ideo ad militarem judicem, sed ad hos rei maritimæ præfectos pertinere de jure vel injuria exportationis atque interceptionis aut commissi cognitionem, constitutum est decreto Ordinum General. 14. *Aprilis* 1673. *vol.* 3. *placit. Holand. pag.* 1278. *num.* 55. Quod si mercium illicitarum ad hostes transportandarum rei non in ipso delicto deprehensi fuerint, sed demum postea tanquam edictorum transgressores accusandi veniant, non jam solis collegiis maritimis, sed & ordinariis judicibus ejus delicti executio patet, sic ut præventioni locus sit, *placito Ordin. General.* 31. *Decemb.* 1657. *art.* 9. & 10. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 519 quod repetitum edictis variis 19. *Martii* 1665. 14. *Aprilis* 1672. 11. *Aprilis* 1673. *art.* 9 & 10. *vol.* 3. *placit. pag.* 254. & 9. *Martii* 1689. *art.* 13. *vol.* 4. *placit. Holl. pag.* 200. Quin imo, si naves aut merces redemtæ fuerint ab hostibus, ac de earum proprietate, redemptionis validitate, aut restitutione quæstio sit, non collegia maritima, sed judices ordinarios judicare debere, & quidem de plano, appellationis reformationis aut supplicationis licentia denegata, sancitum fuit in quadam facti specie 4. *Martii* 1600. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 39. & *seqq.* Similiter de delictis in navi, Indiam orientalem petente, vel inde redeunte, commissis, cognitio cameris maritimis concessa non est, sed in ipsa navi consilio nautico demandata coercitio, quoties leviora sunt, aut conspirationem involvunt, ut periculum in mora sit, aut certo certius capitalia; de gravioribus punitio ad ordinarios videtur spectare judices loci illius, ubi in Belgio vel India naves appellunt, *Artikel-Brief van de Oost Indische compagnie* 8. *Martii* 1658. *artic.* 9. 10. 11. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 1210. Confer varia de delictis militaribus aut nauticis in India occidentali aut navigatione commissis, & quæ sint militaria aut navalia delicta, occurrentia variis in placitis Ordin. General. *Ordre van de regeeringe in West indien* 13. *Octobr.* 1629. *art.* 49. 50. 51. & *seqq. vol.* 2. *pag.* 1243. in Brasil. *artic.* 38. & *seqq. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1253. in Africa 5. *Julii* 1642. *art.* 14. & *seq. d. vol.* 2. *pag.* 1270. & de delictis per socios nauticos aut milites aut præfectos navium militumve commissis quomodo judicet consilium navale, vide *Artikel-Brief roerende Oorloge ter Zee* 8. *Maii* 1643. *art.* 5. *vol.* 2. *pag.* 200.

129. Publicanorum causas quod attinet & vectigalium per eos conductorum; si quidem ipsi aut fidejussores eorum conveniendi sint ob id, quod male versati sunt circa pecunias publicas, aut rationes suas conscribendas, prætermissis acceptis, aut alterius stationis publicano ea negaverunt, quæ ille jure suo petere poterat apud delegatos Hollandiæ Ordines (*Gecommitteer de Raaden*) prima instantia lis moveri potest, *Generale Ordonnantie op de verpachtinge van de Imposten in Holland. art.* 23. 24. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 812. idemque juris est, si de compositionibus illicitis, a successore in conductione, vel ab alio quocunque sint accusandi, *Ordre tegens de compositien anno* 1641. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1655. Adde *d. vol.* 1. *pag.* 1676. *art.* 33.

Si vero lis inter ipsos oriatur publicanos eorumve socios, aut inter publicanos & ærarii quæstores, aut denique inter publicanos & impositionum fraudatores, ea primitus apud delegatos in urbibus judices agitanda est, ac intra decem septimanas terminanda; quibus elapsis, per provocationem a sententia, si ea lata sit, aut per evocationem, si mora facta, ad delegatos Hollandiæ Ordines transferri potest, *d Ordonnatie op de verpachtinge van Imposten art.* 30. *d. vol.* 3. *pag.* 813. 814., cum quibus conveniunt, quæ traduntur placito Ordinum Zelandiæ 18. *Septembr.* 1675. *vol.* 3. *placit. Holl. pagina* 1112. & placito Consilii Status fœderati Belgii circa impositiones Ordinibus Generalibus pendendas, 7. *Martii* 1657. *vol.* 2. *placit. Holl. pagina* 1002. & *seqq.*

130. De negotiis quoque pupillaribus ad tutelæ administrationem spectantibus cognitio variis in locis peculiariter cameræ pupillaris præfecti concessa est, quoties eorum potestati nominatim testamento vel codicillis subducta non invenitur pupillorum tutela; sed quo usque definiri certo vix potest, at cameræ cujusque legibus ac moribus petendum; dummodo id unum observetur, ne aliter cameræ hæ pupillares jus decernendi ac constituendi sibi arrogent, quam si pupilli sint, ad quos bona spectant; his enim non existentibus, sed ad alios patrimonio pupillorum jam devoluto, cameram pupillarem tan-

tum ut sequestram considerari oportere, litesque ordinarium apud judicem discutiendas esse, verius est; eo quod ad solorum pupillorum providentiam tales præfecturæ pupillares inductæ & auctoritate munitæ sunt, Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 36. quod repetitum *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 26.

131. Feudales controversias jam olim ex scriptis feudorum consuetudinibus suos peculiares habuisse judices curiam feudalem in eaque assidentes curiæ pares, ex scriptis feudorum consuetudinibus abunde constat; ut tamen casus varii videantur distinguendi: aut enim inter vasallos duos de feudo lis est, aut inter dominum & vasallum, aut inter dominum, & extraneum, aut denique inter vasallum & extraneum. Si inter duos vasallos de feudo lis sit, dominus directus, quive ejus vicem gerit, una cum curiæ paribus idoneus judex est, *lib.* 2. *feud. t.* 55. *§. ult. in fine de prohibita alienat. per Frederic.* & *d. lib.* 2. *tit.* 34. (licet Mediolani aliud dicatur servatum *d. tit.* 34.) nisi dominus quodammodo in ea re suspectus sit, quod evenit, si dominus de antiquo feudo, quasi ob defectum agnatorum aperto, alium investierit, agnatus autem existens, illud, utnon apertum, sed jure successionis sibi quæsitum evincere conetur; tunc enim, quia dominus de evictione teneretur perperam investito, atque ita in sua videretur judicare causa, non quidem ad judicem ordinarium lis ea transferenda fuit, sed per solos curiæ pares, excluso domino, dirimenda, *lib.* 2. *feudor. tit.* 46. *an apud jud. vel curiam.* Quod autem in *lib.* 2. *feud. tit.* 15. *de investitura in maritum facta* scriptum est, magis apud ordinarium judicem, aut arbitrum utriusque consensu electum, quam apud eundem dominum hoc litigium fore determinandum; id tunc verum erit, cum nulli curiæ istius dominicæ pares sunt, aut per ætatem aut aliter ad judicandum inhabiles; tunc enim satius esset, ordinario judici, quam domino in propriam utilitatem judicaturo, causam committi. Quod si de feudi retractu quæstio sit inter emptorem feudi & agnatos retractum desiderantes, magis est, ut per curiam feudalem ea finiatur: eo quod & emptor & retractum faciens tanquam vasallus considerandus est, alter ut fiat talis retractu interposito, alter vero, ut maneat, eodem impedito, Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 105. *quæst.* 3. Rosenthal. *de feudis cap.* 12. *conclus.* 12. *n.* 97. *& seqq.* præsertim posita consuetudine, quod retrahere cupiens ante omnia debet investitus fuisse per dominum directum, alioquin ad retractum tentandum haud admittendus; de qua post alios testatur Groenewegen *ad Hug. Grotii manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 13. Si inter dominum & vasallum contentio sit; si quidem ita, ut vel vasallus se vasallum, vel dominus se dominum esse neget, atque adeo alteruter rem non feudalem sed allodialem esse dicat, ordinarii judicis ea de re notio est. Sin in confesso sit, vasallum alterum esse, alterum dominum, sed de feudi investitura, conditionibus, usu, militia, servitiis, restitutione, amissione, aliisque similibus ad constitutionem, conservationem, aut privationem feudi spectantibus, disputetur, ad partes curiæ cognitio pertinet, *lib.* 2. *feud. tit.* 16. *de controversia feudi apud pares terminanda*, & *tit.* 55. *§. ult. in fine de probib. feud. alienat. per Fridericum* & *tit.* 39. *§. si inter, de alienatione paterni feudi*, & *lib.* 1. *tit.* 21. *de feudo sine culpa non amittendo*, & *tit.* 22. *§. ult. quo tempore miles investit. petere deb.* Si inter vasallum & extraneum, vel inter dominum & extraneum lis orta, veluti de finibus aut servitutibus prædiorum confinium, quorum alterum feudale, allodium alterum est, vel si vasallus agat aut conveniatur ob id, quod rei feudalis custodiam alteri commisit, aut eam oppignoravit, non nisi apud ordinarium judicem hæ controversiæ tractandæ sunt, actore secundum generalia principia forum rei sequente, eo quod nuspiam in consuetudinibus feudorum cognitio de talibus invenitur vel Domino vel curiæ paribus delata. Confer Vultejum *de feudis lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 33. *& seqq. ad num.* 42. Rittershusium *partition feudal. lib.* 2. *cap.* 9.

132. Mores Hollandiæ si scrutemur, ut silentio involvam ea, quæ antiquissimis temporibus obtinuere tum ex Caroli Burgundiæ ducis constitutione *anno* 1469., tum ex Caroli V. latiore Instructione Curiæ feudalis *anno* 1519. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 631. *& seqq.*, seculi hujus initio de controversiis feudalibus judicabat prima instantia curia domini subinfeudantis, si de subfeudis, seu feudis rursus in feudum a vasallo datis, ageretur, etsi vasallus curiæ suæ paribus destitutus adhibitis alienæ curiæ paribus jus dicturus esset; a cujus sententia ad Curiam Feudalem Hollandiæ deinceps appellatum fuit: sin de concessis ab Hollandiæ comitatu feudis contenderetur, prima ejus cognitio eidem competebat Hollandiæ Curiæ feudali: ut &, si de subfeudis quæstio ipsi intercederet subinfeudanti. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. libr.* 2. *tit.* 41. *num.* 79. 80. ibique Groenewegen *in notis*, *Notabele poincten van Leenen van Jacob de jonge art.* 22. 23. Quæ curia feudalis olim a Curia provinciali Hollandiæ distincta fuit; sed cum postea Hollandiæ curiæ provinciali demandatum esset causarum feudalium judicium, abolita pristina feudali curia, iterum anno 1661. restitutum fuit peculiare feudalium tribunal, in quo feudorum præses (*Stadhouder van de Leenen*) una cum Curiæ provincialis præside, ac curiæ ejusdem senatoribus Hollandicis, qui & vasalli esse debeant, cognoscendi ac decidendi habebat potestatem, *Instructio Curiæ feudalis Holland.* 7. *Aprilis* 1661. *præfat. & art.* 1. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2646. Cui etiam curiæ ampliores, quam ex consuetudinibus feudalibus, jurisdictionis termini constituti sunt; etenim non modo de feudis comitatus Hollandiæ, uti & de subfeudis, quoties ipsi subinfeudanti lis est, vel jurisdictio prorogata invenitur, prima instantia competens judex est, deque subfeudis per appellationem aut reformationem a sententia curiarum feudalium inferiorum, de subfeudis cognoscentium, quoties alii extra dominum subinfeudantem veniunt litigatum, *dicta instruct. Cur. feud. art.* 2. 3. 5. 7. sed & per evocationem, si curiæ inferiores negligentiores sint in lite feudali terminanda, & hoc ipsum desideret alteruter litigantium, juxta formam in Curia Hollandiæ non feudali circa evocationes receptam, *d. instruct. Curiæ feudal. Holl. art.* 6. Ad hæc per appellationem de causis, a præfecto saltuum & assessoribus ejus decisis, circa saltuum violationes, legum venaticarum transgressiones, & alia ad istius præfecturæ ju-

risdictionem spectantia, (de quibus *h. t. num.* 127.) *d. instruct. art.* 5. Nec tantum, si agatur de feudorum proprietate, sed & si de oneribus rei feudali impositis, veluti de sorte debita, vel reditibus annuis constitutis, pro quibus feudalia pignori obligata sunt, deque aliis quibuscunque juribus in re feudali competentibus; etiam servitutibus personalibus ususfructus & similibus; (cum solæ excipiantur controversiæ servitutum urbanarum & rusticarum, ordinario judici reservatæ) præterea de finibus duorum prædiorum feudalium regundis, de jurisdictione, alluvione, privilegiis, juribus, servitiis, feudi nomine vindicandis, aut præstandis, *d. instruct. art.* 3. sic ut & emptores feudorum ac similes de re feudali litem patientes suos possint ad eandem curiam feudalem auctores evocare, ut liti assistant; ac vasalli extra Hollandiam commorantes, mediante feudorum suorum Hollandicorum arresto, edictis jure evocentur ad litem feudalem eadem in curia excipiendam, *d. instruct. art.* 8. & 9.

133. Si tamen de debitis, reditibus, servitutibus prædialibus, aliisque operibus partim allodiali, partim feudali rei impositis, aut constitutis, lis instituenda sit, in actoris arbitrio est, utrum eam apud ordinarium, an apud feudalem malit judicem movere; sic ut & plenissima sententiæ latæ executio ei tunc permittenda sit, qui judicavit, promiscue in res allodiales ac feudales dirigenda, *d. instruct. artic.* 4. Et quamvis novissime constitutum rursus fuerit, Hollandiæ Zelandiæque curiam provincialem, ac appellatione interposita etiam supremam curiam, de Hollandiæ Zelandiæque feudalibus cognoscere controversiis, salva vasallis subinfeudantibus suarum curiarum inferiorum prærogativa, ac prima circa subinfeudationes cognitione, *Nader Provisioneel Accoord. tusschen Holland en Zeeland, anno* 1674. 11. *Junii art.* 12. eo fere modo, quo jam olim Curiæ Provinciali Ultrajectinæ de feudis Ultrajectinis judicium permissum fuerat, *instruct. Curiæ Ultraject. tit.* 1. *art.* 23. adeoque hactenus peculiaris illa feudorum Curia Hollandica judicare desierit; usum tamen insignem procul dubio retinet, quæ in *d. instructione anni* 1661. fuere definita circa quæstiones, in quibus dubium esse posset, apud ordinarium judicem inferiorem, an magis apud feudalem, actio instituenda sit. De feudis Flandriæ, quatenus illa Ordinibus Belgii fœderati patet, judicare Senatores Curiæ Flandricæ, qui simul Flandriæ vasalli sunt, patet ex placito Ordin. General. 1. *Martii* 1677. *ad elucidationem placiti* 25 *Aug.* 1632. *vol.* 3. *placit. Holland. pag.* 607. Plura de foro competente in feudorum quæstionibus vide apud Sixtinum *de regalibus lib.* 1. *cap.* 8. Rosenthal. *de feudis. cap.* 12. *conclus.* 1. & *seqq.* Vultejum *de feudis lib.* 2. *cap.* 2. Schraderum *de feudis part.* 10. *sect.* 1. & *mult. sequent.* Quibus adjungenda omnino ea, quæ ex professo de judiciis feudalibus scripsit Petrus Bort. *de feudis Holland. part.* 8. *per tot. pag. mibi* 351. & *sequent. usque ad finem.*

143. Lites de possessione vel quasi possessione rerum juriumque ventilandas quod attinet, jure quidem Romano definitum fuit, separandam non esse causam possessionis a causa proprietatis, aut in diversa fora distrahendam, sed apud eundem judicem & proprietatis & possessionis controversiam suam debere tractari, ne continentia causæ dividatur; pœnæ arbitrariæ addita comminatione, si quis alium super possessione, alium super principali quæstione judicem postulaverit *l. nulli* 19. *C. h. t.* Sed nunc ubique fere invaluit, de proprietate quidem ordinarii judicis cognitionem esse; at de possessione & controversiis possessoriis, sive corporum, sive jurium & beneficiorum, suprema regionis cujusque tribunalia judicare, Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 2. *de causa possess.* & *proprietatis pag. mibi* 53. Tuldenus *ad tit. C. ubi de possessione*, Groenewegen *ad d. l. nulli* 10. *C. h. t.* atque ita in Hollandia Zelandiaque supremæ Curiæ id negotii datum esse, apparet ex instructione Curiæ supremæ *art.* 19. & *nader provision. accoord tusschen Holland en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 11. *vol.* 3. *pag.* 693. uti Curiæ provinciali id jam olim erat concessum, ante supremæ curiæ institutionem, circa beneficiorum feudorumque possessiones, *Instruct. Cur. Holl. art.* 8. 39. & *seqq.* & 172. nec per *d. artic.* 19. instruct. supremæ curiæ ademptum, ut patet ex respons. Juriscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 181. 182. & *ibi adducta Curiæ provincialis sententia*, & *van Alphens Papegaey tit.* 16. *pag. mibi* 132. *in med.* Ultrajecti idem observari, docet instructio Curiæ Ultraject. *tit.* 1. *art.* 19. etiamsi de proprietate quæstio subducta esset ordinarii judicis jurisdictioni, & certis tantum judicibus demandata. Qua ratione, si de feudi possessione contentio sit, non apud curiæ pares in judicio feudali, sed apud privilegiatum possessionis judicem ea agitanda est, Rosenthal *de feudis cap.* 12. *conclus.* 12. *num.* 54. & *multis seqq.* Sixtinus *de regalibus lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 27. & *seqq. ad num.* 39. Vultejus *de feudis lib.* 2. *cap.* 2. *numer.* 43. & *seq.* Quod & in Hollandia servandum, cum emphatice in instructione Curiæ feudalis Hollandicæ 7. *Aprilis* 1661. *art.* 2. scriptum inveniatur, feudalem curiam cum aliorum judicum exclusione habituram decisionem causarum feudalium *in petitorio*; cui consequens est, ut in possessorio curiæ provincialis jurisdictio agnosci debeat, secundum potestatem eidem curiæ secundum jam dicta datam, & ex d. instructione curiæ feudalis aut supremæ non adempta, sed magis tacite reservatam. Illud inter Hollandorum ac Trajectensium mores hac in parte interest, quod Ultrajecti, lite de possessione apud Curiam Provincialem mota, etiam ipsa proprietatis controversia ibidem discutienda sit, etsi alioquin prima de proprietate decisio judicum inferiorum potestati fuisset permittenda, si nulla possessionis controversia intercessisset. Cum ex adverso in Hollandia proprietatis quæstio judicibus ordinariis reservata maneat, tametsi de possessione Curiæ supremæ auxilium imploratum fuisset, & possessorium judicium ibidem terminatum. Neostadius *supr. Curiæ decis.* 127. Wassenaar *pract. judic. cap.* 12. *num.* 14. & *seqq.*

135. Judicem autem de possessione competentem facit in immobilibus rebus situs earum, non item domicilium rei conventi. Ultrajectino finge de prædii in solo Ultrajectino siti possessione litem intercedere cum Hollando, qui de possessione Trajectinum dejecerat, aut turbaverat possessionem; non supremæ Hollandiæ, sed provincialis Ultrajectinæ curiæ erit, istam suam decisione atque decreto dirimere contentionem, Neostadius *supr. Curiæ decis.* 114. Ant. Mat-

thæus *de judiciis disput. ult. de divortio legum & usus, n.* 24. idque per rationes supra de foro competente in loco rei sitæ adductas, non hic repetendas.

136. Præter enumerata hactenus fori peculiaris privilegia considerandum est, adhuc alias quasdam esse causas, de quibus, omisso judice inferiore, (quod alioquin regulariter licitum non est prima instantia, *Instruct. Curia Holland. art.* 220.) in Hollandia adiri potest provincialis Curia, vel suprema. Suprema quidem præter lites de possessione, & eas, quæ inter peregrinos duos intercedunt mercatores, etiam de causis navigationem concernentibus ac a jure nautico dependentibus, dum de damno, quod extra portus nostros in mari locisve peregrinis navis navi intulit, aliisque similibus, disceptandum est, *Instruct. Curia supr. artic.* 18. 19. 20. Provincialis vero de juribus, prærogativis & dominiis Principis, (dummodo nihil de iis definiatur, nisi re prius cum cameræ rationalis præfectis communicata) de re monetaria, de dissidiis inter civitates & castella provinciæ, de privilegiis civi aut peregrino concessis; de consuetudinibus, quoties illæ injustitiæ arguuntur, ac corruptelæ; de injuriis, quibus affecti Comitatus Hollandici officiales, aliæque personæ privilegiatæ; de criminibus post annum, ex quo commissa, in judicium apud judices inferiores non deductis; de innocentia eorum, qui criminis insimulati, sese sponte offerunt ad purgationem; de concussionibus officialium, ac litibus eorum officium concernentibus; de violentiis ac injuriis per potentiores illatis Ecclesiæ, aut Ecclesiasticis personis, mulieribus, rusticis, connivente eo, cujus erat audaciam potentiorum ac temeritatem reprimere, *Instruct. Cur. Holland. art.* 8. & 12. *nader provis. Accoord tusschen Holl. en Zeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 19. Ad hæc ad eandem spectant mandatorum pœnalium concessiones, ut & lites ex eodem instrumento movendæ adversus duos pluresve diversis sub judicibus inferioribus in Hollandia commorantes, Wilhelm. de Groot *Manuduct. ad praxin Holland. lib.* 1. *cap.* 3. *numer.* 16. *in fine.* Nec dubitandum videtur, quin ad exemplum injuriarum, officialibus Comitatus Hollandici illatarum, etiam ad Curiam cognitio spectet, quoties Curiæ istius apparitores in urbe vel pago executionem dirigentes, aut aliter officium ex mandato judicis exercentes, violentiam passi aut contumeliis affecti sunt, etsi forte non soli, sed adhibito loci prætore ad avertendam vim munere suo functi essent, eo quod ipsi nihilominus principaliter læsi videntur, prætores vero, aliique ipsis opem ferentes, tantum propter ipsos; quippe ad auxilium præstandum, si rogentur, obstricti secundum instruct. Curiæ Holland. *art.* 13. Vid. responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 54. *qu.* 2 & *subjuncta decisio.* Cum his vero omnibus in Holl. receptis maxima ex parte conveniunt, quæ de Curiæ Ultrajectinæ potestate ac jurisdictione sancita leguntur *in instructione Curia Ultrajectina tit.* 1. eo excepto, quod pagorum Ultrajectinorum indigenis electio est, utrum ad judicem inferiorem, an ad Curiam Provincialem, suos velint adversarios, itidem ruri, non in urbibus, habitantes vocare, *d. instruct. Curia Ultraject. art.* 24. cum ex adverso Hollandis ruri degentibus non sit data licentia inferiorem judicem prætereundi. Quis vero circa fiscales causas judex fuerit competens de jure Romano, tradit Perezius & DD. *ad tit. C. ubi causa fiscales.*

137. Denegata vero eidem Curiæ Hollandicæ cognitio omnis de causis positivis, *Placit. Ordin. Holland.* 12. *Julii* 1647. *vol.* 3. *pag.* 666. adeo ut nec ærarii quæstores de iis, quæ debent ærarii nomine, vel vi specialis mandati Ordinum, si in mora solvendi sint, ad eandem solutionis impetrandæ gratia vocari possint; sed querelæ apud Ordines eorumve delegatos exponendæ sint, ac nova solvendi mandata ab iis impetranda, *Placit. Ordin. Holl.* 25. *Octobr.* 1576. *vol.* 2. *placit. Holland. pag.* 2139. *in med.* quæ tamen non impediunt, quo minus hæc curia, ut & suprema, recte judicet inter privatos & civitates, aut provinciam Hollandiæ Zelandiæque, vel inter civitates & civitates utriusque regionis, vel inter utramque provinciam, quoties de iis quæstio est, in quibus civitates & provinciæ privatorum loco habendæ sunt, *Nader provisioneel Accord tusschen Holland en Zeeland* 11. *Junii* 1674. *art.* 3. Idemque est, si de eo quis conqueratur, quod nullo jure motus fuerit dignitate illa, aut munere, quod ei legitimo modo collatum erat. Etsi enim illa dignitatum concessio politicis magis, quam juridicis negotiis accensenda sit; quia tamen facta ad tempus expressum vel ex consuetudine ac more regionis subauditum collatio, contractus seu conventionis speciem inter conferentes & eum, cui confertur, involvit, ac de servando contractu, deque violata conventionis fide controversiæ prorsus juridicæ sunt; ratio non est, cur de iis ad meram justitiæ administrationem spectantibus cognitio atque judicium provinciali aut supremæ curiæ videretur subductum. Aliquoties certe a suprema curia, ut & provinciali, impetratam fuisse quasi possessionis restitutionem interpositis mandatis consuetis possessoriis, in eorum gratiam, qui non jure se a dignitate depulsos dolebant, apparet ex iis, quæ tradita in Responsis JCtor. Holland. *part.* 4. *Consil.* 181. 182. & subjuncta ibidem Curiæ sententia.

138. Quod si societati Indiæ Orientalis aut Occidentalis lis intercedat cum privatis, de eo, quod vel societas læsa sit, vel læserit ipsa, societas quidem actrix reos ad ordinarium eorum judicem vocare debet ex jure communi, secundum quod actor sequitur rei forum; ipsa vero ad Hollandiæ curiam videtur posse vocari, quasi collegium aliquod, cujus membra sub diversis habitant judicibus, in quantum in plures stationes diversis in urbibus dispositas societas divisa est: ut colligi potest ex iis, quæ traduntur in Responsis JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 7. *quæst.* 1. & quæ gesta sunt in causa quadam prolixissime tractata in d. Responsis *part.* 5. *consil.* 233. & *multis seqq.* Nisi privati a societate læsi malint extra ordinem querelas deferre ad Ordines generales, tanquam supremum Indiarum Imperium habentes, per ea, quæ occurrunt, *in 't Octroy aen de Oost Indische Compagnie verleent anno* 1602. *art. vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 536.

139. Porro, ubi restitutiones in integrum petendæ sint contra contractus, sententias, negotiaque alia, tum summo jure subsistentia, tum ipso jure nulla, dixi latius *tit. de in integr. restitutionibus.* Ubi si ex *l. diffamari* actio instituenda sit, traditum su-

ejus, quod petitur, debitique inficiatione. Sive simpliciter debitum neget, sive eodem agnito illud postea ipso jure per solutionem acceptilationem &c. sublatum dicat; sive denique perpetua ac peremptoria exceptione se tutum affirmet; eo quod illa exceptionis allegatione interveniente sese manifeste debitorem diffitetur, eaque de causa absolvi petit. Nec satis apte dixeris, reum confitentem, sed dilationem solutionis postulantem, contradicere actori: quæ enim, obsecro, contentio illius est, qui cedendum putat, quod contentioni contrarium esse docet Ulpianus *l.* 1. *in pr. ff. de edendo*, ac colligi potest ex *l. si reus* 73. *ff. de procurator. l. si debitori* 21. *ff. h. t. l. ex judicatum solvi*. Nam & si pro parte credendum, pro parte contradicendum reus putet, dum partem debiti agnoscit & offert, non nisi de ea parte, de qua ivit inficias, uti controversiam sustinere vult, ita & litis contestationem facere dicendus est, arg. *l. permittendum* 8 *ff. si pars. hæreditatis pet. l. quidam.* 21. *ff. de reb. creditis*, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 17. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 27. *n.* 2. & 3.

147. Ceterum omni in judicio litis contestatione opus est, sive illud civile, sive criminale sit, sive ulterioris instantiæ per appellationem, Andr. *lib.* 1. *observat.* 76. *n.* 2. Nec refert ordinario modo, an summatim, lis agitanda veniat; cum nulla causa satis a judice cognosci ac definiri possit, cujus non fuerit narratio per actorem exposita, & contradictio rei intellecta: nisi contumacia alterutrius loco litis contestationis habeatur in pœnam. Etsi enim verum sit, solemnem illam litis contestationem in summariis non ita præcise requiri, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 76. *n.* 1. eo tamen ipso, quo contradictio admittitur, litis contestatio videtur interposita, dum actus primus contradictorius ad petitionem actoris pro litis contestatione in iis cedit, Andr. Gayl. *libr.* 1. *observ.* 141. *n.* 1. Wilhelm. Grotius *manuduct. ad praxim Batavicam lib.* 1. *c.* 9. *n.* 15. Berlichius, Zangerus, Argentræus, aliique, quos laudat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *c.* 12. *n. c. in med.* Atque hinc etiam a DD. traditum, reum actori respondentem, sed protestantem, se id non facere animo litem contestandi, officio judicis ad contestationem litis faciendam adstringi posse; nisi malimus protestationes hujusmodi, tanquam facto contrarias, ipso jure nullas esse, quoties directo ad intentionem actoris responsum est, Busius *tract. de offic. judicis cap.* 6. *n.* 5. & *seqq. ibique DD.*

148. Quibus vero modis lites deinceps post contestationem instruendæ sint, quoties juris aut facti quæstio est, seu quoties vel de jure disputatio instituenda est, vel ob factorum inficiationem ad probationes confugiendum, ex tribunalis cujusque more & stylo addiscendum; vide interim Wilhelmi Grotii *manuductionem ad praxim Batavicam lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 6. & *seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *n.* 117. 118. 119. & *seqq.*

149. Effectus litis contestationis est, quod adversarium constituat in mala fide, *l. sed & loci* 3. §. *post litem* 2. *ff. finium regund. l.* 1. §. 1. *C. de petit. hæredit. l. certum est* 22. *C. de rei vindicat. l. nemo ambigit* 10. *C. de acquir. & retin. possess.* (licet ante litem contestatam sola controversia mota ad id sufficiat, *l. sed & si* 25. *si ante* 7. *ff. de petit. hæred.*) contestantem faciat litis dominum, *l. neque tutores* 11. *l. procuratoribus* 22. *l.* 23. *C. de procuratorib.* vide *tit. de procurator. n.* 19. excludat exceptiones declinatorias & dilatorias respectu ordinis judiciorum opponi solitas, *l. pen. & ult. C. de exception. seu præscr.* rem faciat litigiosam in actionibus in personam, de quo latius docendum *ad titul. de litigiosis*, actiones tempore vel morte perituras perpetuet, *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hæred. tut.* §. 1. *in fine*, *Instit. de perpet. & temporal. action. l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hæred. ten. l. sciendum* 58. *ff. de obligat. & action. l. nemo enim* 87. *l. omnes actiones* 139. *ff. de Reg. juris.* Quamvis illa vis perpetuandi actiones etiam tribuatur conventioni, quam eo loco haberi Jurisconsultus voluit, quasi jam litis contestatio intercessisset, *l. constitutionibus* 33. *ff. de obligat. & action.* cujus legis etiamsi constans lectio non sit, ac apud Haloandrum & alios occurrat, *si vivus conventus fuerat*, *etiam pœnæ persecutionem transmissam non videri*, *quasi lite contestata cum mortuo*; tamen vix est, ut a Florentina lectione recedatur, eo quod tunc particula *etiam* minus apte videtur inserta, imo supervacua esse. Quin potius in ea lege Triboniani nostri manum me deprehendere puto, qui priscis hic adscripsit Jurisconsultis id quod demum constitutionibus posterioribus incepit obtinere. Uti enim actionum præscriptionem etiam ante litem contestatam sola conventione interrumpi tum a Justiniano constitutum est, perinde ac si lis contestata fuisset, *l. ult. C. de annal. exceptione*, *l.* 1. 2. *C. de longi temp. præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, ita quoque fas erat, pœnales in hæredem transmitti; cum pœnales & temporales actiones, quantum ad perpetuationem ac ad hæredes transmissionem, pari ambularent passu, secundum *d. l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hæred. tut.* & alias *ll.* ante allegatas. His autem consideratis adeo notabilibus litis contestatæ effectibus, merito a Paulo Jurisc. traditum, non solere deteriorem fieri conditionem eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque meliorem; neminem enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facere, *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de reg. juris.*

TITULUS II.

De Inofficioso Testamento.

SUMMARIA.

1. *Quodnam sit fundamentum judiciorum in rem & personam?*
2. *Quotuplex sit jus in re, & quæ inde nascantur actiones?*
3. *Quid sit inofficiosum testamentum, quid querela inofficiosi?*
4. *An querela sit ex lege Glicia, an ex moribus? est species petitionis hæreditatis, & quidem ab intestato.*
5. *Competit liberis suis, emancipatis, posthumis. An adoptatis, legitimatis, spuriis?*
6. *An nepotibus, quorum pater a suo patre juste exhæredatus erat, vel injuste, sed agere non vult; posito, quod filius exhæredatus suo patri superstes fuit?*

7. *Quid juris hodie, si liberi a patre præteriti sint?*
8. *Post liberos datur parentibus, etiamsi ad secunda vota transierint.*
9. *Datur & fratribus germanis ac consanguineis, (non uterinis) si turpis persona ipsis prælata; quid juris, si simul turpis & honesta persona instituta sit?*
10. *Quæ sint turpes personæ; an meretrix, concubina, spurius, ex incestu vel adulterio natus?*
11. *Aliis ultra fratres germanos & consanguineos querela non datur, ne jure quidem novissimo, non uterinis, non fratrum liberis: nec, rescisso ad patris petitionem testamento, admittendi cum eo fratres fratrumve liberi; nec cum consanguineis uterini fratres.*
12. *Contra quos querela detur?*
13. *Querela jure novo sola infirmatur institutio; etiam, cum frater eam movit: infirmatur tamen tota, ultra legitimam.*
14. *Si Clausula codicillaris inofficioso testamento sit addita, illud sustinet, sic ut institutis hæreditas ex fideicommisso restituenda sit, deductis per liberos ex jure Canonico & hodierno duabus quartis: quo modo computentur illæ?*
15. *An & nepotes duas quartas deducant?*
16. *An & parentes aut fratres?*
17. *An, præterito filio posthumo, vel alio filio, quem testator parens mortuum credebat, legata & fideicommissa debeantur vi clausulæ codicillaris, sic ut filio præterito tantum salvæ essent duæ quartæ, plene per distinctiones explicatur.*
18. *Rescissa institutione, quo modo indemnitatem consequatur institutus, si conditionem in dando vel faciendo consistentem impleverit, legata, æs alienum defuncti solverit, vel ipse fuerit defuncti creditor?*
19. *Qui per calumniam movit querelam relicta perdit, etiam jure hodierno.*
20. *Cessat querela, si aliud supersit remedium; item lapsu quinquennii: unde id computandum? an currat minori? & an major restituatur?*
21. *An cesset in tabulis pupillaribus, testamento militis, castrensi & quasi castrensi peculio? & quid hodie?*
22. *Non datur querela, si exhæredatio bona mente facta sit, ob impuberem ætatem, furorem, prodigalitatem, æris alieni molem. Cessante tamen postmodum tali causa, recte legitima petitur actione ad supplementum.*
23. *Nec, si ex justa ingratitudinis causa facta sit. An testamentum sit nullum, an potius querela infirmandum, si, causa exhæredationis omissa, vel non sufficiens expressa, vel sufficiens expressa quidem, sed non probata?*
24. *Quæ sint justæ causæ exhæredationis in liberis, parentibus, fratribus, & an ad similes vel graviores extendi possint?*
25. *Hæresis moribus non est justa causa exhæredationis; quo modo plenius liberis reformatis in Hollandia alibique prospectum sit, si parentes sint Pontificii?*
26. *An juste exhæredari possint minorennes aut majorennes, si sine parentum consensu nuptias contraxerint, aut turpiter ac luxuriose vivere cœperint? qui intelligatur turpiter vivere?*
27. *An, si ingrati liberi ante parentem mortui sint, nepotes inde nati ob sui parentis ingratitudinem ab avo exhæredari possint?*
28. *An ad ingratitudinis causas etiam pertineant injuriæ verbales?*
29. *Sufficit ad excludendam querelam, quod ex pluribus causis testamento expressis una probetur.*
30. *An sola ingrati pænitentia cessat causa exhæredationis jam testamento facta vel facienda?*
31. *Cessat exhæredatio per reconciliationem.*
32. *Etiam per querelæ renunciationem expressam vel tacitam post mortem testatoris factam cessat querela, ex quibus factis colligatur tacita renunciatio? an ex eo, quod quis legatum sibi relictum acceptavit, aut legatario successit, aut jure legati rem eandem a legatario accepit? & quid juris in his secundum jus novissimum?*
33. *An censeatur renunciasse querelæ, si quid ab hærede hæreditarium sciens emerit, conduxerit, ei solverit, aut aliter pro hærede agnoverit institutum?*
34. *An querela careat exhaeredatus, si ab haerede per inofficiosum instituto ipse haeres institutus sit, eique successerit?*
35. *Non cessat querela, si quis vivo testatore consenserit in exhaeredationem, subscriptione testamenti, aut pactis dotalibus; & cur?*
36. *Refellitur eorum opinio, qui putant, jure Romano aut moribus ad excludendam querelam sufficere consensum in exhaeredationem testamento adscriptum.*
37. *Quo usque moribus valeant renunciationes hæreditatis pactis dotalibus factæ? remissive.*
38. *Si pactis dotalibus sit definitus succedendi ordo, ut conjux superstes defuncto succedat, parentibus paciscentium superstitibus salva debet esse legitima, ubi leges eos ab intestato vocant.*
39. *Quid si parentes ipsi talibus pactis dotalibus subscripserint, nec tamen nominatim legitimae renunciaverint?*
40. *Si pacto dotali definitum sit, liberis ex eo matrimonio nascituris ac sine prole decedentibus, bona redire debere ad latus, unde provenerunt, nulla superstiti conjugi ex liberorum bonis legitima aut trebellianica competit. Et quid juris, si designati tabula dotali successores fideicommisso ulteriori gravati sint, vel ipsis liberis alienatio interdicta?*
41. *Si liberi testamentum conciderint, & ita ordinem succedendi tabulis dotalibus expressum insuper habuerint, parenti superstiti legitimam relinquere debent.*
42. *Si parentes aut liberi aut fratres statuto exclusi sint a successione, non habent querelam, si testamento quoque præteriti sint.*
43. *Querela non præparata an transeat ad hæredes exhæredati?*
44. *Cessat querela, relicta legitima; quid illa sit; & an hæreditatis, an potius bonorum pars?*
45. *Quæ sit utilitas superioris quæstionis?*
46. *Quota portio sit legitima, & an etiam jure novo in parentibus & fratribus aucta sit?*
47. *Si de quantitate legitimæ statuta varient, cujus loci statutum spectandum sit? si parentes una cum filiis suis, defuncti fratribus, succedant suo*

filio, & defunctus extraneum hæredem honestum instituerit, quota tunc sit parentum legitima?

48. Quæ sit nepotum legitima, si illi, patre medio mortuo, succedant avo, variis distinctionibus & exemplis declaratur.

49. An exhæredati juste, vel renunciantes querelæ, vel statuto exclusi a successione, numerum liberorum augeant ad id, ut legitima magis semis quam triens sit.

50. An hi numerum liberorum augeant ad minuendam legitimam, seu, cum quatuor sunt liberi, & ex his unus exclusus, tres in legitima instituti, an tunc singuli trientem trientis, an trientem quadrantis pro legitima capiant?

51. In ineunda ratione legitimæ spectandum mortis tempus, vivo patre liberi non petunt legitimam, licet pater prodigalitate bona dissipet, ne sub obtentu quidem alimentorum.

52. Posito statuto, ut filiæ liceat renunciare successioni paternæ accepta dote non minore, quam est legitima, filia renuncians post acceptam dotem, tempore renunciationis congruam, recte petit post mortem patris supplementum ejus, quod deest legitimæ, ubi medio tempore creverunt opes paternæ.

53. An is, cui legitima debetur, etiam fructus legitimæ a mortis tempore petere possit?

54. An legitima augeatur, si hæreditas post mortem augeatur ex causa mortem antecedente? Quid juris, si augeatur ex nova causa? & quid si rerum hæreditariarum pretia creverint, agri alluvione aucti sint &c.?

55. An legitima minuatur, diminuto post mortem patrimonio? & quid juris, si res hæreditariæ mortalitate, chasmate, ruina, edacitate fluminis, perierint aut deteriores redditæ sint?

56. Quæ sint deducenda ex hæreditate, antequam legitimæ ratio ineatur, an & bona ex fideicommisso restituenda?

57. An & deducenda prius, quæ jure primogenituræ affecta cedunt soli primogenito? præcipue, an feuda? & quid Ultrajecti? num. 60.

58. Si consuetudo ferat, ut feudi novi empti pretium fratribus conferatur, an pretium pro rata augeat legitimam?

59. Si pater plenam de feudis antiquis testandi licentiam impetraverit, & tunc ille vel primogenito, vel natu minori, vel extraneo legaverit, feudum connumerandum, quasi allodium, ad augendam legitimam: & si primogenito ipsi legatum sit, ei imputatur in legitimam.

60. Cur feuda Hollandica, vulgo hæreditaria dicta, non prosint ad augendam legitimam? Ultrajecti tamen & feuda & omnia alia jure primogenituræ affecta, simul computanda cum ceteris rebus, ut legitimæ ratio ineatur; & quid de emphyteusi illic obtineat?

61. In legitimam imputanda omnia illa, quæ & conferenda sunt, dos, donatio propter nuptias, militia, & alia plura.

62. Non imputanda, quæ parens secundo conjugi reliquit contra l. hac edictali 6. C. de secund. nupt. si ea cesserint liberis primi thori: an & feuda in Hollandia & Ultrajecti? an legata?

63. Legitima sine ullo onere relinquenda. Quæ oneris appellatione veniant? quid, si de facto onus sit appositum? quid, si appositum sit bona mente, exemplo exhæredationis bona mente factæ?

64. Si liberi in nuda proprietate, uxor aut extraneus in usufructu omnium bonorum institutus sit, adhuc salva est plena proprietas legitimæ. Quid juris, si electio data, an legitima libera, an nuda proprietate, vel nudo usufructu omnium bonorum, aut plena proprietate, sed cum onere universalis fideicommissi velint contenti esse?

65. Quid juris, si secundum mores hodiernos parentes sibi invicem bonorum omnium usumfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam ætatem pervenerint?

66. Legitima relinquenda titulo institutionis, & quid moribus nostris hac in parte obtineat?

67. Quid sit actio ad supplementum; eam personalem esse; hæredibus competere licet necdum præparatam; durare triginta annis.

68. Refutatur opinio, supplementum legitimæ per inofficiosi testamenti querelam peti.

69. Non cessat actio ad supplementum ex eo quod quis relicta acceptaverit, vel testator prohibuerit, amplius peti quam quod relictum est.

70. Actio ad supplementum tantum contra hæredes movenda, non contra legatarios in totum aut pro parte.

71. Quid petatur actione ad supplementum? an habeat hanc ad supplementum actionem, cui nihil testamento relictum est, sed quædam forte inter vivos data, quæ in legitimam imputari possunt?

72. Qui querelam habebat, si qua ratione eam amiserit, an ad actionem ad supplementum convolare possit?

73. Si in querela inofficiosi judices pari numero dissentiant, pro testamento pronunciandum est.

74. Ei, qui querela obtinuit, pendente appellatione ab illa sententia, interim per institutum alimenta præstanda, si inops sit.

1. JUdicia vel in rem esse, vel in personam, superiore tit. monitum. Fundamentum judiciorum in rem est *jus in re*, jus scilicet, quo res nostra est aut nobis devincta, cujus juris in re Cajus meminit *in l. eorum, qui* 19. *ff. de damno infect.* & *l. in noxalibus* 30. *ff. de noxal. action.* At judiciorum in personam basis est *jus ad rem*, seu jus quo persona tantum nobis est obligata ad dandum, faciendum, præstandum, restituendum. Cujus *juris ad rem*, etsi non tam expresse mentio fiat in jure nostro, atque quidem *juris in re*; ipsum tamen illud jus abunde colligitur ex *§. omnium* 1. *Institut. de action.* Nec dubium mihi, quin nostri juris interpretes, hanc assumentes phrasiologiam *juris ad rem*, alliptica locutione (exemplo veterum jurisconsultorum in interdictis quorum bonorum, quod legatorum, uti possidetis, utrubi, unde vi, nec non in bonorum possessionibus unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir & uxor, aliisque) rem significatam optime expresserint; agitur namque actionibus in personam *ex jure*, *ad rem* scilicet *debitam*, aut *obtinendam*, compensato, atque adeo ex obligatione, illo juris vinculo, quo adversarius adstrictus est necessitate alicujus rei solvendæ. Sic ut *rei* vocabulum in *jure ad rem* latiore sensu accipiatur pro omni eo, quod est

objectum obligationum, juxta ipsam obligationis descriptionem *pr. Instit. de obligationibus.*

2. De numero *jurium in re* non satis convenit. Quinario tamen omnia posse comprehendi puto; ut jus aliud sit *dominii*, aliud *possessionis*, aliud *servitutis*, aliud *pignoris*, aliud *hæreditatis*. Priora quatuor colligi possunt ex *l. in hac actione* 3. *§. Pomponius* 12. *ff. ad exhibendum*, ubi cum Pomponio Ulpianus scribit, plures recte ejusdem hominis nomine ad exhibendum agere, *veluti, si homo primi sit: secundi in eo ususfructus sit: tertius possessionem suam contendat: quartus pignoratam eam sibi rem affirmet*, a quo non abludit Justinianus in *l. properandum* 13. *§. censemus* 1. *C. de judiciis*. Quintum his superaddi necesse fuit, jus nempe hæreditatis: cum illud a jure dominii distinctum prorsus sit, in quantum & ea sub hæreditario comprehensa sunt jure, quæ neque jure dominii ad defunctum pertinuerunt, neque ad hæredem petitione hæreditatis experiuntem pertinent; qualia sunt quæ defuncto pignori aut commodato data, quorumve periculum ad hæredem spectat, *l. item videndum* 18. *§. ult. l.* 19. *l.* 20. *ff. de petit. hæredit.* Ex his quinque juribus in re omnes nasci in rem actiones, facile demonstratum est. Ex jure enim dominii non tantum rei vindicatio competit, tum directa, tum utilis ex utili dominio emphyteutis, vasallis, superficiariis quæsito, sed & actio Publiciana rescissoria usucapionis, de qua *§. rursus ex* 5. *Inst. de action.* & *tit. ff. ex quibus causis majores*, ubi dum prætor fingit, necdum usucaptum esse quod vere usucaptum erat, rei vindicationem ex jure dominii, velut nondum amissi, concedit. Ex jure possessionis Publicianam actionem descendere probabitur *tit. de Public. in rem actione*. Servitutum jura confessoriam actionem producere constat: uti oppositæ libertatis intuitu negatoria comparata est. Ex pignoris jure Servianam & quasi Servianam seu hypothecariam profluere, vel dupondiis notum. Sed & actionem rescissoriam alienationis (ex qua in *§. item si quis* 6. *Instit. de action.*) non aliunde quam ex jure pignoris prætorii proficisci, probabitur *tit. quæ in fraud. cred. facta sunt restit.* Denique ex jure hæreditatis petitio hæreditatis est; quæ, cum vel inofficiosi testamenti occasione competat, vel extra inofficiosi considerationem simpliciter ex jure hæreditatis per aditionem acquisito, compilatoribus Pandectarum visum fuit ab inofficiosi querela ordiri.

3. Est autem inofficiosum testamentum, quod contra pietatis officia factum, præcipue quidem a parentibus, quandoque tamen & a liberis aut fratribus. Et quamvis parentes sine causa liberos suos ab hæreditate excludentes injuriam iis inferant; novercalibus quippe delinimentis instigationibusque corrupti, aut alias falsis stimulati delationibus maligne circa sanguinem suum ferentes judicium, ac spe successionis, tacita quadam lege naturæ debita, promptoque parata obsequio, progeniem defraudantes, *l. inofficiosum* 3. *l. non est* 4. *ff. h. t.* junct. *l. cum ratio* 7. *pr. ff. de bonis damnatorum*, *l. nec ei* 17. *§. præterea* 3. *ff. de adoptionibus*, *l. nam etsi* 15. *ff. h. t. l. pen. §. sed num. quid* 2. *ff. de bonis libert.*, tamen maluerunt jura parentes hoc casu fingere furiosos ac mentis non sanæ: ut ita læsio, quam inferre studuerant, a casu potius fortuito, quam malitia & odio immerito videretur profluxisse, *pr. Instit. h. t. l. hoc colore* 2. *ff. h. t.* Cum vero non esset huic consentiendum iniquitati, (licet lex 12. tab. eam non improbasset, data liberrima testandi licentia, juxta illud, uti paterfamilias legassit suæ rei, ita jus esto) permissum fuit, testamentum dicere inofficiosum, id est, allegare, quare exhæredatio vel præteritio fieri non debuerit, *d. l.* 3. *ff. h. t.* comparata eum in finem querela inofficiosi testamenti: quæ est actio in rem primario, qua quis petit testamentum tanquam inofficiosum rescindi, & se hæredem declarari, sibique hæreditatem restitui: subinde *accusatio* dicta, quandoque *actio l. quemadmodum* 7. *l. nihil interest* 12. *in fine princip. l. si instituta* 27. *l. si suspecta* 29. *§. quamvis* 2. *ff. h. t.* sed frequentius *querela*: non quasi improprie esset actio, sed magis in modestiæ & submissionis signum. Scilicet, uti servi de injuria per dominos illata non agere, sed conqueri potius dicuntur, *§. ult. Inst. de his, qui sui vel alien. juris*, ita & liberi de hac injuria exhæredationis.

4. Querelam hanc, quæ olim in judicio centumvirali intentanda erat, *l. Titia* 13. *l. qui repudiantis* 17. *ff. h. t.* alii lege Glicia introductam arbitrantur, non alio, nisi fallor, fundamento, quam quia *l.* 4. *ff. h. t.* desumpta est secundum inscriptionem ex Gaji *libro singulari ad legem Gliciam*, & ex *antiquis legibus* querela moveri dicitur, *l. quæ nuper* 31. *l. quoniam* 32. *C. h. t.* Alii non lege sed usu populi Romani eam invaluisse putant, adeoque, ut pupillaris substitutio in favorem liberorum *moribus* instituta dicitur, cum vulgaris ex lege 12. tabularum obtineret, *princ. Instit. de pupill. substit. l. moribus* 2. *ff. de vulg. & pup. substit.* ita quoque querelæ remedium in eorumdem utilitatem a populi moribus seu consuetudine habuisse initium. Donellus *comment. l.* 19. *cap.* 4. *in quæst. querela inofficiosi quo jure introducta*. Quicquid ejus rei sit, illud utique expeditum arbitror, querelam non præparatoriis, sed principalibus judiciis annumerandam esse: est enim species petitionis hæreditatis, *l. qui de* 20. *ff. h. t. l. hæreditas* 3. *C. de petit. hæred.* dicta etiam *petitio hæreditatis ex nomine de inofficioso*, *l. si quis filium* 34. *C. h. t. l. pen. in fine pr. ff. de honor. poss. contra Tab.* per quam hæreditas *vindicatur* & *evincitur*, *l. eum qui* 21. *§. ult. l. si, instituta* 27. *§. de inofficioso* 3. *ff. h. t.* & quidem ex causa intestati; quatenus causa testati ad causam intestati redigitur, *l. posthumus* 6. *§. si quis ex his* 1. *ff. h. t.* & victor jure intestati succedit, *l. cum duobus* 13. *C. h. t.* ac legitimus hæres effici dicitur, *l. nam etsi* 15. *§. ult. ff. h. t.* atque testator consideratur, ut talis, qui non habuit testamenti factionem, *l. qui repudiantis* 17. *§.* 1. *ff. h. t.* ut &, quatenus illi, qui querelam movent, habent jus succedendi ab intestato; ac conqueruntur, juris illius ademptionem contra pietatis officia testamento inofficioso fuisse tentatam, *l. inofficiosum* 3. *ff. h. t.* ideoque contra institutum, & eos, qui causam ab eo habent, experiuntur tanquam contra possidentes pro hærede aut pro possessore, arg. *l.* 1. *C. h. t.* Nec hisce adversatur, quod aliquando per modum contradictionis & exceptionis querela induci dicitur, si filius exhæredatus hæreditatem possideat, *l. Papinianus* 8. *§. si filius* 13. *ff. h. t.* cum tamen petitio hæreditatis sit actio ab exceptione longe diversa. Etenim,

uti id in querela admissum est, ita quoque in alia quavis petitione hæreditatis potest contingere, ut quis in modum contradictionis hæreditatem, quam possidet, in totum vel pro parte sibi tueatur, *l. permittendum* 8. *ff. si pars hæredit. petatur*.

5. Competit querela primo liberis, in quorum quoque gratiam primitus videtur fuisse introducta, arg. *l. nam etsi* 15. *pr. ff. h. t.* & his quidem injuste exhæredatis a patre, præteritis a matre, quippe cujus præteritio tacitam continet exhæredationem, *p. Inst. h. t. §. ult. Inst. de exhæred. liber.* eoque sensu accipienda *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in princ.* ac deprompta inde *auth. ex causa C. de liberis præteritis*; dum illic ex causa exhæredationis aut præteritionis sola dicitur infirmari institutio: exhæredatione ad patrem, præteritione ad matrem relata; convenienter juri veteri, quod, dictans, ob præteritionem a patre factam testamentum nullum esse, aut rumpi, aut bonorum possessioni contra tabulas locum fieri, non invenitur expresse correctum. Adde *tit. ff. de liberis & posthum.* Nec interest, sui sint liberi an emancipati; nati an posthumi; sive post mortem patris, sive post conditum patris matrisve testamentum fuerint editi, *l. si mater* 3. *C. h. t. §. tam autem* 2. *Instit. h. t.* cum enim nulla in posthumos cadere possit ingratitudinis causa, *l. si quis suo* 33. *in fine*, *C. h. t.* non aliis rectius quam hisce, tanquam injuste exhæredatis, accommodabitur. Nec tantum legitime natis datur, sed & adrogaris puberibus, (non impuberibus, quibus quarta D. Pii sufficit) ac adoptatis, quoties concurrunt naturalia & civilia adoptionis jura, arg. *§. sed hodie* 2. *Instit. de adoption. l. Papinianus* 8. *§. si quis impubes* 15. *ff. h. t.* Legitimatis vero toties, quoties ex vi legitimationis ipsis acquisitum jus successionis ab intestato: de quo latius *de success. ab intestato.* Naturalibus liberis contra matris quidem, at non contra patris testamentum; idemque in spuriis obtinet, *l. si suspecta* 29. *§. de inofficioso* 1. *ff. h. t.* Crivellus *decis.* 89. Pallæotus *de nothis & spur. cap.* 38. *numer.* 6. 7. nisi mater illustris fuerit; cui uti non succedunt ab intestato, ita nec querelam habent ab ea præteriti, *l. pen. C. ad Senatusc. Orfitian.*

6. Non denique refert, primi an ulterioris gradus liberi sint, quoties, prædefunctis parentibus intermediis, ad ipsos jus succedendi ab intestato devenit. Quod si liberi primi gradus a patre juste exhæredati sint, vel, cum injuste exclusi essent, querelam movere noluerint, parenti exhæredanti superstites, nepotibus ex his natis querela non competit: cum enim lex ipsa nepotes non vocet ad successionem avi ab intestato, quoties vivunt parentes intermedii, non potest nepotum intuitu testamentum videri contra pietatis officia factum, *l. si quis* 6. *pr. ff. de injust. rupt. irrit. testam.* ac ne rupturi quidem sunt nepotes tales quasi ex causa præteritionis avitum testamentum, *l. quis posthumos* 9. *§. si filium* 2. *ff. de liberis & posth. d. l.* 6. *ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. scripto* 7. *ff. si tabul. test. nullae extab.* Unde & omne adjutorium nepotem talem dereliquisse, ait Imp. in *l. si quis filium* 34. *C. h. t.* Sande *decis. Frisicar. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 7. Fachineus *controvers. lib.* 10. *cap.* 47. *incipit existimo.* Gomesius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 21. Neque hisce obstat, quod exhæredati mortuis comparati sint, *l.* 1. *§. sed & si* 5. *ff. de conjug. cum emanc. liberis ejus*, mortuo vero filio ante patrem, nepotibus querela detur. Non enim in omnibus, sed quibusdam tantum in casibus, ac nequaquam in proposito, istam mortui & exhæredati comparationem procedere, patet ex *d. l.* 7. *ff. si tab. testam. nullae extab. d. l.* 6. *ff. de injust. rupt. irrit. testam. l. si patronus* 12. *§. si quis libertum* 1. *ff. de bonis libertor.* Ne dicam, tum demum eos mortuis comparari, cum tenet exhæredatio; tenet vero demum ea, ex quo hæreditas ex testamento aditur, *l. filium* 20. *ff de bonor. possess. contra tabulas*, cui consequens, ut moriente testatore exhæredatus filius, pro mortuo necdum habitus, impedimento fuerit nepotibus, quo minus videri possent lege ad avitam vocati successionem. Gratis quoque in patrocinium contrariæ sententiæ assumitur, in querela locum esse successorio edicto, de quo est *tit. de successorio edicto*; cum id nuspiam inveniatur cautum, ut de gradu in gradum ordine successorio transiret; sed id tantum, ut una linea deficiente, ad aliam lineam querela transferatur; adeoque si filius exhæredatus sit, pater præteritus, filio non agente vel repulso, pater jure suo querelam movere possit, *l. pater filium* 14. *ff. h. t.* Et quod Paulus ait in *l. pen. ff. h. t.* eo, qui admittitur ad accusationem inofficiosi, nolente vel non valente accusare, *sequentem admitti, & successioni locum fieri*, id de sequente linea, non gradu, intelligendum, convenienter *d. legi* 14. *ff. h. t.* Neque eadem hic transitionis de gradu in gradum, quæ de linea in lineam, ratio est: cum utique nepotes ab intestato volentes avo succedere patrem intermedium jure exhæredatum repræsentent, & ita ex ejus exclusi capite vindicarent hæreditatem; absurdum autem esset, melioris eos juris esse, aut potestatis majoris in agendo, quam est is, cujus vicem gerunt. At ex adverso pater a suo filio præteritus nullo modo venit ad filii sui defuncti hæreditatem ex capite aut repræsentatione nepotis juste exhæredati; sed plane ex proprio capite, primum obtinens in linea ascendente gradum.

7. Ceterum gentium plerarumque moribus (si Frisiam excipias, in qua & matris testamentum ob liberorum præteritionem pronunciatum est ipso jure nullum, si deesset clausula codicillaris; vide Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 2.) receptum est, ea, quæ de jure Romano de præteritione per matrem facta traduntur, etiam in patre liberos prætereunte sibi locum vindicare, ac præteritionem liberorum in eo quoque tacitam continere exhæredationem; sic ut testamentum præteritione liberorum laborans querela rescindendum sit quantum ad institutionem, legatis, quatenus legitimam haud lædunt, firmis manentibus; teste Grotio *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 11. *& seqq.* Gudel. *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 5. vers. *pariter nec*, seu *n.* 6. Groenewegen *ad princ. Instit. de exhæredat. liberorum*, Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. 4. *n.* 4. Si tamen clausula codicillaris adjecta fuerit, aut tales termini sint, ut subaudiri debeat, hæreditas institutis restituenda erit, ut plenius dicetur *in seqq. h. t.*

8. Quod si nulli existant liberi, vel existentes querelam non moveant, parentes vero turbato mor-

talitatis ordine superstites, præteriti fuerint vel exhæredati a suis liberis prædefunctis, querelæ movendæ facultas iis data est: nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas, propter votum parentum, & naturalem erga liberos charitatem; turbato tamen mortalitatis ordine, non minus parentibus, quam liberis, pie relinqui debet, ita exigente miserationis ratione, *l. pater filium* 14. *l.* 15. *ff. h. t. l. scripto* 7. *§. ult. ff. si tabul. testam. nullæ ext.* grave enim est (ut ait Seneca consolat. ad Marciam cap. 17.) *quem educaveris juvenem, jam matri, jam patri præsidium ac decus, amittere:* ac *nullum non acerbum funus est, quod parens sequitur*. Nec indigni querela censendi parentes a prioris matrimonii liberis præteriti, ob id, quod ad vota secunda transiverint, cum inter plures secundarum nuptiarum pœnas nuspiam hæc querelæ denegatio inveniatur proposita, idque ratione bonorum, in quæ parens binubus aut binuba non prohibetur ab intestato succedere. Vide Abrah. a Wesel. *ad novellas constit. Ultraject. art.* 11. *num.* 70. *& seqq.*

9. His quoque deficientibus, ad querelam admittuntur fratres ac sorores germani & consanguinei; non uterini: quod cum illis communia nominis ac familiæ jura sunt, non item cum his. Nec tamen illi omni admittuntur casu, sed tum demum, cum turpis persona, juris aut facti infamia laborans, iisdem prælata fuit, atque ipsi fratres nulla sunt existimationis privatione notati; cum alioquin inique carpant in aliis morum pravitatem ac famæ læsionem, a qua ipsi non sunt immunes, *l. fratres* 27. *C. h. t. l. viro* 39. *ff. soluto matrimon.* Nec his, quæ de uterinis non admittendis dicta, repugnat, quod sine dictione simpliciter dicitur, neminem eorum, qui ex transversa linea veniunt, *exceptis fratre & sorore*, ad inofficiosi querelam admitti, *l. fratris* 21. *C. h. t.* neminem *ultra fratrem l.* 1. *ff. h. t.* cum receptissimum sit, minus limitatam seu indefinitam unius legibus distinctionem adhibentibus, solere ac oportere restringi, adeoque in casu nostro per *d. l.* 27. Quod si honesta simul & turpis persona inveniatur instituta, querela pro ea parte præteritis fratribus accommodanda, ex qua scriptus est infamia tentus, rata manente defuncti dispositione quantum ad reliquos institutos, nulla infamiæ macula notatos; adeoque pars jure intestati deferetur, nec ea ratione absurdum est, ex post facto eundem in paganis pro parte intestatum videri, *l. circa* 24. *ff. h. t. l. cum etsi* 15. *§. ult. ff. h. t.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *n.* 37. vers. *septimo*. Barry JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 73. *num.* 3. *pag.* 226.

10. Turpis autem persona censeri debet ratione querelæ meretrix, etiamsi jam alteri nupta dereliquerit meretriciam vivendi consuetudinem: neque enim aboletur turpitudo, quæ postea intermissa est, *l. palam.* 23. *§. non solum* 4. *ff. de ritu nupt.* Concubina quoque, quippe quæ, si jus Romanum spectes, matrisfamilias honestatem non habuisse dicitur, *l. probrum* 41. *§.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* & licet concubinatus appelletur *licita conjunctio l. si qua illustris* 5. *C. ad Senatusc. Orfitian.* quatenus per leges nomen assumpsit & extra legis pœnam est, *l.* 3. *in fine ff. de concubinis*; tamen quia non omne quod licet honestum est, *l. non omne* 144. *ff. de regul. juris*, & si usus nostros consideres, a ceteris meretricibus fornicantibus concubina non solet distingui, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 4. 5. non dubium, quin turpitudinis aut levis saltem notæ macula notata sit, arg. *d. l. probrum* 41. *pr. ff. de ritu nupt. l. idem* 4. *§. sed quod* 3. *ff. de condict. ob. turp. caus.* Gomezius *var. resol. tom.* 1. *cap.* 11. *num.* 38. *in med.* Barry *de success. lib.* 10. *tit.* 7. *n.* 4. Respons. JCtor. *Holl. part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 56. *& part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 73. *pag.* 224. *& seqq.* Aliud dicendum, si non legitimo progenitus matrimonio institutus esset, veluti ex concubina natus, vel vulgo quæsitus, vel incestuosus aut adulterinus. Cum enim non hi, sed magis eorum parentes peccaverint, nulla existente culpa turpive facto, non potest infamia in hisce concipi, sive juris, sive facti. *Nunquam* (inquit Chrysostomus *can. nunquam* 3. *distinct.* 56.) *de vitiis erubescamus parentum. Quod si fornicatorem ipsum ad meliora conversum nequaquam prior vita commaculat, multo magis ex meretrice natus & adultera, si propria virtute decoretur, parentum suorum non dedecoratur opprobriis; non est omnino nec de virtute, nec de vitiis parentum aut laudandus aliquis, aut culpandus.* Et, si non sit deneganda aut impedienda in hos dignitatis aut sacerdotii collatio, quia nihil ipsi commiserunt, sed alieno laborant vitio, *l. spurii* 6. *l. gene aliter* 3. *§. spurios* 2. *ff. de decurion.* junct. *l. legem* 7. *in med. C. de liberis naturalib. can. apostolica* 12. *&* 13. *distinct.* 56. cum tamen neque juris neque facti infamia laborantibus pateant dignitatum portæ, *l. neque famosis* 2. *C. de dignit.* ratio quoque non est, cur tanquam infames per inofficiosi querelam a delata testamento hæreditate expellerentur, quoties ipsi ex suo capite præter nativitatis infelicitatem non alia laborant infamiæ nota. Carpzovius *defin. forens. part.* 3. *constit.* 10. *in fine*. Palæotus *tract. de nothis & spuriis cap.* 55. Jacobus Thomingius *decis.* 48. *n.* 19. *& seqq.* Thesaurus *decis.* 126. *n.* 6. 7. Aug. Barbosa *ad l.* 27. *C. h. t. n.* 18. Gratianus *discept. forens. cap.* 135. *n.* 27. *& seqq.* Neque fundamento sat justo nititur quorundam distinctio, in naturalibus quidem & vulgo quæsitis, non vero in incestuosis, adulterinis, aut alio complexu damnato genitis, hanc sententiam admittentium; inter quos est Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *num.* 38. Barry *de successión. lib.* 10. *tit.* 7. *n. filius Sacerdotis* 5. Nec turbare quemquam debet Calixti Pontificis rescriptum, infames declarans eos, qui ex incestuosa conjunctione fuerint progeniti, *can. conjunctiones* 1. *causa* 35. *quæst.* 2. *&* 3. eo quod illud se refert ad jus civile, infamesque jubet esse ita natos, *quia leges seculi infames tales vocant & ab hæreditate repellunt*; cum vero de relato, (ut vulgo loquuntur) non constet, neque uspiam leges civiles incestuosum infamem dicant, nec in universum a quorumvis, sed tantum parentum hæreditate repellant; non est, quod ei vel fides habeatur, vel rescripti Pontificii tribuatur auctoritas, arg. *auth. si quis in aliquo C. de edendo*, junct. *l. ult. & tot. tit. C. si contra jus vel utilit. public. vel per mendacium &c. l. nec damnosa* 3. *l. pen. C. de precibus Imperat. offerend.* Neque ex eo, quod tum jus civile, tum mores gentium inter legitime & illegitime

natos differentiam in nonnullis admittant, & vel in concursu legitime natos illegitimis anteponant, vel illegitimos ab omnibus officiis publicis atque civilibus repellant, *l. generaliter* 3. §. *spurios* 2. *ff. de decurion.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 6. 7. recte concluseris, eos ergo infamia laborare: nam & fœminas a civilibus officiis remotas fuisse constat *l.* 2. *ff. de reg. juris*, & peregrinos olim a dignitatibus & successionibus in Hollandia alibique fuisse exclusos, testis est Grotius *d. lib. cap.* 13. quos si quis ob id infamibus voluerit accensendos, toto profecto cælo erraverit. Quid de aleatoribus, lenonibus, aliisque multis statuant interpretes, videri potest apud Aug. Barbosam *ad l.* 27. *C. h. t. n.* 20. *& seqq.* suntque huc reducenda, quæ dixi *tit. de his, qui not. infam.*

11. Aliis ultra jam enumeratos querela non datur, melius quippe facturis, si se sumptibus inanibus nihil profuturis non divexent, *l.* 1. *ff. h. t.* adeoque non fratrum sororumve filiis, *l. fratris* 21. *C. h. t.* Neque quicquam per jus novum hac in parte mutatum existimo. Quamvis enim id in confesso sit, fratres germanos una cum parentibus ad intestati fratris successionem viritim accedere: uterinos quoque fratres ab intestato una cum consanguineis fraternæ hæreditatis ex æquo reddi participes: fratrum denique filios una cum suis patruis ac avo aviaque jure repræsentationis ad patrui defuncti patrimonium admitti, *novell.* 118. *cap.* 2. *&* 3. *novell.* 127. *cap.* 1. non tamen inde recte concluseris, parentum exemplo fratribus præteritis omni casu, etiam cum turpis persona non est prælata, querelam esse: aut uterinos fratres iisdem casibus, quibus consanguinei vel germani, de inofficioso posse queri: aut fratrum prædefunctorum filiis ex jure quodam repræsentationis permitti inofficiosi actionem; aut denique post impetratam a parente ex causa inofficiosi rescissionem, causamque testati redactam ad causam intestati, fratres germanos ac prædefunctorum aliorum fratrum filios fraternæ hæreditatis partem laturos, aut concursuros cum consanguineis uterinos, postquam consanguinei per querelam obtinuerint fraterni testamenti rescissionem. Neque enim a successione ab intestato, quæ ab initio defertur, (de qua sola agit *d. nov.* 118. *&* 127.) & quam moriens sponte videtur reliquisse his, quos lex designavit, *l. conficiuntur* 8. §. *sed ideo* 1. *ff. de jure codicill.* argumentum procedit ad inducendam querelæ contra testamentum movendæ licentiam, aut faciendam exæquationem personarum in successione contra defuncti voluntatem obtenta per inofficiosi actionem: tum quia jus novum strictam recipere debet interpretationem, ut quam minimum juri veteri decedat, nec stare prohibendum, quod non invenitur expresse correctum, ut dictum *tit. de legibus*, tum quia res inter alios acta aliis non prodest, adeoque nec obtenta per unius querelam non habentibus, & injuria exhæredationis non affectis, ac ex necessitate juris haud instituendis, viam sternere potuit ad legitimam hæreditatem: tum denique quia liberorum adoptivorum, uti & impuberum adrogatorum conditio abunde monstrat, a successione competente non recte inferri querelæ movendæ facultatem, aut exæquatos in jure succedendi ab intestato, etiam in querela exæquatos debere censeri: impubes enim adrogatus, licet cum legitime natis ab intestato succedat, ad querelam tamen admissus non fuit, quarta D. Pii ipsi concessa, *l. Papinianus* 8. §. *si quis impubes* 15. *ff. h. t.* Et quamvis adoptati ab extraneo ab intestato succedere possint suo parenti adoptivo, una cum liberis aliis legitime natis; tamen si ab eo præteriti fuerint aut exhæredati, nec querelam movere possunt, nec testamentum ob præteritionem nullum dicere, *l. pen. C. de adoption.* §. *sed ea omnia* 14. *Instit. de hæreditatib. quæ ab intestato*, §. *tam autem* 2. *instit. h. t.* Jacobus Coren *observ.* 10. *num.* 12. 13. 14. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 45. *& seqq.* Adde D. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 3. *sect.* 1. *n. ult.* Ne dicam, admissa sententia contraria, (quod nempe rescisso per querelam testamento admittendi essent ad successionem illi, quibus non data querela) eventurum, ut melioris conditionis futuri essent, quibus denegata, quam quibus data querela est: dum parentes soli incertum subituri essent litis ac sumtuum de inofficioso periculum, vincentes autem partum suo labore suoque periculo commodum, defuncti etiam fratribus fratrumque filiis essent quæsituri: atque insuper futurum, ut, quibus denegarunt leges querelæ facultatem, his tamen omnis querelæ utilitas ac effectus quæreretur, atque ita tribueretur alia via, quod una manifeste ademtum apparet, in legis, inofficiosi actionem denegantis, fraudem, & contra ratiocinium Jurisconsulti in *l. quæritur* 38. *ff. de bon. libert.* Eoque facit *l. si post mortem* 10. §. *liberi* 4. & §. *exhæredati* 5. *ff. de bon. poss. contra tab.* Et hæc multo magis admittenda eorum moribus, qui ultra juris Romani dictamen jus repræsentationis in linea collaterali ad quartum aut sextum extendunt gradum; de quo nos latius in materia successionis ab intestato: ne alioquin & fratrum nepotibus in quarto gradu positis, aut remotioribus sexti gradus cognatis querelam tribuamus, atque ita durum hoc ac plenum invidiæ remedium nimiam recipiat extensionem. Nec immerito propter fundamenta superiora dubitaveris de eo, quod Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 3. *cap.* 4. *n.* 9. tradidit, cum hodie fratres uterini cum consanguineis concurrant, consequens esse, ut etiam concurrant in inofficiosi querela; quod & Hugo Grotius videtur innuere, dum generaliter querelam fratribus & utrimque, & ex uno latere conjunctis tribuit, *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 24. & Brunnemanus ad *l. posthumus* 6. *ff. h. t. n.* 5. *et* 6. fratres uterinos saltem post rescissum querela testamentum admittens cum consanguineis. Nec pro hac sententia facit *d. l. posthumus* 6. §. *si quis ex* 1. *ff. h. t.* quippe quæ de illis agit, qui querelæ movendæ jus non habebant; qui, si de facto eandem intentaverint, ac casu obtinuerint, victoria ipsis haud profutura est, sed evacuato per sententiam testamento, hæreditatem ab intestato vindicabunt hæredes legitimi. Quo tamen casu si actor simul proximus ab intestato hæres sit, per accidens erit, quod querelæ movendæ jure carens, hæreditatem nihilominus sibi retineat. Minus refragatur, quod, non facto testamento, aut ob non aditam ex eo hæreditatem irrito, parentes non totam fuissent habituri hæreditatem, sed magis cum suis

liberis, defuncti fratribus germanis divisuri (idemque de consanguineis fratribus ratione uterinorum) cui consequens videri posset, etiam parem parentum fratrumque germanorum debuisse causam censeri, ubi per querelam causa testati ad causam intestati redacta est. Non enim absurdum, ut plus percipiant, qui exhæredationis injuria affecti sunt, quam fuissent habituri, si nulla fuissent exhæredationis nota læsi: sic namque plus quam legitimam habent, institutione tota per querelam subversa, qui legitima sola honorati nullam habuissent portionis majoris petendæ causam: cum contra absurdum esset, illos, qui lege permittente sunt præteriti, atque ita non læsi, paris fore conditionis cum illis, qui lege refragante per exhæredationem læsi, in læsionis solatium ad hæreditatem erant admittendi.

12. Instituenda est querela adversus hæredes testamento, sive scripto, sive nuncupativo vocatos, cujuscumque dignitatis; atque adeo contra Imperatorem quoque, qui, licet legibus solutus sit, hac tamen parte legibus vult vivere, *l. Papinianus* 8. §. *si Imperator* 2. *ff. h. t.* nec refert, extranei instituti fuerint, an vinculo sanguinis juncti testatori: qua ratione filiis quibusdam exhæredatis adversus suos fratres reliquos; nepotibus adversus suos patruos, defuncti filios, ac institutos, inofficiosi accusatio competit, *l. pen.* §. *quantum* 1. *ff. h. t.* & filius defuncti exhæredatis adversus suos liberos, ab avo defuncto ad successionem vocatos, *l. si ponas* 13. *ff. h. t.* filiis etiam a matre præteritis, contra suum patrem ab uxore institutum, *l. filius non* 22. *ff. h. t.* denique parentibus defuncti præteritis adversus suos filios superstites, fratris sui prædefuncti ex testamento hæredes, *l. eum filium* 17. *C. h. t.* eo quod non tam conditio vocatorum in testamento, quam potius injuria præteritorum aut exhæredatorum spectanda est. Quid? quod et adversus omnes competit, qui in hæredis instituti locum subintrarunt, eundemque repræsentant; quales hæredis hæredes, & fiscus, qui in hæredis bona successit, *l. si hæredum* 10. *C. h. t.* & is, cui ex causa fideicommissi per institutum hæreditas est restituta, *l.* 1. *C. h. t.*

13. Effectus querelæ recte intentatæ olim erat, quod totum infirmaretur testamentum, sic ut nec legata nec libertates nec quicquam ex eo deberetur; *l. Papinianus* 8. §. *pen. ff. h. t.* exceptis quibusdam casibus, quibus libertates manebant ratæ, *d. l.* 8. §. *ult. ff. h. t. l. cum duob.* 13. *C. h. t.* quandoque & legata, *l. qui, repudiantis* 17. §. 1. *l. cum mater* 28. *ff. h. t. cum filius* 76. *ff. de legatis* 2. Sed jure novo sola infirmatur institutio, non tantum usque ad legitimam, sed in solidum; ceteri testamenti capitibus, sive legatum, sive libertatem, sive substitutionem contineant, firmis manentibus, *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in fine et cap.* 4. *in fine.* Quod non tantum admittendum, si liberi aut parentes, sed & si fratres instituerint inofficiosi accusationem: perquam enim absurdum fuerit, collaterales non nisi certis in casibus, & non nisi in odium institutæ turpis personæ ad querelam admissos, melioris esse conditionis & plus percipere, retinendo penes se legata infirmata, quam qui proximo descendentium vel ascendentium gradu sunt juncti defuncto: neque regulariter æquitas patitur, alieno odio atque adeo hæredis, prægravari alios, puta, legatarios nulla turpitudine laborantes, arg. *l. si quis suo* 33. *in fine C. h. t. regul. non debet* 22. *de reg. jur. in* 6. Quibus non recte objicitur *l. Pacenius* 3. *ff. si a parente qui manumiss. sit*, tum quia ibi non de fratribus agitur sed patre, cui meretrix filiali testamento prælata proponebatur; frustra vero ab iis, quæ disposita circa personas parentum patronorumque, maximis & inæstimabilibus beneficiis sibi liberos libertosque devinctos habentium, ad fratres nullis beneficiis, saltem non tantis notos, argumentum producitur. Tum etiam, quia patri in casu *d. l.* etiam honesta persona per filium instituta, querela ad totius testamenti subversionem competebat, *l.* 1. §. *ult. ff. d. si a parente quis manumiss.* hoc vero jure novo mutatum esse, jam monitum. Quin tamen totam institutionem, etiam supra legitimam, fratres quærendo infirmaturi sint, haud videtur dubitandum, cum hac in parte neque mutatio juris veteris appareat, neque diversum quid ab iis, quæ in parentibus liberisque obtinent, inveniatur constitutum, licet hic varii varie sentiant. Vid. Aug. Barbosam *ad l.* 27. *C. h. t. num.* 9. 10. 11. 12. Castillo de Sotomajor *libr.* 2. *quotid. quæstion. cap.* 19. *num.* 25. & *seqq. et n.* 32. *et seqq.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *num.* 37.

14. Quod si clausula codicillaris inofficioso testamento adjecta fuerit, (quam etiam in testamento parentum ratione liberorum subintelligi ex multorum opinione, dicetur *tit. de codicillis*) id operabitur, ut illud vim codicilli retineat, & inofficiosa institutio sustineatur jure fideicommissi; ac rogati videantur illi, qui querela causam testati redegerunt ad causam intestati, ut institutis hæreditatem restituant, deducta ac reservata sibi sola ex legibus debita portione, arg. §. *sed et si* 3. *Instit. quib. mod. testam. infirm. l.* 1. *l. illud.* 13. §. 1. *ff. de jure codicill. l. ex ea scriptura* 29. §. 1. *ff. qui testam. fac. possunt.* Ut tamen ex jure canonico ac moribus prope gentium omnium moratiorum in liberis detractio duplicis quartæ tam legitimæ, quam Trebellianicæ, recepta sit, sive pure, sive sub conditione vel ex die gravatos concipiamus, *cap. Raynutius* 16. *et cap. Raynaldus* 18. *extra*, *de testamentis*, Hugo Grotius *manud. ad* Jurisprud. *Holl. libr.* 2. *cap.* 20. *num.* 19. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 17. & plures alii relati apud parent. p. mem. Paulum Voet *ad* §. 9. *Instit. de fideicommiss. hæred. num.* 4. licet alii in solis pure non sub conditione gravatis hanc quartæ duplicis detractionem admittant, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 121 Quæ duæ quartæ quo modo computandæ sint, variant usus. In Frisia quidem si plures essent quam quatuor, præter semissem legitimæ nomine debitum, insuper alterius semissis quartam velut ex senatusconsulto Trebelliano curia adjudicavit, teste Sandio *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 7. secuta probabiliorem Anton. Fabri *Cod. libr.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Cujacii, Fachinei, Petri Heigii, & aliorum illic recensitorum opinionem, quam & Deckerus probat *lib.* 2. *dissert.* 14. *num.* 21. & Ultrajecti receptam testatur D. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 6. *num.* 21. Contra vero in Hollandia, sive plures fuerint liberi quam quatuor, sive pauciores, non amplius quam semissem portionis ab intestato debitæ unicuique pro legitima cessurum ob-

tinuit; ita ut alter semis in totum veniat jure fideicommissi restituendus; quæ & plurium aliorum extra Hollandiam sententia ac praxis est; Crivellus *decis.* 107. *num.* 10. Deckrus *libr.* 1. *dissert.* 14. *in fine defin.* 4. Groenewegen ad *Grotii manduct.* ad *Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 20. *num.* 19. Paulus Voet *ad* §. 9. *Instit. de fideicomm. hered. num.* 5. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 9. *num* 11.

15. An vero nepotes quoque neptesve fideicommisso expresse, vel cum injuste præteriti aut exhæredati, essent tacite vi clausulæ codicillaris gravati duas possint quartas deducere, non satis in aperto est. Nepotibus tamen etiam duas quartas usus tribuit: cum tam in successione ab intestato, quam in querelæ movendæ facultate, filiis nepotes exæquati sint ac pariter concurrant; ut proinde nec in quartæ duplicis detractione in dubio videantur separandi. Et licet permissum sit avo, nepotes gravanti onere restitutionis, nominatim prohibere Trebellianicæ detractionem, in eoque deterior sit conditio nepotum, quam filiorum, in quibus prohibitio admissa non est: tamen, cum expressa requiratur istius quartæ prohibitio, nec tacite sufficiat, *novell.* 1. *cap.* 2. *in fine;* concipi vero nequeat expressa prohibitio, quoties exhæredatos ponimus aut præteritos silentio nepotes, consequens est, ut vi clausulæ codicillaris restituere obstricti duas jure quartas deducant, Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 27. *defin.* 4. Neostadius, *Curiæ Holland. decis.* 17. *in fine.* Respons. Juriscons. Holl. *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 193. *num.* 5. 6. *et part.* 2. *consil.* 20. *pag.* 42. *in fine et part. lib.* 3. *cap.* 9. *numer.* 12. Peregrinus *de fideicom. art.* 3. *numer.* 54.

16. Aliter sese res habet in parentibus per liberos, aut fratribus per fratres personam turpem instituentes, præteritis, quippe qui per querelam infirmantes testamentum, & vi clausulæ codicillaris rogati restituere scriptis in inofficioso heredibus, non duas quartas, sed solam legitimam salvam sunt habituri. Cum enim secundum Romani juris principia verius sit, illos, quibus legitima est debita, fideicommisso gravatos solam deducere legitimam, eamque ipsam imputari quoque in quartam ex senatusconsulto Trebelliano detrahendam, ut latius *tit. de Senatusc. Trebell.* neque quantum ad parentes fratresque, sed tantum descendentium intuitu, jus civile per canones mutatum sit, duplicis quartæ inducta detractione; ac denique haud improbabile sit, hanc ipsam juris canonici circa liberos gravatos dispositionem ex perperam intellecto Quiritum jure profluxisse: rationis certe est, ut non ascendentes aut collaterales sine lege aut canone aut constanti consuetudine transferamus id, quod liberorum solorum providentia invenitur sive ex æquitate sive ex quodam errore inductum, arg. *l. quod vero* 14. *l. quod non ratione* 39. *ff. de legibus.* Hugo Grotius inter responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 193. *num.* 5. 6. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 3. *num.* 53. frustra dissentiente post alios Fachineo *controvers. libr.* 12. *cap.* 80. quod enim ait, ea, quæ recepta sunt in descendentibus, ad ascendentes debere extendi, nulla ratione vel jure firmatur. Illud quidem expeditum & ultro diffidentibus largiendum, potuisse juris canonici auctores, uti descendentium intuitu duplicem contra jus Romanum quartæ deductionem decreverunt, ita etiam adscendentibus ac fratribus idem constituere; ut & hi tanquam parentes aut fratres legitimam perciperent, iterumque separatim Trebellianicam tanquam fideicommisso gravati hæredes. Sed cum id non appareat factum esse, perperam illa, quæ de liberis tantum inveniuntur cauta, ad parentes fratresque traducuntur: licet enim in eo tertio inter liberos ac parentes conveniat, quod legitima non minus pie parentibus, quam liberis relinquenda sit, *l. nam etsi* 15. *ff. h. t.* in ceteris tamen ratio diversa est, longeque deterior in aliis juris partibus quantum ad ipsam successionem parentum, quam liberorum causa: nam & liberis tum in successione ab intestato, tum in ipsa querela, fuerunt postpositi, *l. pater filium* 14. *ff. h. t. novell.* 118. *c.* 1. 2. & præteriti non potuerunt testamentum dicere nullum, atque ita a legatorum præstatione liberari; sed solam institutionem querela infirmabant. Ut proinde a disparatis (ut loquuntur) male fiat illatio.

17. Quæ vero de liberis præteritis vi clausulæ codicillaris ad semissis restitutionem, velut ex causa fideicommissi obligatis, & legatorum relictorum validitate, dicta sunt, non semper admittenda in casu, quo parentes ignoranter posthumos præterierunt, aut liberos tales, quos mortuos crediderunt; aut quasi posthumos, cum tempore testamenti conditi ignorarent eos in utero esse, non diu post eorundem nativitatem fato functi sunt. Aut enim præter illos ex ignorantia præteritos nullam aliam reliquerunt sobolem, atque adeo extraneum instituerunt hæredem; aut alios jam natos suo testamento scripserunt hæredes. Priore casu eum, qui præteritus est, usque adeo parentis testamentum infirmaturum existimo, ut neque legata sint firma mansura, (exceptis forte minutis quibusdam arbitrio judicis, quæ & institutis liberis morigeris ac spem successionis obsequio perpetuo sibi conservantibus, per parentes relinqui frequens ac vulgatum est) neque vi clausulæ codicillaris obligandus sit ad hæreditatem reliquam, retento semisse, institutis restituendam: tum quia præsumendum est ex pietatis ratione ac conjectura, testatorem, si de liberis cogitasset, prudenti consilio proprias successiones extraneis fuisse prælaturum in suis bonis, adeoque liberos legatariis extraneis, usque adeo, ut & expressum fideicommissum a testatore relictum, ob liberos postea ex filio gravato natos evanescat, licet nulla liberorum mentio esset habita, arg. *l. cum acutissimi* 3. *C. de fideicommissis, l. cum avus* 102. *ff. de condit. & demonstrat. l. generaliter* 6. *C. de instit. & substit. l. Lucius Titius* 35. *in fine ff. de hered. instit. l. si is, qui ducenta* 13. §. *ult. ff. de rebus dub.* Tum quia in ipsis militibus jure militari testantibus id fuit receptum, ut, licet ex certa scientia liberos impune præterire potuerint; tamen si præterissent quos in utero vel in rerum natura esse ignorabant, testamentum liberis præteritis nullum inferret præjudicium; sed non obstante militari privilegio esset invalidum, nec legata, eo data, præstarentur, *l. militis codicillis* 36. §. *miles in* 2. *ff. de testam. milit. l. sicut certi* 9. *l. si cum* 10. *C. de testam. militis,* adde *l. qui jure* 7. *ff. eod. tit.* Tum denique, quia videri non potest ullo gravatus sive fideicommisso sive legatis is, de quo, cum testamentum conderet, ne cogitavit quidem

testator, arg. *l. Illud enim* 13. *§. pen. ff. de jure codicillorum.* Neque hunc voluntatis defectum clausula codicillaris supplet: quippe tralatitium est, & *tit. de codicillis* plenius demonstrandum, clausula illa sustineri tantum testamenta imperfecta ratione solemnitatis, at nequaquam ea, quæ laborant voluntatis defectu. Quibus insuper accedere potest ex jure nunc passim recepto, quod, si inter vivos donatio facta ab eo, qui liberos non habebat, in totum infirmetur propter liberos postea susceptos, licet non sola donantis voluntate, sed & donatarii acceptione roboretur, ut dicetur *tit. de donation* multo magis præsumi debeat, clausulam codicillarem non imponere in dubio onus fideicommissi liberis ignorante testatore postea nascituris. Vid. Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 14. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 114. *num.* 9. *et seqq.* Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 16. *defin.* 2. Jul. Clarus *§. testamentum quæst.* 46. *n.* 2. Mich. Grassus *§. testamentum quæst.* 36. *n.* 21. Respons. JCtor. Holl. *par.* 3. *consil.* 21. dissentit post alios Brunnemannus *ad l. cum mater* 28. *ff. h. t.* motus potissimum rescripto Hadriani in *d. l.* 28. proposito, sed cujus neque rationem satis perspectam habuit, ut *in seqq.* monstrabitur. Ac de eo casu, quo non alii exstabant liberi, accipiendum, quod dicitur, soluta legata condici posse, si testamentum infirmum sit ex eo, quod ab hostibus reversus, quem pater mortuum præsumpserat, *l. idem est* 3. *l.* 4. *l.* 5. *ff. de condict. indeb.*. Neque contra hanc sententiam facere potest, *l. ult. ff. de hæred. instit.* cum non de filio testatoris, sed extraneo instituto, & per errorem pro mortuo habito, agat, in quo non militant superiores rationes. Quod si ex adverso parentes, prætereuntes ignoranter posthumum, quemve mortuum esse falso crediderunt, alios insuper liberos reliquerint, eosque instituerint atque in ea hærentes ignorantia secundum ante dicta in fata concesserint; verius existimem, infirmandum haud esse eo casu testamentum; sed illum præteritum sive posthumum sive errore pro mortuo habitum fratribus ceteris in eo testamento institutis sic accreturum esse, & successurum, atque si & ipse una cum ceteris fuisset institutus; cum enim id ita in matre jure Romano constitutum sit, & testamento liberos reliquos hæredes scripserat, & posthumo præterito in puerperio decesserat, antequam commode potuisset voluntatem mutare, *l. si mater* 3. *C. h. t.* quæ quæso diversitatis ratio erit, cur non in patre idem admiserimus, ex quo passim jure obtinuit, inter paternum maternumque testamentum ratione præteritionis aut exheredationis nihil interesse? Cum utique non modo pater æque ac mater falsis de morte filii rumoribus labi possit, & facilius ipse quam uxor propter absentiam aliasque causas plures ignorare, posthumum nasciturum. Ubi ergo a tempore conditi testamenti usque ad mortem filium præteritum superesse in vivis, aut posthumum sperari, ignoraverint, aut post conditum testamentum sperare quasi posthumum incipientes, testamentum prius (forte ob incertitudinem partus, dum monstrum nasci vel abortus fieri potest) mutare, posthumumque adscribere distulerint, eodem autem edito, repente humanis rebus exemti fuerint; in patrem æque ac matrem quadrat ratio *d. legis tertiæ C. h. t.* quod *nempe repentini casus iniquitas per conjecturam materna* (adde & paternæ) *pietatis emendanda sit*, & ob id *filio*, *cui nihil præter maternum* vel paternum *fatum imputari potuit*; *perinde virilis portio tribuenda sit*, *ac si omnes filios hæredes instituisset*. Quibus consequens erat, ut cum ex testamento omnes succederent, quasi ex testamento omnes vocati, legata quoque in suo perdurarent vigore; cessante hic ulla pietatis præsumtione, quod parens non fuisset legaturus, si filium superesse aut sperari scivisset; eo quod reliquos jam natos, ejusdem cum præterito gradus & affectionis probabilis, declaraverat obnoxios legatorum præstationi. Atque hoc ipsum est, quod puto Paulum JCtum velle in *l. cum mater* 28 *ff. h. t.* cujus verba paucis explanata, ita habent: *Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento hæredes alios*, (subaudi, *filios*, non extraneos, quos nempe præter filium militem habebat) *instituisset: D. Hadrianus decrevit*, *hæreditatem ad filium pertinere* (id est, non tantum ad reliquos liberos institutos, sed *etiam ad filium* illum opinione falsa pro defuncto habitum; ita ut ille reliquis fratribus institutis accresceret, virilem partem laturus: & quia hac ratione testamentum per querelam non rescindebatur, sed in suo statu conservabatur, congruum rationi juris erat, illum filium cum ceteris institutis succedere) *ita ut libertates et legata præstentur*. *Hic illud adnotatum*, *quod de libertatibus et legatis adjicitur*; videlicet, ut quid singulare ex ratione, quod hæc præteritio non ab animo maligno & lædendi consilio proficisceretur, sed a solo errore facti satis probabili, ac facile excusando; neque, juxta superius dicta, circumstantia ceterorum fratrum legatis gravatorum pateretur præsumtionem, quod mater filium illum, quem mortuum credebat, fuisset legatis non gravatura; ut proinde æquum etiam fuerit, parci testamento materno, eique tanquam injuriam nullam continenti, effectum plenum attribui; filio nempe sic considerato, ac si non conquestus fuisset, sed a matre institutus: *nam alioquin cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet*. Hactenus Paulus, qui sic explicatus, non pugnabit cum Papiniano, legatorum solutorum, tanquam indebitorum, condictionem dante, *l.* 3. junct. *l.* 5. *ff. de condict. indeb.* Nec hic, quæ de præterito per ignorantiam ceteris accreturo fratribus institutis dicta, adversatur, quod is, qui ignoravit, se filium Titium habere, si *filiis* tutorem dederit, solis illis dedisse videatur, quos sciebat in potestate sua esse, at non ei, quem ignorabat se habere, quia de ipso non sensisset *l. si quis ita* 16. *§. si quis*, *cum* 3. *et* 4 *ff. de testament. tut.* Etenim, quod præteritus per ignorantiam posthumus, aut falso rumore pro mortuo habitus filius, fratribus ceteris hæredibus scriptis accrescit, id ideo obtinuit, ne testamentum, quod non ex malo animo, aut lædendi proposito, sed ex facti probabilis ignorantia, etiam prudentissimos fallente, præteritione laborat, adeoque vere inofficiosum non erat, per querelam subverteretur, atque ita testator pœnam quandam subiret, qui contra pietatis officia nihil molitus erat. Contra vero, cum testamentum nulla sui parte infirmaretur, etsi non omnibus sed quibusdam tantum liberis tutores eo dati essent; ac proinde cessaret illa testamenti a rescissione vindicandi ratio, consequens erat, ut secundum jus commune definiretur,

tutorem ei datum non videri, quem se habere testator ignorabat, ac de quo propterea nec sensisse intelligendus erat; præsertim, cum filio tali non omne deesset adjutorium, sed abunde posset per legitimum dativumve tutorem prospectum esse. Et hæc quidem de legatis in totum præstandis etiam per illum posthumum vel creditum falso mortuum, qui fratribus ceteris institutis accreverat; si modo gravem legati generaliter institutis inveniatur impositum, nulla nominum propriorum enumeratione in legando facta: quippe quo casu præteritus ex fictione juris consideratur tanquam cum ceteris institutus. Aliter tamen judicandum, si testator certam personam, vel unum ex pluribus liberis institutis solum legato gravasset: eo namque in casu, cum ne ceteri quidem instituti ad legati præstationem devincti sint, absurdum fuerit, posthumum aut pro mortuo habitum videri gravatum talis legati parte: præcipue, quoniam expeditum est, duriorem non debere in dubio præsumi factam per parentes causam liberorum illorum, in quos nulla cadere potuit ingratitudinis causa, quales posthumi, quam eorum, qui forte potuissent fuisse ingrati ex tali ingratitudinis specie, quam parens indulgentior ad animum non revocavit. Solus ergo gravatus tunc legatum impleturus est; non tamen integrum, sed pro rata ejus partis diminutum, quam præteritus isti fratri gravato ex hæreditaria ejus parte est ablaturus, dum ex jure accrescendi pro instituto est habitus. Ita enim, si quis unum tantum sibi successurum credens, eundem legati præstatione oneraverit, eique ignoranti insuper alius ex jure prætorio aut aliter hæres sit, pro ea tantum parte, qua gravatus cum effectu hæres est, legati partem solvet, pro altera parte, quæ ipsi per adjunctum cohæredem detracta, neque ipse neque cohæres præter defuncti opinionem succedens ad legati implementum adstringetur, si individuum libertatis legatum excipiatur, *l. cum pater* 77. §. *cum existimaret* 29. *ff. de legatis* 2. *l. pen. ff. de jure codicil*. Non obstante *l. quidam* 14. §. *ult. ff. eod. tit.* quippe quæ, in quantum obesse posset, per subsequentem *l.* 15. mitigatur, ac mutatur.

18. Quoties autem per querelam rescissio institutionis obtenta est, eo loco institutus habendus erit, ac si hæreditatem nunquam adivisset: sic ut non tantum desinat tum creditoribus hæreditariis tum legatariis obligatus esse, sed & reviviscant ei & in eum jura omnia & actiones, quæ aditione fuerant extinctæ, *l. cum, qui* 21. §. *ult. ff. h. t.* & si quidem sub conditione faciendi aliquid institutus (veluti manumittendi) conditionem impleverit, æstimationem consequetur servi manumissi ab ipso manumisso; rata manente libertate ob favorem ejus, *l. si sub hac* 26. *ff. h. t.* aut facti æstimationem ab eo, in cujus utilitatem factum cessit; si illud tale sit, ut condici & pro infecto haberi nequeat: veluti si sub conditione reficiendi ædes alienas, vel præstandæ habitationis, institutus, refecerit eas, vel præstiterit habitationem, atque ita adiverit, arg. *l. si non sortem* 26. §. *libertus* 12. *l. in summa* 65. §. *sic habitatione* 7. *ff. de condict. indeb. d. l.* 26. *ff. h. t.* Plane si illa sit facti impleti natura, ut effectus ejus in irritum deduci possit, (ut puta, si conditio fidejubendi pro alio, aut cautionis interponendæ sit apposita, & fidejusserit caveritve conditionis implendae gratia) condictioni indebiti locum fore arbitror, ut vis cautionis aut fidejussionis evanescat, arg. *l. ult. ff. de constit. pecun. l. is, qui plus* 31. *ff. de condict. indeb. l. cum & soluta* 5. *C. eod. tit. l. si heres* 5. §. 1. *ff. de act. emti, l. si cum filiusf.* 2. §. *aliud* 3. & 4. *ff de donation. l.* 1. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa*, junct. *l. ex his omnibus* 54. *ff. de condict. indeb.* Quod si legata ex eo præstiterit testamento; quamvis olim ea condicere potuerit ut indebita, si errore, non sciens inofficiosi vitium, ea præstitisset, *l. eum, qui* 21. §. 1. *ff. h. t.* sicut & victor eorum condictionem habuit, *l. Papinianus* 8. §. *si ex causa* 16. *ff. h. t. l.* 2. 3. 5. *ff. de condict. indeb.* jure tamen novo, ex quo obtinuit, solam infirmari institutionem, magis est, ut sive legatariis sive creditoribus hæreditariis exsoluta, in restituenda victori hæreditate deducat; cum iniquum videretur, repeti a creditoribus aut legatariis, qui suum sunt consecuti, arg. *l. de hæreditate* 5. *C. de petit. hæreditate* 5. *C. de petit. hæreditatis*. Si tamen nihil hæreditarium possideat, vix dubitandum, quin habeat repetitionem, arg. *l. ult. in fine ff. de constit. pecun. l. si pœna* 19. §. *quamvis* 1. *l. in summa* 65. §. *ult. ff. de condict. indeb.* adde *tit. de condict. indeb. num.* 10.

19. Hi querelæ jure intentatæ effectus sunt; sed si quis testamentum inofficiosum improbe dixerit, atque ita succubuerit, perdit legata aut fideicommissa testamento data, quæ fisco cedunt, tamquam indigno ablata, *l. Papinianus* 8. §. *meminisse* 14. *ff. h. t.* nisi querelam pro alio, velut pupillo, movisset ex officii impositi necessitate, §. *pen. Instit. h. t. l. tutorem* 22. *ff. de his, quæ ut indignis, l. adversus* 30. §. 1. *ff. h. t.* adde *l. filius* 22. §. & *quærebatur* 1. & *seqq. ff. h. t.* Et licet hodie indignis ablata fisco cedere haud soleant; quia tamen non minus nunc est, quam quondam fuit, odium eorum, qui indignos sese reddiderunt, ut dicetur *tit. de his, quæ ut indignis*, vix est, ut hac in parte jus Romanum mutatum, & legatario, si inofficiosi accusatione agens victus sit, persecutio legati concedenda videatur; maxime, si calumniosa accusatio appareat; nam si probabilis admodum litigandi causa esset, non magis huic succumbenti deneganda videretur legati petitio, quam illis, quibus testator in suo testamento per modum pœnæ comminatus est relictorum ademtionem, si judicium ejus aliqua in parte impugnassent, quoties de cetero illi probabilem habuerint disputandi causam. Vide Brunnemannum ad *d. l.* 8. §. 14. *ff. h. t. n.* 32. & *seqq.* Groenewegen *ad l.* 6. *C. ad leg. Corn. de falsis*, & quæ dicam *tit. de ademt. legat.*

20. Variis autem in casibus querela cessat; veluti, si quis alio jure possit ad hæreditatem venire, §. *tam autem* 2. *Inst. h. t.* eo quod odiosum est hoc remedium, atque inde etiam *ultimum adjutorium* dicitur, *l. ult. in med. C. de liberis præteritis*, nisi alterum remedium etiam tendat ad rescissionem testamenti, *l. Papinianus* 8. §. *si quis* & 12. *ff. h. t.* vel pinguius sit querelæ remedium: unde & patri emancipatori electio datur, an per bonorum possessionem contra tabulas, an magis per querelam velit ad luctuosam filii pervenire hæreditatem, *l.* 1. §. *ult. ff. si a parente quis manumissus sit*. Lapso quoque quinquennio, non a mortis sed aditæ hære-

ditatis tempore computando querela cessat, *l. si quis filium* 34. *in fine*, *l. pen.* §. *illud praeterea* 2. *C. h. t. l. Papinianus* 8. §. *si condition.* 19. *ff. h. t.* Cum enim exhæredatio, testamento facta, demum aditione confirmetur, invalida futura, si institutus adire noluerit aut non potuerit, *l. filium* 20. *ff. de bonor. poss. contra tab.* & querela contra hæredem institutum movenda sit; nemo autem ante aditionem re ipsa hæres dici queat, atque adeo neque exhæredatus agere, neque institutus conveniri ante aditionem possit; iniquum fuerit agere necdum valenti præscriptionem incipere nocere. Unde &, si de valore testamenti quæstio sit, dum illud solemnibus destitutum contenditur; vel Titio instituto, duo Titii singuli ex ea scriptura sibi solidam vindicent hæreditatem; incipiet demum currere quinquennium, ex quo lis illa prior decisa fuerit *l. contra majores* 16. *C. h. t.* Sed ne instituti consulto necterent adeundi moras, querelæ eludendæ aut protelandæ causa injunctum iis fuit, ut in eadem quidem constituti provincia intra sex menses, in alia vero intra annale spatium a morte testatoris numerandum, suam de adeunda hæreditate vel repudianda mentem exponant, ad id officio judicis adigendi, *d. l. pen.* §. *illud* 2. *C. h. t.* Non tamen minoribus currit hoc quinquennii tempus, adeo ut, quia integra ipsis servatur causa sua restitutio in integrum, seu redintegratio causæ necessaria non sit, *l. adolescentia* 2. *C. in quib. causs. restit. in integr. necess. non est.* Et quin majorennibus ex magna quoque & justa causa, mediante in integrum restitutione, succurri possit adversus quinquennii lapsum, dubitare non sinit Ulpianus in *d. l. Papinianus* 8. §. *ult. ff. h. t.*

21. Querelæ insuper locus non est de jure Romano, si pater jure patriæ potestatis filio suo impuberi substituens pupillariter extraneum, pupilli matrem silentio præterierit; eo quod non pupillus sed pater tale testamentum fecit, nec tenebatur uxorem suam testamento vocare, *l. Papinianus* 8. §. *sed nec* 5. *ff. h. t.* uti nec, si militis testamentum sit, *l. de inofficioso* 9. *C. h. t.* Fachinæus *controv. lib.* 6. *cap.* 74. aut tantum de castrensi vel quasi castrensi peculio conditum fuerit, *l. testamentum* 24. *l. ult.* §. 1. *C. h. t.* testator ad mortem usque filiusfamilias remanserit; nam si ante mortem sui juris factus esset, querelæ locus foret, cessante jam peculii castrensis & quasi castrensis natura, nomine, & a rebus ceteris distinctione, *d. l. Papinianus* 8. §. *Papinianus* 3. & 4. *ff. h. t.* Sed vix est, ut hæc nostro jure hodierno admittantur, tum propter cessantem illam peculiarem patriam potestatem, cui innitebatur de jure Romano singulis illa substitutio pupillaris; tum quia in ipsis quoque militum testamentis pietatis officia haud videntur aut negligenda aut remittenda, Groenewegen *ad l.* 9. & *ult. C. h. t.* Paulus Voet *ad* §. *ult. Instit. h. t. n. ult. in pr.* Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 30.

22. Cessat quoque querela, si quis juste exhæredatus sit; veluti si bona mente id factum fuerit absque proposito lædendi; in quantum multi non notæ causa suos exhæredabant filios: nec ut obessent eis, sed magis ut consulerent; (ut puta impuberibus ob metum insidiarum) eisque fideicommissam hæreditatem dabant. Quemadmodum & filios prodigos, aut æris alieni mole gravatos, à sua excludebant hæreditate, institutis nepotibus per eos progenitis, addita causa necessitateque judicii sui, & legata ipsis prodigis aut obæratis ea quantitate, quæ possit alimentis eorum sufficere, *l. pen.* §. *potuit* 2. *ff. de curat. furios. l. multi* 18. *ff. de liberis & posthum. l. si patronus* 12. §. *si quis non* 2. *ff. de bonis liber. t. l. in fideicommissi* 3. §. *cum Pollidius* 3. *ff. de usuris*, Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 3. Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 3. *tit.* 13. *num.* 13. *et seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 9. *defin.* 11. Merenda *controv. lib.* 4. *cap.* 25. Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 7. §. 2. verb. *nisi ob aliquas n.* 2. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 41. *n.* 7. Charondas *resolutions des questions part.* 3. *tit.* 23. *in fin.* Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 18. 19. Paulus Voet *ad* §. *ult. Inst. h. t. n.* 5. Nec est quod quis hoc casu querelam filio crediderit accommodandam, quasi exhæredatio talis bona mente facta filio non noceret, *d. l. si patronus* 12. §. *si quis non* 2. *ff. de bonis libert.* cum sensus sit, exhæredationem illam filio non obesse, quo minus a patre ad ipsum devolvantur jura patronatus, atque adeo ipse in bona liberti a parente manumissi succedat, ut ex contextu *d. l.* 12. *in pr.* & *l. Paulus* 47. *ff. eod. tit.* apparet. Si tamen causa illa, ob quam exhæredatio bona mente contigerat, cessaverit, veluti si prodigus ad mores meliores, furiosus ad sanam mentem redierit, aut ære alieno gravatus in partem cum suis sit pactus creditoribus; aliterve satisfecerit, non improbabilem existimem sententiam opinantium, his eo casu non esse deneganda legum beneficia, juxta tritum illud, cessante causa finali cessat effectus, de quo Everhardus *in topicis*, *loco*, *a cessatione rationis* 80. August. Barbosa *axiomat. juris usufreq.* 40. *n.* 4. *et seqq.* Tyraquellus *tract. cessante causa cessat effectus*, cum enim pater in casum cessanti illius causæ non prospexerit suo filio, inficias iri nequit, quin, eo casu existente, inofficiosum sit testamentum & injurium in filium, non ut oportet institutum. Cui consequens est, ut statuamus, superfuturam saltem filio tali actionem ad plenam legitimæ proprietatem consequendam; reliqua hæreditatis parte penes nepotes institutos remanente. Cum enim aliquid hoc casu filio relictum sit, puta, alimenta, atque ita videri nequeat in universum præteritus, actioni magis ad supplementum quam querelæ locus dandus. Vide Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 178. Jul. Clarum §. *testamentum quæst.* 41. *num.* 7.

23. Præcipue autem juste exhæredati censendi sunt, quoties ex satis gravi & vera ingratitudinis causa, testamento inserta, & per hæredem probata, ab hæreditate fuerunt exclusi. Si quid horum prætermissum fuerit, dum vel causa inserta non est, sed tantum allegata per hæredem & probata; vel allegata quidem, sed non satis gravis ac justa; vel denique expressa quidem, quæ satis gravis legislatoribus visa est, sed in cujus probatione defecit hæres, querelæ locus erit; sic ut legata quidem firma maneant, sed institutio secundum ante dicta infirmatur. Erroneum namque est, nullum iis in casibus fore testamentum, quippe quod, uti nulla lege novella cautum est, ita manifeste satis redar-

guitur in ipsa *novell.* 115. *cap.* 3. *in fine et cap.* 4. *in fine*. Cum enim in princ. d. cap. 3. præscripta esset exhæredandi forma, secundum quam & causa sufficiens adjici, & per hæredem probari jubebatur, concludendo, Imp. in fine *cap.* 3. ait, *si autem hac observata non fuerint, nullum exhæredatis liberis præjudicium generari, sed quantum ad institutionem hæredum pertinet, testamento evacuato, etc. si vero contigerit, in quibusdam talibus testamentis quædam legata, aut tutorum dationes relinqui, vel qualibet alia capitula concessa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri:* quæ ipsa *cap.* 4. in fine repetita occurrunt. Et sane, ni ita sentiamus, necesse fuerit, ut ingentem juris veteris partem dicamus abrogatam, cujus tamen abrogationis nulla jure novo mentio est. Sic enim fieret, ut prope totam querelam tolleremus, vix ullo in casu admittendam, ut tacitam omnem reprobaremus exhæredationem præteritione materna comprehensam; ut nullum bonorum possessioni contra tabulas locum relinqueremus, de quibus Vinnius *select. quaestion. lib.* 2. *cap.* 21. Neque hisce adversatur, quod paria sunt in jure, aliquid non fieri, & non rite fieri, *l. quoties* 66. *ff. qui satis. cog.* quodque exhæredatio non recte facta præteritionis loco sit, sic ut filius emancipatus non rite exhæredatus habeat bonorum possessionem contra tabulas, non exhæredatis sed præteritis accommodatam, *l. non putavit* 8. *§. non quaevis* 2. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Quamvis enim verum sit, id ita receptum fuisse jure antiquo, secundum quod omnia per querelam subvertebantur testamento disposita, & parum interesset, nullum esset testamentum, an per inofficiosi accusationem infirmaretur: jure tamen novo, quo in pluribus circa inofficiosa testamenta mutatio contigit, hoc quoque innovatum est juxta verba novellæ 115. adducta. Præterquam quod, secundum superius exposita, nihil nunc apud nos inter præteritionem paternam maternamque interest, & utraque tacitam continere censetur exhæredationem. Vide Vinnium *select. quaest. lib.* 2. *cap.* 21. *& alios ibid. citatos*. Gudelinum *de jure noviss. lib.* 2. *cap* 4. *versu alterum*, seu *n.* 6. *& seqq.* Fachineum *controversiar. lib.* 4. *c.* 9. Donellum *ad auth. ex causa C. de liberis praeteritis n.* 6. Viglium *ad rubric. Instit. de inoffic. testam.* 3. 4. Zoesium *ad tit. ff. de liberis & postbum. num.* 10. 11.

24. Justæ vero exhæredationis causæ, ob quas liberi a parentibus exhæredari possunt, recensentur quatuordecim, *novell.* 115. *cap.* 3. Octo tantum, propter quas parentes, *novell.* 115. *cap.* 4. Adde Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 19. 20. 23. Franciscum de Barry *de successionibus lib.* 10. *tit.* 4. 5. pauciores merito, quia multa parentibus in liberos per leges sunt licita, quæ si liberi in parentes committerent, pœnam mererentur. In fratribus tres, puta, si ingrati, dum mortem fratri aut criminalem inscriptionem inducere, aut substantiæ inferre jacturam properarunt, *novell.* 22. *cap. & quoniam* 47. si infames sint, arg. *l. in arenam* 11. *C. b. t.* aut servus institutus fuerit hæres necessarius, *l. fratres* 27. *C. b. t.* Adde Barry *d. lib.* 10. *tit.* 6. Quæ tamen omnes causæ, in d. ll. enumeratæ, similes aut graviores alias non excludunt. Cum enim non omnes & singuli casus in legibus comprehendi possint, sine distinctione, cujus generis leges sint, *l. non possunt* 12. *ff. de legibus*, & novas quotidie formas edere natura deproperet, ut loquitur Imp. *in l.* 2. *§. sed quia* 18. *C. de veteri jure enucl.* atque adeo, ubi sententia legis in uno aut altero manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere atque ita jus dicere debeat, *d. l.* 12. *l.* 13. *ff. de legib.* necesse profecto fuerit, ut novellæ, causas exhæredationis continenti, naturam, vim effectumque legis denegemus, nisi ad similia admittamus productionem. Unde & in gravissimo parricidii crimine, cum lex Pompeja varios recensuisset, in quos patricidium committeretur, in *l.* 1. *ff. ad leg. Pomp. de parricid.* Jurisconsultus Marcianus in *l.* 3. *ff. eod. tit.* scripsit, *sciendum esse, lege Pompeja de consobrino comprehendi; sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propiorive gradu sunt; sed & novercae & sponsae personae omissae sunt; sententia tamen legis continentur*: quasi diceret, licet in lege Pompeja tantum consobrinorum mentio fiat, & non patruelium, aliorumque, qui pari aut propiore gradu sunt, quam illi, qui in ipsa lege sunt enarrati, adeoque hi verbis legis non contineantur, uti nec novercæ sponsæve; tamen sententia legis comprehensi sunt, perinde ac si expressi essent. Et frustra sunt, qui, dum odiosa non esse extendenda obtinuit, hanc exhæredationem justis ex causis factam odiosam arbitrantur; nisi pari ratione pœnas omnes odiosas putent sontibus decernendas, quas certe maleficis imponi magna publicæ utilitatis ratio suadet, *l. si a reo* 79. *§. ult. ff. de fidejussor. & mandatorib.* junct. *l. eum, qui nocentem* 18. *ff. de injuriis*, quasque, posita delicti similitudine, etiam locum invenire, indubium est. Confer. Ant. Matthæum *parœmia* 6. *num.* 8. *in med.* Favorabilibus quidem negotiis, benigna interpretatione præter strictam juris rationem juvandis ac conservandis, annumerari non oportere exhæredationem, uti quidem juvatur institutio, Scævola & Paulus ajunt, *l. cum quidam* 19. *ff. de liberis & postbumis*. Sed nulla sequela est, eam ergo odiosam esse eo sensu, ut ad similia non pateretur extensionem. Quin potius iis accensenda, quæ generalis justitiæ fundamentis suffulta nec favorem peculiarem nec odium proprie loquendo singulare merentur. Pœnarum scilicet naturam habet, imo ingratitudinis commissæ pœna est. Unde &, si duo judices in quæstione inofficiosi pro instituto hærede stent, duo pro exhæredato, rata est sententia in hoc dubio, quæ pro instituto est, adversus exhæredatum, atque ita tenet exhæredatio, *l. si pars* 10. *ff. b. t.* quod admittendum haud fuisset, si in odiosorum classem Romani exhæredationem credidissent referendam. Neque hæc ad causas similes aut graviores extensio vetatur per *d. nov.* 115. *cap.* 3. *in pr.* Quod enim illic Imp. ait, se causas ingratitudinis in diversis legibus dispersas, & non aperte declaratas *nominatim praesenti lege comprehendisse, ut praeter illas nulli liceat ex alia lege causas ingratitudinis opponere, nisi quae in bujus constitutionis serie continentur*; id non alio sensu dictum, quam quod noluerit causas legibus anterioribus expressas, & non satis dignas ad ingratitudinem visas, allegari ex illis *aliis legibus* anterioribus, sed tantum eas, quæ inde in hanc constitutionem translatæ

erant, aut cum anterioribus legibus fuissent prætermissæ, nunc in hac lege exprimebantur; non ad exclusionem similium aut graviorum, sed leviorum ac minus dignarum; gravioribus scilicet aut similibus causis mente legis, quae verbis potior, comprehensis; dum scire leges non est verba tenere, sed vim ac potestatem, ac ea lege contineri creduntur, quae ex ejus ratione ac sententia descendunt, *l. scire* 17. *l. contra legem* 29. *l.* 30. *ff. de legibus*. Et quis, obsecro, justum censuerit, exhaeredari filium, qui novercae aut concubinae patris sese miscuerit, *nov.* 115. *cap.* 3. §. *si novercae* 6. si dignus exhaeredatione non habeatur, qui vivo patre matrem propriam nefarie violaverit conjunctione; cum tamen altum sit ejus in causarum enarratione silentium? Aut quis non absurdum arbitretur, excludi ab hæreditate velut indignum, qui captum ab hostibus parentem non redemerit, aut carceri inclusum in suam non receperit fidejussionem, *nov.* 115. *cap.* 3. §. *si quemlibet* 8. & §. *si unum* 13. si exhæredari a patre nequeat, qui patrem ipse aut publicis curavit mancipari carceribus, aut privato carcere scelerate detinuit: quod tamen causarum serie non comprehensum? Quis denique cum ratione probaverit, filium patremve patriæ proditorem ac ad patriam delendam venientem occidi impune & cum præmio posse a patre vel filio, *l. minime* 35. *ff. de religiosis*, exhæredari non posse, quia id novella 115. expressum non est? Aliam sane Justiniano fuisse mentem, ipse satis indigitat, dum in *d. novell.* 115. *cap.* 3. §. *vel vitæ* 5. modos omnes insidiarum vitæ struendarum assequi aut enumerare non valens, ait; *si vitæ parentum suorum per venenum, aut alio modo* insidiari tentaverit. Quæ enim, obsecro, manifestior esse potest ad similia extensio, quam quæ ista oratione indefinita *aut alio modo*, est comprehensa? Gomezius *variar. resolut. tom.* 1. *cap.* 11. *num.* 12. 13. Fachineus *controvers. lib.* 6. *cap* 78. Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *cent.* 3. *casu* 267. *num.* 6. Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 5. *quæst.* 26. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Hollan. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 20. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 8. *in med.* vers. *notandum*, seu *num.* 5. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 41. *num.* 2. Et hæc ita, si modo causæ similes aut graviores sint, quibus parentes læduntur: neque enim sufficit ad exhæredationem, quod grave crimen in extraneum commissum sit, dum incestus, dum homicidium, aut aliud simile crimen nefarium fuit perpetratum; cum talibus non exhæredatio, sed aliæ pœnæ legitimæ propositæ inveniantur, Struvius *ad Pand. exercit.* 32. *num.* 33.

25. Inter causas justas numeratur & hæresis *d. novel.* 115. *cap.* 3. §. *si quis de* 14. Sed cum religio flecti magis ac duci persuasionibus, quam pœnarum atrocitate cogi debeat, & nulla odia graviora sint, quam ex diversitate opinionum de sacris nata; prudenter superiori & hoc seculo cautum, non esse odia hæc ad rei familiaris dispendium producenda, adeoque dissensum religionis justam non esse exhæredandi causam, & nullas esse ex eo capite exclusiones a successione, *Pacificat. Gandensis* 8. *Novemb.* 1576. *art.* 22. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *num.* 21. 22. Quod & in Germania receptum; probatis illic simul tribus publicis religionibus, Beroldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 5. *quæst.* 27. Carpzovius *definit. forens. part.* 3. *constit.* 14. *def.* 10. Rittershusius *ad novell. part.* 6. *cap.* 3. *num.* 14. 15. Quin imo constitutum tum ab Hollandiæ, tum a Belgii fœderati Ordinibus, ne parentes Pontificii liberis reformatæ religionis minus relinquant sive institutione, sive legato, sive donatione, quam ei ex liberis Pontificiis, cui maximam dederunt portionem; &, si minus datum, id suppleatur ex bonis parentum inter cohæredes necdum divisis, *placit. Ord. Holland.* 4. *Maji* 1655. *vol.* 1. *pag.* 1592. *Placito Ordin. Generalium* 14. *Octob.* 1655. *vol.* 2. *pag.* 2419. Adde *l. hæretico* 13. *C. de hæreticis*, & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 24. ubi de filiis Judæis & Atheis agit.

26. Causis quoque justis annumeratum, si parenti volenti suæ filiæ vel nepti maritum dare, ac dotem præstare congruam, illa non consenserit, sed luxuriosam degere vitam elegerit, aut nuptias sine parentum consensu contraxerit: non vero, si, cum usque ad vigesimum quintum ætatis annum neglexissent parentes eam viro copulare, ex eo tempore illa vel sine parentum consensu nuptias contraxisset, vel in proprium corpus peccasset, *novell.* 115. *cap.* 3. §. *si alicui* 11. Circa quam tamen causam nunc penes nos id magis observatur, ut, si annis viginti minor, aut generaliter filius & filia ejus ætatis sint, ut necdum sine parentum consensu nuptias recte contrahant, jure exhæredes fiant, si sine parentum consensu nuptias de facto contraxerint, Hugo Grotius *lib.* 2. *manuduct. ad jurisprud. Holl. cap.* 18. *num.* 21. Zypæus *not. jur. Belg. lib.* 5. *pr. tit. de sponsalibus* vers. *possunt hujusmodi*, Groenewegen *ad l. si filiam* 19. *C. h. t.* Brouwer *de jure connubiorum lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 36. Quid penes alios hac in quæstione obtineat, tradunt, conferendi porro Franciscus de Barry *de successionibus lib.* 10. *tit.* 4. *num.* 12. 13. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 325. Mevius *ad jus Lubecens. lib.* 1. *tit.* 4. *art.* 2. *num.* 18. Barbosa *ad l.* 1. *ff. soluto matrimon. part.* 4. *num.* 34. & *seqq.* Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 8. vers. *quaestio*, seu *num.* 6. Fachineus *controvers. lib.* 3. *cap.* 44. Struvius *ad Pand. exercit.* 32. *num.* 34. Majorennes plane liberi, & generaliter omnes illi, quibus sine parentum consensu leges aut mores permiserunt nuptias contrahere (*vide tit. de ritu nupt.*) non censentur justam præbere parentibus exhæredandi causam, si sine eorum consensu nuptias contraxerint, quoties parentes nullam habent justam dissentiendi causam. Neque enim æquum, ut lex permitteret, coerceri liberos ob ea, quæ lege permittente fuerant gesta; nec, quod legitime factum est, pœnam meretur, arg. *l. Gracchus* 4. *C. ad leg. Jul. de adulter. l. ult. ff. quod quisque juris in alterum statuerit*, *l. furti* 6. §. *pactusve* 5. *in fine ff. de his qui not. infam. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat*, Groenewegen *ad d. l.* 19. *C. h. t. num. ult.* Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultrajectin. art.* 24. *num.* 81. & *seqq.* Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 5. *in pr. tit. de sponsalibus*, vers. *non comprehenduntur*. Si tamen post eam ætatem, parentibus invitis, se adeo turpi & ignominiosæ personæ junxerint matrimonii vinculo, ut dedecori sit tam ipsis, quam parentibus, talem

familiæ sociari; jure suo uti quin possint parentes, ac in talem vibrare fulmen exhæredationis, haud putem dubitandum, *l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. *ff. de bonor. poss. contr. tab. novell.* 115. *cap.* 3. §. *si alicui ex* 11. verbis, *marito se, libero tamen conjungere*. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 2. *cap.* 8. *in fine*, Barry *de succession. lib.* 10. *tit.* 4. *num.* 11. Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 2. *defin.* 2. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 95. *num.* 17. & *seqq.* Multoque magis id obtinebit, si puella, aut, quod pejus, si nupta, ætatis cujuscunque luxuriosam ac turpem vitam agat, in proprium corpus peccando: abrogata hactenus dispositione *d. nov.* 115. *cap.* 3. §. 11. & reducto jure Codicis, generaliter ob turpem filiæ vitam parentibus indulgente exhæredandi potestatem: sublata scilicet ratione distinctionis inter minorennes majorennesque filias, propter mutatum filiarum elocandarum ac procandi morem, Groenewegen *ad d. l.* 19. *C. h. t. num.* 4. & 5. Fr. de Barry *de succession. lib.* 10. *tit.* 4 *n.* 11. Brouwer *de jure connub. lib.* 2. *cap* 24. *n.* 34. Neque hic ea tantum in proprium corpus peccasse aut turpiter vivere credenda est, quæ publice in lupanari prostituta eam artem profitetur; ut inepte censet Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 22. sed omnis ea, quæ vel ab uno, sive pretio corrupta, sive prece atque blanditiis turpiter exorata, corrumpi se passa est: si modo manifestæ pollutæ castitatis probationes ex partus editione, uteri gestatione, similibusque, in promptu sint. Per quæ luctum acerbissimum honestis parentibus, familiæ dedecus, ipsis denique peccantibus æternum opprobrium conciliari constat.

27. Quibus autem in casibus ipsos liberos, invitis parentibus ineuntes matrimonium, exhæredari posse obtinuit; ad nepotes tamen ex tali matrimonio (supposito, quod nullum non fuerit) legitime natos licentia exhæredandi haud videtur extendenda, quoties, parente intermedio defuncto, avo superstite, proximum inceperint in jure successionis locum obtinere: cum potius generaliter definiendum sit, ob nullam omnino ingratitudinis causam, a parente intermedio prædefuncto commissam, nepotes exhæredari posse. Iniquum enim judicatum fuit alieno odio alium prægravari, & exhæredationis pœnam subire ex alieno facto eum, qui testatorem nunquam offendit, *l. si quis sua* 33. *in fine C. h. t.* fas quidem esse ex suo admisso sorti ac pœnæ quemque subjici; injustum vero, filium vel extraneum paterni aut alieni criminis constitui successorem, *l. crimen* 26. *ff. de pœnis*, neque minus judicem considerare oportere nepotum ipsorum benemerita, quam filii intermedii crimina, morte ejusdem extincta, *l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. *in fine ff. de bonor. possess. contra tabulas*. Qua etiam de causa rescriptum, nepoti non obfuturum, quo minus ad liberti aviti hæreditatem veniat, quod pater intermedius eundem libertum capitis accusans sese videretur reddidisse indignum successione, *l. divi fratres* 17. *pr.* & §. 1. *ff. de jure patronatus*, Johan. Papon *lib.* 20. *tit.* 1. *arrest.* 6. & *ibi notata*, Ann. Robertus *rer. judicatar. lib.* 2. *cap.* 9. Brunnemannus *ad d. l.* 3. §. 5. *ff. de bonor. possess. contra tabulas*, Charondas *lib.* 7. *respons. cap.* 105. Neque assentiendum Cujacio, qui *lib.* 3. *observat.* 5. in contrariam censuit eundum sententiam, ac jure nepotes ex nuptiis supradictis conceptos exhæredari, motus verbis Ulpiani *in d. l. non tantum* 3. §. *si emancipatus* 5. *ff. de bonor. possess. contra tab.* Cum enim in adeo manifestis refragetur juris rationibus in contrarium jam adductis, ac luculentius per Annæum Robertum *d. loco* firmatis, quin & ipsis Ulpiani fundamentis, in *d. l. Divi fratres* 17. *ff. de jure patronatus* traditis; est prope, ut mihi persuadeam, non sine mendo esse vulgatam *d. l.* 3. §. 5. lectionem, & addendam ei particulam *nec*, adeoque scripsisse Ulpianum: *Nam etsi tam ignominiosam duxerit uxorem filius, ut dedecori sit tam ipsi quam patri, mulierem talem habere, *dicemus, & ex ea natum ad bonorum possessionem avi admitti: cum nec posset avus jure suo uti eumque exhæredare: nec enim minus in hoc nepote is, qui de inofficioso cogniturus est, merita nepotis, quam patris ejus delicta perpendet*. Etenim totus in eo JCtus est, ut definiat, nepotem, ex matrimonio filii emancipati sine consensu patris contracto natum, admitti debere ad possessionem bonorum avi; illudque etiam ad eum producit casum, quo filius ignominiosam duxit invito patre uxorem: contendens, ex tali quoque conjunctione natum ab avita bonorum possessione non debere repelli; addita ratione, quod nec avus jure suo uti possit, quod alioquin ascendentibus datum est de liberis suis ex justa causa exhæredandis, cum nulla hic causa talis inveniatur: licet enim deliquerit filius intermedius, ac sese præbuerit exhæredatione dignum; tamen ob id justam non esse nepotis exhæredationem, sed hunc mediante inofficiosi querela impetraturum aviti testamenti tanquam inofficiosi rescissionem: judicem enim, qui de inofficioso cogniturus est non minus in nepote merita nepotis, quam patris ejus delicta perpensurum; atque adeo necessitate juris contra testamentum judicaturum; eo quod sua quidem cuique merita prodesse debent, nulli vero delicta aliena nocere. Eoque facit *l. emancipatum* 7. §. *ult. ff. de senatoribus*, uti & *l. si ex patronis* 10. §. 1. *l.* 11. *ff. de bonis libertorum*. Quæ omnia pro d. legis emendatione facientia, si cui displiceant, responderi secundo potest, jure quidem veteri inter causas exhæredandi numeratam & eam fuisse, si nepos ex ea nuru natus esset, quæ & marito & socero dedecori erat; sed novellarum jure abrogatum fuisse illud Ulpiani responsum, dum inter justas exhæredationis causas in *nov.* 115. *cap.* 3. hæc recensita non fuit, adeoque visa non digna ad exhæredationem, Fachineus *controv. lib.* 3. *cap.* 44. D. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 1. *sect.* 1. *num.* 4.

28. Ad hæc inter exhæredandi causas occurrit, si filius parentibus *gravem & inhonestam injuriam intulerit*, *novell.* 115. *cap.* 3. §. 2. quod de verbalibus potissimum injuriis, maledictis, atque conviciis atrocioribus, intelligendum existimo; tum, quia generaliter indignus hæreditate judicatur, quisque palam & aperte testatori maledixerit, & infestas voces adversus eum jactaverit, *l. si inimicitiæ* 9. §. 1. *de his, quæ ut indignis*, tum quia reales, veluti manuum violentarum illationes, ac vitae insidiæ, in aliis *d. cap.* 3. partibus inveniuntur enarratae, §. 1. & 5. tum denique quia & alibi impiarum manuum illationem ac contumeliarum ingestionem in

parentes, in eo videmus exaequatam, quod praefectus urbi utramque tanquam delictum ad publicam pertinens pietatem jubeatur vindicare, *l.* 1. *§. si filius* 2. *ff. de obsequiis parent. & patrono praestandis*. Jul. Clarus *recep. sent. §. testamentum quaest.* 41. *n.* 3. Francisc. de Barry *de successionib. lib.* 10. *tit.* 4. *n.* 2. Grassus *recept. sent. §. testamentum quaest.* 42. *n.* 8.

29. Quod si plures testator exhæredationis causas expresserit, & in quarumdam probatione defecerit institutus, ac vel unius tantum veritatem monstraverit, ratum mansurum est testamentum: cum singulæ per se sine aliarum adminiculo perfectæ & sufficientes sint ad faciendam ab hæreditate exclusionem, *novell.* 115. *cap.* 3. *in fin.* Sic enim & tutor, plures habens excusationis causas, si quasdam non probaverit, probata alia, a tutela dimittendus est, §. *qui autem* 16. *Instit. de excus. tutor.* Mich. Grassus *recept. sent. §. testamentum quaest.* 41. *n.* 6. Rittershusius *ad novell. part.* 6. *cap.* 3. *n.* 24. 25.

30. An vero sola ingrati pœnitentia, vivo testatore contingens, faciat cessare exhæredationem, sic ut & quæ jam intercessit vires perdat, & quæ necdum facta, fieri in posterum jure non possit, dubitatum est. Sunt qui pœnitentia omne aboleri ingratitudinis crimen, exhæredationem impediri, aut factam vivo testatore infirmari arbitrantur. Sunt, quibus placet, distinguendum esse, utrum causa ingratitudinis talis sit, quæ testatoris offensam primario respicit, velut atrox injuria, impiæ manus, vitæ insidiæ; an vero ad ipsius ingrati infamiam ac turpitudinem spectet principaliter, dum nimis sese sociavit, aut luxuriosam puella vitam eligendo in suum corpus peccavit. Priore casu sola pœnitentia ingratitudinem haud aboleri; posteriori evanescere vitæ morumque emendatione, Fachineus *controv. lib.* 6. *cap.* 80. Barry *de successionibus lib.* 10. *tit.* 4. *n.* 25. Grassus *recept. sent. §. testamentum quaest.* 42. *num.* 9. 10. Sed vix est, ut aut priorem aut hanc distinguentium sententiam admiseris; &, si certiorem libet rationem sequi, vero propius erit, nullas omnino causas ingratitudinis, adeoque nec ipsum exhæredandi jus, sola ingrati pœnitentia tolli; tum quia omnes una serie recensentur promiscue & sibi invicem permixtæ tam quæ ad testatoris offensam quam quæ ad ingrati infamiam primario pertinent; tum quia nonnullæ æque testatoris læsionem atque exhæredati fœditatem continent, dum sese filius novercæ miscuit aut patris concubinæ; tum denique, quia illata injuria pœnitentia sola non aboletur, neque pœna evitatur, neque quisquam in gravioribus pœnitendo nocens esse desinit, arg. *l. pen. ff. de vi bonor. rapt. l. qui ea mente* 65. *ff. de furtis*, *l.* 1. §. *si rem* 25. *ff. depositi*, *l. quis sit fugitivus* 17. §. *Cælius* 1. *ff. de ædilit. edict.* Nihil in contrarium faciente eo, quod leges subinde ex pœnitentia remissionem pœnæ concedant, *l. item* 14. §. *si quis* 1. *ff. quod metus causa*, *l. quamvis* 11. *ff. de in jus vocand. l. hoc edicto* 5. *ff. de publican. & vectigal.* cum in d. ll. sint tantum casus singulares, excepti ab illa regula, qua nemo ex pœnitentia dicebatur desinere nocens esse, præsertim in gravioribus, uti notat Gothofredus *ad d. l.* 65. *ff. de furtis*, & in jus vocatio parentis sine venia, non tam atrox visa fuerit injuria esse, ut inter causas exhæredationis numeraretur. Sed nec patrocinium adversæ sententiæ præbet, quod mulieres scenicæ, si derelicta mala & inhonesta conversatione, commodiorem vitam amplexæ fuerint, honestatique sese dederint, nulla amplius macula deinde laborent, neque distent ab illis, quæ nunquam infamiæ nota fuerint aspersæ, *l. Imperialis* 23. §. *itaque* 1. *C. de nuptiis*. Non enim ex ea lege per vitam emendatiorem ipso jure evitabant infamiam, sed magis id unum iis ex inhonestæ vitæ professione deposita fuit quæsitum, ut imperiali rescripto impetrare possent natalium famæque restitutionem, *d. l.* Atque adeo fatendum, in id hortandos esse post reditum ad meliorem mentem vitamque parentes, ut pietate in liberos resipiscentes, non juris rigore, & acerbitate utantur, desinantque ad animum revocare sive injurias sive dedecora sibi familiæque per morum filialium turpitudinem procurata, ac memores sint illius, quod apud Senecam est *lib.* 1. *de clementia cap.* 14. *patrem*, *nisi magna & multa injuria patientiam vicerint*, *nisi plus sit quod timet*, *quam quod damnat*, *non accedere ad decretorium stylum*. Cui tamen, si se inexorabilem severumque præstare cupiat, non deneganda foret juris sui exercendi & dedecoris per exhæredationem vindicandi potestas. Neque intererit, utrum ante pœnitentiam exhæredatio jam facta sit, an post eam sequatur; cum ab incerto casu conditi vel non conditi testamenti pendere non debeat ingratitudinis coercendæ facultas, ac condita quocunque tempore suprema voluntas, simulque exhæredatio, morte demum testatoris firmitatem acquirat. Perezius *ad tit. C. de liberis præteritis n. ult.* Ant. Matthæus *de successión. disput.* 5. *th.* 17. adde Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 4. *tit. ult. n. ult.*

31. Aliud dicendum, si ultra simplices pœnitentiæ fines expressa, vel ex evidentibus indiciis præsumta, intercesserit conciliatio: tunc enim cessare debere hæreditatis adimendæ voluntatem, cessante ac extincta jam ademtionis causa, vel inde collegeris quod legatum, per intervenientes inimicitias capitales vitiatum, reconciliatione postmodum subsecuta redintegretur, *l. quod si iterum* 4. *ff. de adim. vel transferend. legatis*: & extincta censeatur injuriarum actio, quoties injuriam passus in gratiam cum eo, qui fecerat, redierit §. *ult. Instit. de injuriis*, *l. non solum* 11. §. *injuriarum* 1. *ff. de injuriis*, nec denique severior domini contra servos dispositio, testamento comprehensa, effectum sortiri debeat, si dominus offensam istam clementia flexerit; licet expressa non fuerit interposita mutatio voluntatis, *l. in ipsius* 5. *C. famil. ercisc.* Quibus non obest, quod non obstante adrogationis interventu exhæredationis factæ effectus perduret, *l. filio, quem* 23. *ff. de liberis & posthumis.* Non enim ex adrogatione protinus recte collegeris offensæ prioris remissionem; cum ea aliis de causis, veluti conditionis implendæ gratia, interponi possit. Minus obest, sic futurum esse, ut causa testati redigatur ad causam intestati, ac testator sic videatur elegisse viam ad impugnandum suum testamentum; quo fundamento motus in contrarium Menochius *de præsumption. lib.* 3. *casu* 30. *n.* 3. *& seqq.* Non enim absurdum est, causam intestati reduci, quoties apparet, inofficiosam esse dispositionem: uti in casu

tis rebus jure cautum esse jam vulgo notum. Neostadius *tract. de pactis antenupt. observat.* 1. *in not.* & *observ.* 2. *in not.* & *observ.* 3. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 3. 4. 5. Christ. Rodenburch *tract. de jure conjug. in prælimin. de statut. divers. tit.* 3. *cap.* 2. *n.* 4. 5. *pag.* 132. & *seqq.* Abr. a Wesel *de connub. bonorum societ. tract.* 2. *cap.* 5. *n.* 28. 29. 30. Resp. JCtor. Holland. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 4. & *d. par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 339. (*revera*) 239. *n.* 1. & *par.* 4. *consil.* 4. Paulus Voet *ad* §. 1. *Inst. h. t. n.* 5. Si tamen ita pactis dotalibus ordinem succedendi definitum appareat, ut simul fideicommisso gravata sit liberorum portio, dum vel alienatio prohibita, vel designati tabula dotali hæredes ulteriore sunt onerati restitutione, haud dubium quin ex juris canonici memorata superius dispositione locum habitura sit legitimæ simul ac Trebellianicæ detractio; non ut parenti superstiti crederet, quippe sua voluntate ab omni jure successionis intestatæ liberorum excluso; sed magis illis, qui tabulis dotalibus designati liberorum successores, ulteriori restitutione gravati sunt, Groenewegen ad *Grotium manuduct. d. lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 3. Rodenburch *d. tit.* 3. *cap.* 2. *n.* 5. *in fine*, faciunt huc quæ habet Neostadius *de pactis dotal. observ.* 3. *in notis*, & Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 29. *n.* 6.

41. Quod si liberi secundum potestatem sibi competentem, non attenta successorum designatione per parentes tabulis dotalibus concepta, testamentum de suis bonis condendum censuerint, verius est, parentis superstitis rationem habendam esse, sicut, eodem præterito, querela non videretur deneganda. Cum enim testamento facto vis omnis eorum, quæ dotalibus cauta instrumentis, evanescat; neque jam hæreditas ex parentum voluntate deferatur, sed testamentaria potius liberorum ipsorum dispositione, non potest non inofficiosa illa dici, in qua præteriti inveniuntur a liberis, quos & pietatis & commiserationis ratio jubebat vocari, *l. nam etsi* 15. *ff. h. t.* Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 5. *num.* 31. 32. 33. post Crivellum *decis.* 53. *num.* 45. 46. Stockmans *Cur. Brabant. decis.* 22. *licet ex parte diffidentem*. Neque interest, an liberi alios, quam qui tabulis dotalibus expressi fuerant, instituerint, an eosdem partibus iisdem iisdemque modis. Nam cum omni in casu non vi pacti, sed testamenti filialis, hæreditatem deferri manifestum sit, neque filius parentum paciscentium beneficio, sed propriæ liberalitati, hæreditatem per institutos accepto ferri voluerit; inficias ire nullus poterit, quin ea ratione pater non vi pacti aut propriæ renuntiationis, sed filii sui judicio, & ita contra pietatis officia sibi a filio debita, exclusus sit. Neque novum adeo atque insuetum, ut hominis dispositio eandem inducens læsionem quam vel lex vel voluntas alterius intulerat, eodem tamen jure haud æstimetur. Sic enim & jure civili, cum filii hæreditas vi substitutionis pupillaris a patre factæ extraneis jure deferretur, exclusa pupilli matre, ac ne ad querelam quidem admittenda, quia non filius ipse excluserat, sed pater: *l. Papinianus* 8. §. *sed nec impuberis* 5. *ff. h. t.* tamen omnino admittenda mater erat, si a filio jam pubere facto ac testamentum condente fuisset præterita, licet is eosdem nunc sibi scripsisset hæredes, quos pupillari pater designaverat substitutione. Nec minus in Hollandia ad secunda vota transiens, si tabulis dotalibus in præjudicium liberorum primi matrimonii communionem bonorum cum conjuge pacisci voluerit, & ita sua voluntate liberis iisdem nocere, nihil agit, dispositioni legis *hac edictali* subjiciendus; qui si commodum idem ex communione voluisset conjugi acquiri ex vi statuti, omissa omni dotalium pactorum solemnitate, habitus non fuisset in liberos injurius; nullo quippe facto proprio adversus eos inducens læsionem, Abr. a Wesel *de connubial. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 5. *num.* 34. 35. 36. D. Joh. a Someren *tract. de repræsentatione cap.* 6. *num.* 24. Neque hisce, quæ de testamentaria liberorum dispositione, ac non negligendo in ea parente superstite dicta sunt, repugnat, quod, si maxime superstiti præterito querela daretur, nihil ipsi ea profutura esset, dum per inofficiosi accusationem ipse causam quidem testati redigeret ad causam intestati, sed sua victoria prodesset illis, qui deficiente testamento tanquam successores ab intestato fuerant dotali conventione parentum electi, non vero sibi, utpote per renunciationem ab intestati successione excluso. Falsum enim, parentem superstitem vi renunciationis in casu testamenti conditi a successione intestati exclusum videri; nam cum secundum ante dicta liberi, ultimum condentes elogium, noluerint, suam hæreditatem pactis, sed magis testamento, deferri, atque adeo enervaverint pactorum vim, iniquum esset, ex illis pactis renunciationem continentibus, & voluntate liberorum subsecuta infirmatis, sustineri testamentum illud ipsum, quod ea irrita reddidit & infirmata. Veriusque est, per intentatam inofficiosi infirmationem redire non pactitiæ sed legitimæ successionis jus, parentibus superstitibus ita deferens hæreditatem, quasi nunquam renunciatio aut pactum dotale intercessisset.

42. Quod si parentes statuto exclusos concipias a liberorum suorum successione ab intestato, uti id alterutro parente præmortuo obtinet in iis Hollandiæ partibus, quæ jure Scabinico utuntur; si liberos a successione parentum, uti multis in regionibus in filiabus id constitutum; si denique fratres a fratrum successione legitima remotos ponas; non dubitandum videtur, quin his omnibus in parentum aut liberorum fratrumve testamento præteritis querela in totum sit deneganda, sive institutos ponamus eosdem, quos & statutum vocabat ad successionem intestatorum, sive alios remotiores vel etiam prorsus extraneos nullo sanguinis nexu conjunctos. Cum enim jam monitum sit, ac in seqq. plenius explicandum, legitimam esse partem portionis ab intestato debitæ, atque adeo omnem suam relationem habeat ad intestatæ successionis jura, optima sane ratione traditum existimo a juris interpretibus, legitimam nunquam illis esse debitam quibus delatum non est a lege vel statuto successionis ab intestato percipiendæ jus, Barbosa *in collectan. Cod. ad l.* 8. *C. h. t. de inoff. testam. num.* 8. Tyraquellus *de jure primogenituræ quæst.* 55. *num.* 9. & *seqq.* Berlichius *concl. pract. partic.* 2. *concl.* 16. *num.* 47. Jacobus Coren *observat.* 10. *num.* 24. & *seqq. ad num.* 33. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *C.* 18. *n.* 22. Respons. JCtor. Holl.

part. 3. vol. 1. consil. 90. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 5. Et, si rem omnem penitus ad examen revocare libuerit, apparebit, frustra hos omnes futuros esse, licet maxime intentata querela depulissent ab hæreditate eos qui fuerant testamento vocati: nam & qui prolixissime extendunt querelæ effectum (de quo nos antea in quæstione, an & fratres uterini aliique similes post rescissionem admittantur) in id consentiunt, testati causam ad summum sic reduci ad causam intestati, quasi nullum ab initio compositum fuisset a defuncto testamentum. Quo ipso posito, cum lex eis nullam deferat successionem, obtineret quod ab Ulpiano traditum, puta, *si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit, & casu* (non jure) *obtinuerit, non ei prosit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem, nam intestatum patremfamilias facit*, *l. posthumus* 6. §. *si quis t. b. t.* Nec est quod quempiam turbet, quod in casu exclusionis parentum, per pacta dotalia factæ, paulo ante parentem superstitem ad querelam statuimus admittendum, quoties liberi testamento conditum eum præteriissent, licet institutis iisdem, quos antenuptialis designaverat conventio; cum utique multum inter hæc duo intersit. Quoties enim pacto definitus est successionis ordo, exclusis parentibus ipsis paciscentibus & ita juri suo renunciantibus, supponitur, sine pactis illis legitimam parentibus in bona liberorum successionem non fuisse denegatam. At nostro in casu contra sese res habet; cum de illis quæratur hic, qui lege vel statuto ad successionem ab intestato non sunt vocati. Illo ergo in casu cum redeat per inofficiosi querelam non illa pactitia, sed legitima succedendi ratio, & intestatus reddatur testator, prodesse sibi potuerunt, quotquot a jure successionis ab intestato non fuerant per leges moresque repulsi. Nostra vero in quæstione monstratum abunde, non posse eum, qui ab intestato non succedit, sibi per intentatam inofficiosi accusationem prodesse, sed tantum aliis lege vocatis. Ut proinde satius fuerit, repelli in universum a querela hos omnes, velut nulla exhæredationis injuria affectos, neque legitima spoliatos successione. Dissentit Stockmans *Curiæ Braban. decis.* 22.

43. Evanescit præterea querelæ movendæ jus, si mortuus fuerit, qui exhæredatus erat, cum querela necdum esset præparata; quippe quæ tunc ad hæredes non transmittitur, *l. posthumus* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. b. t.* Licet enim petitio hæreditatis ad hæredes procul dubio transmittatur, tamen in querela contrarium placuit; non alia (ut opinor) de causa, quam quia exhæredatus hic agit propter injuriam exhæredatione illatam ac testamento inductam, *l. non est* 4. *l. Papinianus* 8. *ff. b. t.*; injuriarum autem actio hæredi non datur, §. 1. *Inst. de perpet. & temp. act.* Ut tamen ad exhæredatorum liberos etiam non præparata jure novo transmittatur, *l. si quis filium* 34. *l. pen. in fine, C. b. t.* in quo differt ab actione ad supplementum, quæ etiam non præparata ad hæredes extraneos transit, Neostadius *Cur. supr. decis.* 99. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 24. *num.* 25. 26. *& cap.* 18. *num.* 26. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 4. *n.* 34. Præparasse vero querelam censetur, non tantum qui inofficiosi accusationem jam in judicium plena litis contestatione deduxit, sed & qui comminatus tantum fuit accusationem, vel usque ad denunciationem vel libelli dationem processit, *d. l. posthumus* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. b. t.* Quod si instituto deliberante exheredatus decesserit, præparata videri non potest querela, *d. l. si quis filium* 34. *& l. pen. in fin. C. b. t.*

44. Denegata insuper querela est, si legitima relicta fuerit, quæ est portio portionis ab intestato debitæ, *l. cum quæritur* 6. *C. b. t. l. Papinianus* 8. §. *quoniam* 8. *ff. b. t.* §. *ult. Inst. b. t.* ac magis bonorum quam hæreditatis pars; non modo, quia sic in jure appellatur, *l. cum quæritur* 6. *C. b. t.* sed & quia non ante ineunda est legitimæ ratio, aut præstatio facienda, quam si deductum fuerit æs alienum ac funeris impensæ, *d. l. Papinianus* 8. §. *quarta autem* 9 *ff. b. t.* quo facto, non hæreditatis sed bonorum denominatio superest: bona quippe proprie non sunt, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. sign. l. mulier bona* 72. *ff. de jure dot. l. ea demum* 6. *C. de collation.* ac in eo bona distant ab hæreditate, quæ & æris alieni onus includit, ac damnosa hæredi esse potest; cum ex adverso bona, a beando dicta, damnosa non sint, *l. bonorum* 49. *ff. de verb. signif.* Ne dicam, jure veteri legitimam non solo institutionis, sed & legati & fideicommissi & mortis causa donationis alioque titulo potuisse relinqui, *d.* §. *ult. Inst. b. t.* qui quantum a titulo hæredis distent, eumque excludant, nec legitimam sinant hæreditatis partem esse, expositione nulla opus est. Quibus adde, nullum posse a testatore gravamen imponi legitimæ; gravamen autem non leve esset, si filius in sola institutus legitima, eandem percipiens, impediretur vindicare pro parte res suas a patre defuncto nullo jure distractas, & cogeretur ultra legitimæ ipsius vires agnoscere æris alieni molem; de quibus mox latius. Nec denique dubium, quin legitimæ supplementum petens, actione personali, puta, condictione ex lege agat; qui tamen petitione hæreditatis debuisset experiri, si pro portione legitima fuisset re ipsa hæres, And. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 126. *num.* 2. 3. 4. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 3. *def.* 18. *n.* 2. Nec hisce repugnat, quod & quartam falcidiam ex legatis non ante institutus iisdem gravatus percipiat, quam deducto prius ære alieno aliisque, ac nihilominus ut hæres considerandus sit, §. *ult. Inst. de lege Falcid.* Neque enim talis ex eo hæres est, quod quartam falcidiam, & ita quartam bonorum ex hæreditate percipiat; sed magis quartam percipit ac deducit ideo, quia hæres est, quod ipsi datum, ne alioquin ob exiguum vel nullum lucrum repudiaret delatam hæreditatem legatis exhaustam: atque adeo ante omnem falcidiæ deductionem, & extra omnem ejus considerationem, jam ex institutione & aditione subsecuta hæres erat. Minus adversatur, quod quartam hanc legitimam aliquando *hæreditatis partem* appellatam invenias, §. *sed hæc ita* 3. *Instit. b. t.* Cum non alia de causa id factum videatur, quam quia titulo etiam institutionis relinqui poterat; adeoque titulo tenus tunc erat pars hæreditatis, nequaquam re ipsa & juris effectu, ne alioquin inde illa proflueret absurditas,

quod ex filiis pluribus eodem successionis jure gaudentibus, eadem portione legitima honorandis atque honoratis, alius ad æs alienum ultra vires patrimonii adstringeretur, alius non item, dum uni legitima institutionis, alteri legati jure fuisset delata. Et licet jure novo legitima solo institutionis titulo relinqui Justinianus sanciverit, *nov.* 115. *c.* 3. *in pr.* nihilo tamen magis propterea vi & effectu pro hæredibus habendi: cum neque veteris juris dispositio, secundum quam ex legitima instituti non considerabantur tanquam hæredes, mutata sit; neque ipsa juris novi ratio talem interpretationem admittat. Quod enim Justinianus solo institutionis, non item legati titulo, legitimam relinqui jussit, id in liberorum favorem sic cautum fuisse in confesso est, *nov.* 115. *cap. hac autem* 5. Si vero ex hæredis titulo etiam re ipsa hæredes censerentur, eveniret ut in ipsorum utilitatem inventa torquerentur in dispendium; contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus l. nulla juris ratio* 25. *ff. eod. tit. de legibus*. Nec leviter hæc ex eo firmantur, quod, licet jure novo desideretur institutionis honoratior titulus, sufficiat tamen, vel in certis rebus institutione factam esse, *d. nov.* 115. *cap.* 5. quo casu, quin institutus legatarii loco habendus sit nequaquam dubium, *l. quotiens* 13. *C. de hared. instituend.* Non denique sententiæ nostræ obest, quod in legitima institutus cogi possit adire hæreditatem & ex Senatus consulto Trebellianico restituere, *l. ita tamen* 27. *§. si patronus* 13. *ff. ad Senatusc. Trebell.* ad quam aditionem solus hæres, non is, qui legatarius est aut ejus loco habetur, adigendus est. Respondeo namque, erroneum esse, quod in sola institutus legitima, alio cohærede existente, ad adeundum & restituendum constringi possit; cum utique nullum legitimæ gravamen aut restitutionis onus imponi posse, principia nos doceant; ut proinde nihil eo casu esse, quod per rogatum restitueretur. Neque id voluit *d. l.* 27. §. 13. quippe in qua non alia concipi potest facti species commoda, quam hæc, quod patronus ex asse ab initio institutus, rogatus fuerit, retenta legitima, reliquam restituere liberti sui hæreditatem, quo ipso quantum effectum non nisi ex debita parte institutus videbitur: nam si præter legitimam ipsi nihil initio inspecto obvenisset ex hæreditate, nihil esset, quod ex fideicommisso veniret restituendum. Suadetque hunc sensum connexio *§. sequentis* 14. in quo proponitur hæres itidem institutus præceptis quibusdam rebus restituere rogatus, uti in §. 13. præcepta legitima.

45. Consistit vero controversiæ hujus utilitas inter alia in eo quoque, quod, si legitimam hæreditatis partem esse velimus, eos, qui legitimam petierint, tanquam hæredes; ad alienum pro portione sua obstrictos esse statuamus, ubi apparuerit, æris alieni mole superari patrimonii vires: contra vero, eosdem non teneri, si ultra vires patrimonii æs alienum excurrat, sed liberari restituendo id quod legitimæ nomine consecuti fuerant; quasi bonis non apparentibus nec legitima, tanquam bonorum portio, & ad bona relationem habens, concipi potuerit, arg. *l. mulier bona* 72. *ff. de jure dot.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 3. Sed & secundo utilitas in eo est, quod filius in sola institutus legitima, suum fundum a patre alienatum vindicare in totum possit; cum alioquin, si eum vere hæredem esse velimus, pro ea parte, qua hæres est, vindicare non posset, sed defuncti factum hactenus teneretur præstare, arg. *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindicat.* Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *num.* 79. 80. Grassus *recept. sent.* §. *hæreditas quæst.* 12. *num.* 25. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 33. *num.* 3. Barry *de successionib. lib.* 11. *tit.* 9. *num.* 14. Ant. Matthæus *de success. disput.* 16. *num.* 20.

46. Legitimæ quantitatem quod spectat, olim eam constituebat pars quarta portionis ab intestato debitæ; at jure novo triens, si quatuor fuerint liberi vel pauciores; semis, si plures quam quatuor, *nov.* 18. *cap.* 1. Quod augmentum in ascendentibus quoque locum habere, frequentius receptum est; eo quod hisce æque, ac liberi, non certis tantum casibus, sed regulariter querela tributa est. Non tamen in fratribus, quippe quibus leges regulariter legitimam non concesserunt, sed tantum in casu singulari, & in odium personæ turpis iisdem per fratrem prælatæ; cum tamen in *d. nov.* 18. *cap.* 1. *in fine* constitutum sit, augmentum illud in omnibus personis observandum esse, *in quibus ab initio antiqua quartæ ratio de inofficioso lege decreta est*, adeoque quibus leges ob propria merita & propriam sanguinis conjunctionem antiquitus quartam dederant; non, quibus odium magis alienum profuit ex accidenti; licet de fratribus plures dissentiant. Vide Fachineum *lib.* 4. *controvers. cap.* 28. Berlichium *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 12. *num.* 42. *& seqq.* ubi plures congessit Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *num.* 12. 13.

47. Quod si circa legitimæ quantitatem statuta varient, uti peculiariter Ziriczeæ in Zelandia fertur bes liberis pro legitima assignatus; in immobilibus quidem servandæ leges loci, in quo res unaquæque immobilis sita est: in mobilibus vero jus domicilii testatoris; ita uti in successionis intestatæ delatione id obtinere, alibi dictum; eo quod legitima omnem suam relationem habet ad intestati successionem, Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 181. *quæst.* 3. *pag.* 548. Quibus consequens est, ut, si parentes non ex asse, sed in partem cum fratribus aliisque succedant suo filio prædefuncto, etiam in bonis tali lege regundis non nisi trientem ejus, quod ab intestato iis obvenisset, legitimæ jure possint percipere. Cum ergo in bonis Hollandicis, ea parte sitis, quæ jure Aesdomico censetur, filio improli succedat parens superstes ex semisse, fratres vero ex altero semisse, legitima parentum non triens sed sextans erit, seu tertia pars dimidiatæ ab intestato deferendæ. Quod quidem minus dubium, si fratres instituti fuerint, sed si præteritis fratribus extranei nulla turpitudinis macula laborantes vocati sint, idem quidem obtinere pluribus visum est, Respons. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 23. & *part.* 2. *consil.* 115. & *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 90. & 169. & plures allegati apud Berlichium *part.* 3. *conclus.* 12. *num.* 47. sed cum in casu, quo extranei sunt institutis fratres præteriti, & superstes parens ad legitimam vocatus est, fratres neque ab intestato succedere neque querela partem ullam avocare possint, exclusi propter testamentum jure conditum, & nullo inofficiosi vitio laborans; & in sequentibus ple-

nius tradendum sit; æquum non esse, ut partem facerent, qui partem non capiunt; non omnino erraverit, qui superstiti parenti in tali casu totius hæreditatis trientem pro legitima censuerit adjudicandum esse, uti id multorum auctoritate confirmat Berlichius *d. part.* 3. *conclus.* 12. *num.* 51. 52. Peregrinus de *fideicommissis art.* 38. *num.* 13.

48. De nepotum legitima in bonis avi, dum pater intermedius e vivis excessit, quanquam jure veteri res satis expedita sit, juxta *l. Papinianus* 8. §. *quoniam autem* 8. *in fine ff. h. t.* ex quo tamen variis cœpit esse legitimæ quantitas pro numero liberorum, intricatissima nunc quæstio est. Quæ ut commodius terminetur, in antecessum id observandum, nepotes, sive soli existant, sive cum suis patruis ad successionem avi defuncti vocentur, non suo ex capite sed jure repræsentationis admitti; quasi pater intermedius avo, hi suo patri successissent, tantum scilicet percepturi ab intestato, quantum pater si vixisset; adeo ut primo in tot partes dividenda veniat avita hæreditas, quot filii aut naturaliter supersunt, aut juris factione in nepotibus vel pronepotibus, defunctos repræsentantibus, finguntur superesse; tum dein filii cujusque prædefuncti portio inter nepotes ex unoquoque genitos iterato distribuatur; & si nepotes præmortuos concipiamus pronepotibus superstitibus, inter pronepotes similis subdividendi ratio observetur, §. *cum filius* 6. §. *ult. Inst. de hæredit. quæ ab intestato placit. Ord. Holl.* 1. *Aprilis* 1580. *art.* 20. & 18. *Decemb.* 1599. *art.* 1. Quo posito, singulatim diversi casus veniunt considerandi; aut enim avum mortuum concipimus, relictis nepotibus ex diversis filiis prædefunctis, vel etiam ex filio uno prædefuncto, sed superstitibus adhuc aliis ejusdem avi filiis: aut contra, eundem decessisse fingimus, relictis tantum ex unico filio prædefuncto nepotibus, dum nulli alii erant defuncto avo filii superstites, aut ex aliis præmortuis filiis nepotes. Priore casu pro filiorum superstitum, & per nepotes repræsentatorum numero vel triens vel semis nepotibus, ex uno filiorum præmortuorum natis legitimæ nomine videtur assignandus; atque adeo si sex ponas filios partim relictis ex se liberis defunctos, uti hæreditas ab intestato delata in sex partes fuisset dividenda, sic ut singulis filiis, aut defunctorum stirpi sextans cederet, ita singulis filiis legitimæ nomine semissem istius sextantis competiturum, constat. Et quia nepotes ex unoquoque filio nati, ex avita hereditate tantum capere debebant, quantum pater eorum, si vixisset, etiam ex capite ejus semissem sextantis eosdem percipere ratio dictat. Cum enim legitima relationem habeat ad jus successionis ab intestato, sequitur eos, qui ex capite patris æstimantur & veniunt ad successionem ab intestato, etiam ex ejus capite æstimari debere in determinanda quantitate legitimæ, tanquam portionis ex debita ab intestato portione deducendæ. Ut proinde hic nihil intersit, an duo vel tres vel sex ex uno filio prædefuncto, & sextam hæreditatis paternæ partem jure intestati ablaturo si vixisset, nepotes supersint. quippe quæ distinctio tum demum inveniret locum, cum a proprio patre fuissent in legitima instituti: neutiquam vero, quoties non ex suo capite tanquam tres aut quinque aut sex, sed tanquam unica tantum persona, parentem suum defunctum intermedium repræsentantes, ab avo in legitima instituti sunt, arg. *l. Papinianus* 8. §. *quoniam* 8. *in fin. ff. h. t.* Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *num.* 39. Francisc. de Barry *de successionibus lib.* 15. *tit.* 2. *num.* 1. Si tamen non omnes ex uno filiorum prædefuncto nepotes in legitima instituere velit avus; sed forte unum tantum; virilem ei pro numero nepotum assignando partem ex legitima, toti isti stirpi debita, defungi potest; adeoque si ex uno ex sex filiis nepotes duos ponas superstites, uti stirpi toti uncia una suffecisset pro legitima, ita semuncia sufficiet uni nepoti in legitima sola per avum instituendo. Posteriorem casum quod attinet, quando ex unico tantum filio prædefuncto nepotes supersunt; cum nullis patruis, aut patruorum liberis concursuri, sed soli hæreditatem jure intestati ex asse inter se divisuri, frequentius quidem placuisse videtur interpretibus legitimam nepotum semissem fore, si quaternarium nepotes ex unico prædefuncto nati numerum superent: sin quatuor tantum aut pauciores existant, trientis assignationem ab avo factam pro legitima sufficere, Francisc. de Barry *de successionibus lib.* 16. *tit.* 2. *num.* 1. Peregrinus *d. loco*. Sed cum horum sententia falso laboret fundamento, quasi ex unico filio prædefuncto nepotes haud succederent jure repræsentationis tanquam subintrantes in parentis prædefuncti locum; rectius dixerimus, iis, quotquot numero fuerint, sive duo, sive quinque pluresve, trientem legitimæ nomine deberi, eo quod & pater eorum, quem repræsentant, tanquam unicus, trientem tantum potuisset percipere. Ne dicam, absurdum esse, quod avus, qui proximiori filio trientem dando potuisset defungi, & de reliqua hæreditate suo disponere arbitratu, ob intervenientem intermedii filii mortem cogeretur majorem relinquere portionem illis, qui defunctum repræsentant, aut (si maxime largiremur eos non repræsentare) saltem a defuncto, ac per trientis assignationem dimittendo si supervixisset, fuissent exclusi, tanquam gradu remotiores, & jure instructi debiliore, Responsa JCtorum Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 157. Cui consequens est, ut, si non omnes, sed unum tantum ex pluribus nepotem avus in legitima instituere desideret, ei virilem, pro numero nepotum, portionem trientis teneatur assignare. Neque hisce obstat, quod tali in casu, quo ex unico filio nepotes succedunt, opus non sit ullo jure repræsentationis, eo quod æqualem singuli nepotes seu virilem tunc partem capiunt. Nam & si tribus filiis prædefunctis tres nepotes unicos sui patris filios successuros concipias, virilem procul dubio avitæ hæreditatis partem laturi sunt, atque adeo in hisce quoque necessaria non posset videri repræsentatio, dum idem habituri sunt, sive in capita sive stirpes hæreditas divisa sit. Sed non ita est: licet enim tunc repræsentationis nullus sit usus, quantum ad partium hæreditariarum distributionem; collationis tamen intuitu repræsentatio necessaria visa fuit; ut nempe nepos quisque conferat in medium, quod pater intermedius, si vixisset, debuisset conferre; *de quibus tit. de collationibus*. Atque ita quoque non absimili modo, licet in unici filii nepotibus repræsentatio supervacanea sit quantum ad dividendam inter eos avitam hæreditatem attinet, utilis tamen est ac rationem

habet, quatenus de majore aut minore legitimæ portione assignanda disceptatur. Plane, si loci alicujus statuta manifesto dictent, nepotes solos existentes sive ex uno sive ex pluribus filiis prædefunctis pari vel impari numero natos (veluti ex uno unum, ex altero tres) avo non jure repræsentationis, sed in capita succedere, non dubium, quin eo casu, non ex filiorum, sed magis nepotum numero, legitimæ quantitas definienda sit. Quale successionis jus in capita novissime stabilitum in tetrarchia Neomagiensi, *Gereformeerde Landrecht van Nymegen tit.* 23. *art.* 3. 4. 5.

49. An autem numerum liberorum augeant, qui vel statuto exclusi sunt a successione, vel exheredati, vel querelæ renunciarunt, varia sentiunt interpretes, quorum opiniones vide apud Grassum *de successionibus* §. *legitima quæst.* 7. Hartmanum Pistorem *lib.* 4. *quæst.* 8. ubi plures allegat, Fachineum *controvers. lib.* 4. *cap.* 31. Peregrinum *de fideicommissis art.* 38. Francisc. de Barry *de successionib. lib.* 16. *tit.* 2. *num.* 5. *& seqq.* Berlichium *conclus. pract. part.* 3. *conclus.* 12. *n.* 7. *& multis seqq.* Carpzovium *defin. forens. part.* 3. *const.* 10. *def.* 12. 13. 14. 15. Guidonem Papæ *decis.* 295. Zoesium *ad pand. h. t. num.* 87. *& seqq.* Sed ut distinctius universa capiantur, duplicis omnino quæstionis plenior esse consideratio debet. Aut enim disputatur, an tales exhæredati vel renunciantes vel statuto exclusi numerum faciant ad id, ut legitima reliquorum major esset; an vero ad id ut minor sit reliquorum legitima. Prioris quæstionis species est, quando pater quinque relinquens filios, tres quatuorve in legitima instituit, dum quintus exhæredatione vel statuto vel renunciatione exclusus est. Hic si quintus numerum liberorum augeat, legitima singulorum non triens, sed semis erit portionis ab intestato debitæ: sin contra ceteris liberis ille haud computetur, legitima trientem tantum portionis ab intestato deferendæ constituet. Non computari vero ad hunc effectum juste exhæredatos aut statuto vel renunciatione exclusos verius est, quoties statutum eos ab universa exclusit hæreditate, aut renunciatio generaliter & non in certæ personæ favorem facta est, & ita quidem, ut neque dos neque aliud simile renuncianti aut alteri, in cujus favorem renunciavit, aut per statutum excluso, cesserit: tunc enim, in quantum nihil ex hæreditate capit aut diminuit exhæredatus, merito mortuis annumerandus est, *l.* 1. §. *sed & si* 5. *ff de conj. cum emancipato liberis*, neque novum: ut moriens relictis liberis, sed juste exheredatis, eo jure censeatur, quo illi, qui liberos tales non reliquerant, §. *sed nostra* 5. vers. *sin autem Institut. de successione liberorum*, & quia augmentum legitimæ, ut nempe semis esset in casu liberorum plurium quam quatuor, inductum fuit, ne paupertate nimium premerentur liberi post patris obitum, qui eo vivente fuerant idonee exhibiti, si quadrante vel triente juberentur contenti esse, *novell.* 18. *præfat in fin.* consequens erat, ut excluso penitus quinto cessare dicamus semissis dati rationem, dum soli quatuor reliqui ad hæreditatem ita veniunt, ac si quintus nunquam in rerum natura fuisset, accrescente reliquis quatuor liberis istius quinti portione, ut plenius in sequentibus dicendum est. Quod si non simpliciter, sed dote demum accepta renunciatio intercesserit, aut statutaria sit facta exclusio, rectius eo casu statuetur, ipsum quoque exclusum ceteris connumerari, adeo ut, si ipse quintus sit, legitima reliquorum semissem potius quam trientem complectatur: locum habente tunc ratione illa superius allegata, ob quam Justinianus eo usque legitimam voluit augendam, & æquitate suadente, ut, qui dotis aut alterius deductione paternum minuisset patrimonium, prodesset quoque reliquis ad augendam prolis numerosioris intuitu inductam legitimæ quantitatem. Neque hic audiendus Fachineus, aliique nonnulli supra memorati, putantes filiam quidem statuto exclusam, sed dotandam, aut jam dotatam, numerum facere ad id, ut reliquorum legitima semis sit; eam autem, quæ dote accepta ulteriori renunciavit successioni (juxta *cap. quamvis* 2. *de pactis in* 6.) numerum non facere ad legitimæ augmentum. Quid obsecro, interest, statuto, an renunciatione exclusa filia dotem capiat, cum utroque in casu æque contingat patrimonii paterni diminutio ex præstita vel præstanda dote; eoque contingat minorem esse reliquorum singulorum debitam ab intestato portionem. Quod & tanto magis admittendum, cum consideratur, ab ipsis dissentientibus asseri, dotem talem velut legitimam filiæ, aut saltem loco & vice legitimæ, habendam esse. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 91. Similiter eum quoque, qui sive vivo patre, sive post mortem ejus, nullo accepto renunciavit hæreditati paternæ non simpliciter, sed in certæ personæ gratiam, veluti in gratiam tantum fratris primogeniti, non reliquorum, numerum liberorum aucturum esse, verius est; eo, quod, licet ipse nihil capiat, ille tamen, in cujus favorem renunciavit, portionem renunciantis percipit, & ita ex capite renunciantis diminuit patrimonii quantitatem, ac si ipse renuncians ad hæreditatem pervenisset; imo renuncians partem spe aut re perceptam rursus in eum transtulisse, in cujus utilitatem renunciavit successioni, ut late adstruit Hartmannus Pistoris *lib.* 4. *quæst.* 8 *n.* 5. 6. 7. 8. 9. Peregrinus *de fideicommissis art.* 38. *num.* 12.

50. Hactenus de quæstione prima, an exhæredati, renunciantes, vel statuto exclusi, augeant numerum liberorum, ad id ut legitima aucta censeatur. Restat excutere, an hi ipsi connumerandi veniant ad legitimæ partem diminuendam, seu, an partem faciant; veluti si quatuor liberos ponamus relictos, ex quibus unus statuto, exhæredatione, aut renunciatione, exclusus est, tres reliqui jure succedendi haud destituti. Si enim reliquis tribus connumeretur ac partem faciat, sic legitima computanda foret, ac si quatuor ab intestato succederent, adeoque tres illi jure succedendi haud destituti pro legitima unciam tantum singuli habituri essent, velut trientem quartæ partis ab intestato debitæ; si vero numerum non augeat, singulis reliquis pro legitima caderet uncia una & tertia alterius unciæ pars, velut triens trientis ab intestato delatæ. Probabilius autem videtur, talem juste exhæredatum aut statuto vel renunciatione exclusum, uti in superiori quæstione non numerabatur ad augendam legitimæ quantitatem, ita nec hic computandum ceteris ad legitimam diminuendam. Primo enim nulla ratio est, cur minus pro mortuo habeatur exhæredatus & si-

miles juxta *d. l.* 1. §. 5. *ff. de conj. cum emanc. liberis*, §. 3. vers. *sin autem Instit. de success. liberor.* si de minuenda, quam si de augenda legitima dubitatio sit. Cui accedit, quod ineptum videatur, connumerari ceteris & partem facere eos, qui nullam omnino partem ex hæreditate illa ferre possunt. *Liberi*, (inquit Ulpianus) *qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum, quo enim bonum est eis favere, ut partem faciant, nihil habituris? l. si post mortem* 10. §. *liberi* 4. *ff. de bonor. possess. contr. tab.* junct. *l. filio* 16. *ff. h. t.* Quin imo, partem ejus, qui renunciatione vel tempore exclusus est, ita ceteris non jure exhæredatis & ob id querelam moventibus accrescere obtinuit, ac si hi soli in rerum natura fuissent, *l. qui, repudiantis* 17. *in fine pr. l. si ponas* 23. §. *ult. ff. h. t.* neque aliter penes extraneos hæredes institutos remanere ingratorum filiorum, & ita juste exclusorum, portiones, quam si omnes liberos velut ingratos repellendos esse constiterit; alioquin ingratorum pœnam & portionem ademtam in præmium cedere liberis reliquis ingratitudinis vitio non contaminatis, *novell.* 22. *cap. si quis enim* 21. *pr.* & §. 1. Idemque in renunciantium & successionem respuentium portionibus observandum esse constat ex *l. un. C. quando non petentium partes petentibus accrescant*. Cum ergo sic portio tota, quæ exhæredatis juste aut renunciantibus fuisset debita, si nulla renunciatio aut exclusio acta esset, accrescat reliquis non exclusis, tanquam solis jure successionis intestatæ munitis, consequens erat, ut illud accrescendi jus ad legitimæ quoque incrementum sese extenderet, quippe quæ portionis ab intestato delatæ pars est. Si tamen & hoc casu renunciantes vel statuto exclusas filias dotem accepisse, vel dotis ex statuto petendæ jus habere concipiamus, magis esset, ut renunciantium aut exclusarum portionem non ceteris in legitima institutis accrescere dicamus, sed hæredibus ceteris sive liberis sive extraneis institutis, perinde ac si legitima tali renuncianti jam præstita vel adhuc præstanda foret, cum dos talis legitimæ locum ac vicem censeatur obtinere, Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *num.* 141. Fontanella *de pactis dotalibus clausula* 9. *part.* 2. *num.* 28. & *seqq.* Peregrinus *de fideicommissis art.* 38. *num.* 12. *in med.* Idemque erit, si renunciatio, nullo accepto, interposita fuerit non generaliter, sed in certæ personæ favorem, quippe cui tunc soli renunciantis sive portio sive legitima obventura esset, non vero ceteris accretura. Vide *DD. supra citatos*.

51. In ineunda autem circa legitimam ratione spectanda quantitas patrimonii, quæ mortis tempore invenitur, *l. cum quæritur* 6. *C. h. t.* arg. *l. etiamsi* 3. §. *ult. ff. de bonis libert. l. omni modo* 30. §. *ult. C. h. t.* eo modo, quo id Falcidiæ detractione receptum est ex §. *pen. Inst. de lege Falcid. l. in quantitate* 73. *ff. ad leg. Falcid.* Cum enim nulla viventi successio sit, nulla hæreditas *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend. l.* 1. *ff. pro herede*, legitima vero ad intestati successionem habeat suam relationem, tanquam pars portionis ab intestato debitæ; nulla potest in vivi bonis legitima concipi, Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 3. *defin.* 15. *num.* 14. & *seqq.* Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 25. Quæ adeo vera, ut, si maxime pater sua dissipare incipiat ac luxu consumere, liberi tamen eo vivo nullam legitimæ exactionem habeant; præmature quippe concipientes sibi non spem tantum, sed & jus successionis, cum adhuc vivit is, ex cujus bonis legitima debebitur, arg. *l.* 1. §. *si impubere* 21. *ff. de collationibus*, inellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *num.* 75. Ferd. Vasquius *controvers. lib.* 1. *cap.* 37. Nec est, quod alimentorum sibi a parente debitorum prætextu videantur posse eo vivo legitimam consequi; ne post dispersum patrimonium iisdem fraudentur; ut post alios Fachineus *controvers. lib.* 12. *cap.* 59. Gratianus *discept. forens. cap.* 44. *num.* 18. & *seqq.* cum alia huic incommodo avertendo prodita inveniantur in jure remedia, secundum quæ prodigo curatorem constitui, eique bonorum administrationem a prætore adimi receptum est. Et licet non sine dedecore parentis hæc fieri concedendum sit; tamen, cum legitimæ petitio, quæ vivo patre fieret, non aliter effectum sortitura esset, quam allegata ac probata eadem prodigalitate, frustra sub obtentu honoris paterni, non ea ratione magis conservandi, fingetur sine lege (alio modo abunde prospiciente) potestas exigendi legitimam adeo juris fundamentis adversa.

52. Huic sententiæ consequens est, errare eos, qui (posito jure, quo filiæ non nisi accepta dote non minore, quam est legitima, renunciare possunt hæreditati paternæ) arbitrantur filiam, accepta dote congrua & ad legitimam sufficiente dotis datæ tempore, renunciantem ulteriori successioni, non posse post parentis ejusdem obitum supplementum petere, si inter dotis constitutæ & mortis paternæ tempora sic opes excreverint, ut nunc minus quam legitimam, considerato mortis tempore, penes filiam esse manifeste appareat. Si enim nulla viventis sit hæreditas, nulla proprie loquendo legitima, & considerari nequeat quantitas patrimonii, nisi quæ mortis tempore fuit, jure petitur supplementum ejus, quod deest legitimæ, Ant. Faber. *Cod. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 15. *num.* 14. & *seqq.* Zoesius *ad tit. ff. de pactis*, *num.* 40. & *h. tit. num.* 97. Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *num.* 17. Barry *de succession. lib.* 11. *tit.* 25. *num.* 37. 38. Grassus §. *institutio quæst.* 19. *num.* 3. Nec moveri quisquam debet iis, quæ in contrarium moventur ab Abrah. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *num.* 52. & *seqq.* post multos ibidem in unum collatos. Quod enim ipse statuit, negotium hoc, quo, dote congrua accepta, renunciat filia, non alterius considerationis esse, quam cujus est venditio spei, sive rei futuræ, qua solum præsentis temporis pretium spectatur, & sufficit, licet postmodum id, quod ex eventu apparet emptum, longe & spem & pretii proportionem sumeret, aut ex adverso minimum aut nullum sit; id vero gratis ab eo assumi putem. Et licet id, quod dotis datæ tempore legitimæ nomine datum erat patrimonio tunc ampliori proportionatum, per filiam renunciantem restitui non debeat post patris obitum, si ob diminutum postea parentis patrimonium videri posset justam excedere legitimæ mensuram: licet etiam dotis datio momentanea causa sit, & pater promissioni dotis satisfecisse censeatur, semel facta congruæ dotis numeratio-

ne: licet denique filia ex sua renunciatione semel legitime perfecta ab omni successione intestata remota sit: nil tamen ista omnia adversam juvant sententiam. Nam & posita renunciatione, & extra omnem renunciationis considerationem, si pater congruam filiæ dotem dederit, quam ex officii paterni necessitate & legis ac judicis jussu promiserat, secundum *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt.* promissio ejus & solutio momentanea est; nec tamen ideo post patris obitum impedita fuit supplementi petitio, si minus quam legitima in dote esse mortis paternæ tempore deprehenderetur, dote solummodo in legitimam imputanda, *l. si quando* 35. §. 1. 2. *l. omnimodo* 30. *C. h. t.* contra vero diminuto patrimonio dotem retinebat filia quantamcunque, a paterna abstinens hæreditate, si modo salva esset ceteris liberis sua legitima *l. ult. ff. de dotis collatione*. Ut proinde nihil minus in hisce quam spei venditæ similitudo reperiatur. Et quod filia renunciatione sua se omni successionis ulterioris jure exuerit, id non ultra verum est, quam quatenus salvam habet legitimam, quam ei post renunciationem salvam esse voluit statutum renunciationem ea demum confirmans conditione. Et quia jus Romanum æque ac hodiernum, legitimæ quantitatem æstimari voluit ex totius patrimonii quantitate illa, quæ mortis tempore apparebat, juxta ante dicta; frustra quis fuerit, si in quæstione præsente quandam prætendat juris Romani mutationem; cum id unum mutatum sit, renunciationem quæ jure Romano invalida erat, effectum sortiri posse: neutiquam vero de legitima quicquam ex eo jure inveniatur innovatum; quin potius nominatim reservatum legitimæ liberis tributæ jus, dum salva demum legitima renunciatio supponitur per statutum roborata.

53. Quisquis autem legitimam persequitur, quin & fructus a litis contestatæ tempore simul consecuturus sit, ne litigatori temerario sua mora ac frustratoriæ litis protelationes prosint, nequaquam dubium. Fructus vero a mortis tempore usque ad litis contestatæ tempus perceptos quod attinet, ex juris quidem Romani principiis idem de legitimæ, quod de hæreditatis universæ fructibus in hæreditatis petitione receptum est, statuendum existimo; cum ex ante dictis plus quam manifestum sit, legitimam portionis ab intestato debitæ partem esse, imo velut partem hæreditatis quantum ad commoda non perperam haberi: adeoque, si ad legitimæ præstationem conveniatur hæres, qui bona fide possedit debitam alteri legitimam, æquum, ut de extantibus teneatur, & de consumtis bona fide eatenus, quatenus inde locupletior est redditus; sin malæ fidei possessor sit, de universis sive extantibus sive consumtis reddendis dicatur obstrictus, *l. sed & si* 25. §. *consuluit* 11. *ff. de petit. hæred.* §. *& si in rem* 2. *Instit. de offic. judicis*. Eo quod fructus considerandi veniunt velut hæreditatis partes, & ipso jure hæreditas ex fructibus incrementum accipit, *l. non est* 9. *C. famil. ercisc.* (vide latius *tit. de petit. hæredit.*) Licet nunc pluribus placeat, legitimæ fructus a mortis tempore omni modo deberi, etiamsi hæres neque de legitima solvenda interpellatus fuerit, neque se legitimæ præstandæ noverit debitorem esse: Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *num.* 69. Boerius *decis.* 3. *num. ult.* Gratianus *discept. forens.* *cap.* 688. D. Someren *de jure noverc. cap.* 11. *sect.* 3. *num.* 1. *in fine*.

54. De augmento hæreditatis, quod demum post mortem contigit, dubitatum, an & illud legitimam augeat ac quantitatem ejus ampliorem efficiat? Prodesse illud augmentum ad augendam legitimæ quantitatem recte dixeris, quoties augmenti causa jam vivo patre extitit, sive legitimæ computatio tempore talis augmenti advenientis jam facta fuerit, sive non; nisi tempore eo, quo legitima computabatur, is, cui ea debita, ulteriori persecutioni renunciasset, & velut mediante transactione se præsenti assignatione contentum fore professus esset. Hujus generis incrementa varia sunt, veluti si debitor hæreditarius mortis quidem tempore solvendo non fuerit, sed postea ad meliorem reversus fortunam inceperit idoneus esse: vel debiti vivo testatore contracti conditio extiterit post mortem ejus, *l. cum quo* 56. §. *aliquis* 1. *ff. ad legem Falcid.* aut jure postliminii revertantur post mortem res vivo testatore per hostes captæ, *l. servi* 43. *ff. eod. tit. ad leg. Falcid.*, aut delata defuncto hæreditas legatumve, ac necdum adita vel agnita, per hæredem agnoscantur; aut victoria obtineatur ex lite, quæ jam fuerat per defunctum cœpta; aut conditio deficiat fideicommissi, quo pater circa res quasdam fuerat sub conditione gravatus. Cum enim hæc proficiant ad quartæ falcidiæ augmentum *d. ll.* longe magis ad legitimæ incrementum proficere dicendum est; eo quod longe major legitimæ, tacita quadam lege naturæ debitæ, ac arctissimo cognationis vinculo junctis præstandæ, quam Falcidiæ ex sola ratione & lege civili per quoscunque hæredes deducendæ, favor credi debet, Zoesius *ad. Pand. h. t. num.* 98. 99. Frustraque inter legitimam ac falcidiam differentiæ rationem hic ponit dissentiens post alios Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *num.* 20. *& seqq.* cum vere nulla subsit. Nam & legitima & falcidia est portio per legem data, casu quo testator non dederit; & ideo invito quoque testatore detrahenda. Ut proinde non veniat consideranda in legatis voluntas testatoris, quasi legatariis, ex voluntate testatoris integra legata percipere debentibus, magis favendum esset, minusque falcidiæ nomine detrahendum, & ob id facilius esset admittendum patrimonii augmentum, quo minor fieret legatorum diminutio. Sane enim voluntatis contra legum dictamen interpositæ, qualis est legatorum ultra dodrantem donatio, nulla omnino ratio habenda est, sed magis omnia sic censenda, quasi nulla talis fuisset a defuncto voluntas declarata. Nec minus falcidiæ, quam legitimæ portio certam certi temporis, mortis scilicet, taxationem habet; & licet in taxatis ac limitatis superveniens ex nova causa augmentum non prosit; accedens tamen ex causa, tempus taxationis antecedente, quo minus augeat, rationem nullam esse jam supra probatum est. Neque subvertit sententiam nostram, quod patroni legitima dicatur non augeri augmentis, causam ante mortem liberti habentibus, *l. si patron.* 44. §. *ult. ff. de bon. libert.* Non enim recte a legitima patrono data ad eam, quæ sanguinis jure proximis est debita ratione quadam naturali, argumentum transfertur; cum & in aliis pluribus illa patronorum legitima distet ab ea, quæ liberorum est, nec iisdem juris regulis consistat.

Si quæ enim a patre dolo dissipata sint ac prodigata, non consideranda erunt ac si in bonis essent, si de liberorum legitima quæstio sit; contra vero in debita patrono portione servatum, *l. etiamsi* 3. *§. ult. ff. de bonis libert.* neque sic ex jure novo relinquenda patrono legitima institutionis titulo, uti quidem in liberis fieri debere a Justiniano cautum est *novell.* 115. *cap.* 3. denique Favianæ & Calvisianæ actiones accommodatæ patrono circa legitimam læso; quæ tamen liberis non ita datæ. Unde manifestum est, in quibusdam melioris, in quibusdam deterioris conditionis esse legitimam portionem patroni, quam liberorum; atque ita a diversis haud recte argumenta duci. Alia augmenta quod attinet, quorum causa post mortem demum testatoris extitit; ea ad augendam legitimæ portionem non prodesse, verius est. Si tamen post patris obitum creverint rerum hæreditariarum pretia, fundi hæreditarii alluvione aucti fuerint, aut simile quid in ipsis rebus hæreditariis contigerit, videndum, an hæc incrementa intercesserint, postquam jam ex voluntate partium aut judicis officio inita fuerit legitimæ ratio, & computatio, an vero ante. Si enim post definitam demum legitimæ quantitatem, sive in pecunia, sive in corporibus quibusdam hæreditariis æstimatis præstandam, hujus generis incrementa supervenisse appareat, nullo modo legitimæ quantitati semel definitæ augmentum allatura sunt; eo quod per rerum certarum aut pecuniæ assignationem videtur quædam inita esse venditionis species, eo modo, quo & alias in adjudicationibus inter cohæredes sociosve fieri solitis, in quantum is, cui debita erat legitima, cuique ex eo capite ipso jure competebat in rebus singulis hæreditariis sua portio (uti mox dicetur) has ceteris hæredibus ad legitimam solvendam obligatis vendidisse censetur, & pretium earum accepisse, quando pecuniam pro legitima sibi assignari passus est; vel vicissim res quasdam hæreditarias ab hæredibus emisse, quando certis rebus hæreditariis sibi pro legitima datis dimissus est, eo modo, quo id etiam in omnibus inter cohæredes sociosve aut confines adjudicationibus factis locum habet: principiis vero juris conveniens est, omnem rerum venditarum alluvionem, pretii augmentum, ac commoda alia emtori cedere, pretio semel recte constituto propter hæc nullatenus augendo, ut dicetur *tit. de peric. & commod. rei vend.* Sed si acciderint hæc rerum augmenta ante initum legitimæ calculum & assignationem, etiam ad legitimæ quantitatem augendam profutura, non dubitem. Debetur namque legitima liberis ipso jure non in pecunia numerata aut certis quibusdam rebus, sed ipsis corporibus hæreditariis singulis pro rata, arg. *l. pen. C. h. t. novell.* 18. *præfat. in fine*, & *cap.* 1. in verbis *triuncium*, *sexuncium*, *quadriuncium*, sic ut, pro quota parte percipere debent bonorum quantitatem legitimæ titulo, pro ea etiam rerum hæreditariarum domini censeantur, arg. *l. lineam* 26. *ff. ad leg. Falcid.* Cui consequens est, ut & ex alluvione, & ex rerum pretiis auctis, tanquam pro parte domini, suam partem ferant, Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *num.* 26. 27. 29. Licet enim verum sit, non præcise rerum singularum partem legitimæ titulo assignandam esse, sed magis aut mutua conventione aut judicis arbitrio in certis rebus vel quantitate pecuniaria legitimam constitui, aut testamento paterno dari, sic ut nec legitimam debens suo arbitratu solvere eam, nec petitionem ejus habens eandem suo arbitrio deducere possit, Grassus §. *legitima quæst.* 17. Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *num.* 28. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 210. vers. *tenweden*. Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *casu* 163. Berlichius *decis.* 250. *num.* 11. & *seqq.* id tamen non impedit, quo minus ipso jure singulis ex rebus hæreditariis portio legitima debita sit; eo modo quo & hæredes plures ipso jure rerum singularum hæreditariarum pro rata domini sunt, & tamen adjudicatione rerum, non satis apte dividendarum, tandem a communione solent abire.

55. Quæ de augmentis servanda diximus, eadem & in decrementis eodem modo obtinere suadet vulgata regula, secundum quam pericula & incommoda rei cujusque eum sequi debent, quem commoda sequuntur, *l. secundum* 10. *ff. de regul. juris* §. *quum autem* 3. *Instit. de emt. vendit.* §. *illud* 3. *Instit. de societate*, atque adeo per defunctum, sive ex contractu, sive ex legato, sive ex fideicommisso debita sub conditione, eadem post mortem demum debitoris existente, minorem efficient legitimæ quantitatem, quia causa diminutionis vivo testatore extitit, arg. *l. in quantitate* 73. §. 1. 2. 3. *ff. ad leg. falcid.* Contra vero post mortem & initum legitimæ calculum ac quantitatis definitionem contingens diminutio æstimationis rerum hæreditariarum, aut edacitate, chasmate, mortalitate, aliove casu superveniens earum decrementum aut interitus, non minuet legitimam semel æstimatione & adjudicatione rerum vel pecuniæ, aut transactione, constitutam: quæ tamen diminutio aut interitus si accidisset ante factam legitimæ computationem & adjudicationem, etiam legitimæ imminutionem post se traheret, si modo culpa desit ejus, qui ad legitimæ præstationem obstrictus est: ea enim apparente, dum forte neglexit pretio majore distrahere res promercales, aut agrum hæreditarium munire adversus edacitatem fluminis, aut ad avertendam ruinam ædes fulcire, solum negligentem, non vero legitimæ persequendæ jus habentem, hæc patrimonii diminutio esset gravatura, Peregrinus *de fideicommissis d. art.* 36. *n.* 33. Neque quicquam hic in contrarium movet, quod hujusmodi decrementa patrimonii nullam in falcidiæ detractione & computatione ineunda mutationem faciant, *d. l. in quantitate* 73. *ff. ad leg. Falcid.* §. *pen. Inst. eod. tit.* cum alia hac in parte falcidiæ, quam legitimæ ratio sit. Quod enim in falcidia superveniens illa diminutio non consideretur, id inde est, quia in omnem eventum ea diminutio hæredi nequit damnosa esse, ut inquit JCtus, dum ei liberum est non adire hæreditatem: quo fiet, ut necesse sit legatariis ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portionem legatorum pacisci, *d. l.* 73. *in fine pr. d.* §. *pen. Instit. ad legem Falcid.* Cum ex adverso nunquam is, cui legitima debita, metu testamenti destituendi moveretur ad pactionem in partem cum hærede instituto ineundam; quippe non aliud votis magis exoptare valens, quam ut, hærede hæreditatem sibi testamento delatam repudiante, ipse jure successionis ab intestato munitus, destituto testamento, ex asse

aut saltem portione integra ab intestato debita hæres fiat.

56. Licet autem in legitimæ calculo ineundo dixerimus, spectandam esse patrimonii quantitatem, quæ mortis tempore invenitur; varia tamen sunt, quæ prius inde deducenda veniunt, eo habenda loco, quasi nunquam fuissent in defuncti substantia. Ne quid enim dicam de funeris impensis & ære alieno prius inde exsolvendo, *l. Papinianus* 8. §. *quarta* 9. *ff. h. t.* deducenda insuper, quæcunque defunctus tanquam fiduciarius possedit, & ex fideicommisso restituere rogatus est; quippe quæ etiam merito æris alieni jure censenda sunt, neque ad gravati hæredes transeunt, neque existente fideicommissi casu in bonis fiduciarii amplius computari possunt, sed magis a fiduciarii morte bonis fideicommissarii annumeranda: quippe quæ fideicommissarius non actione tantum personali ex testamento persequi, sed & rei vindicatione petere potest; ut proinde non jure ex his, quæ testatoris in patrimonio non sunt, nec ad hæredes ab intestato transmittuntur, deduceretur legitima, portio illa debitæ ab intestato portionis, *l. ult.* §. 2. 3. *C. communia de legatis*. Eoque facit, quod nec in falcidiæ quantitate definienda restituenda ex fideicommissi causa res considerantur, ut defuncti propriæ, sed potius tanquam extra patrimonii massam positæ, & æris alieni loco, *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid.* Berlichius *part.* 3. *conclus.* 11. *num.* 19. 20. Schraderus *de feudis part.* 7. *cap.* 5. *num.* 52.

57. Quod spectat res jure primogenituræ natu majori soli cedentes, sive allodiales sive feudales; nec eas ad constituendum bonorum cumulum considerandas esse, nec legitimam inde deberi, communius receptum est. Nam cum nullus præter primogenitum jus succedendi in ea habeat, & legitima jus succedendi ab intestato supponat, tanquam portio portionis ab intestato debitæ, absurdum videri posset, ex bonis illis augeri legitimæ quantitatem, a quorum successione in totum remotus est is, de cujus legitima quæstio est. Et ut de feudis paulo plenior fiat discussio, haud distinguendum existimo, utrum novum fuerit feudum, an antiquum; &, si novum, utrum emtum, an sine pretii interventu ex liberalitate quæsitum defuncto. Quamvis enim pretio soluto diminutum videri possit defuncti patrimonium; quia tamen mortis tempore spectanda est patrimonii quantitas, neque tunc pretium illud in bonis est, neque res feudalis in pretii locum ita succedit, ut pretii ipsius naturam indueret ac qualitatem, sed suo jure proprio, per dominum directum prima constitutione circumscripto, consistit, neque pater impeditur suam substantiam, dum vivit, diminuere, eaque ratione efficere, ut minor mortis tempore legitimæ sit quantitas, præsertim si bona fide, sine fraudandorum liberorum proposito, id egerit; consequens est, ut neque pretii, quod tempore mortis nuspiam apparet: neque feudi ipsius emti (a cujus successione remoti sunt, primogenito excepto, reliqui) ratio in calculo bonorum & legitimæ ineundo habeatur, Schraderus *de feudis part.* 7. *cap.* 5. *num.* 46. *& seqq.* Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 23. Petrus Bort *de feudis Holl. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *pag. mihi* 123. Petrus Heyginus *part.* 1. *quæst.* 25. Joachimus a Beust *ad l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando n.* 874. quæst. *an ex feudo novo a patre emto, filiabus debeatur legitima.* Neque movet, quod defunctus emens feudum, jure primogenituræ deinceps deferendum, videri posset donationem pretii filio primogenito fecisse, quo fundamento dissentit de feudis emptis post Hartmannum Pistorem, Thomingium *decis.* 2. & alios, Berlichius *part.* 3. *conclus.* 11. *num.* 30. Gratis namque fingitur hoc casu donatio pretii, quod non ad filium, sed vendit rem pervenit: gratis assumitur, patrem feudum sibi comparantem voluisse liberalitatem quandam inter vivos in primogenitum exercere, dum incertum prorsus, an unquam ille, qui emtionis tempore primogenitus est, parenti superstes sit futurus, & feudi successor. Sed & si hæc maxime darentur universa, tamen nec ideo sequeretur, donata illa collationi post mortem obnoxia esse, aut patrimonii quantitati ad legitimam definiendam annumeranda, ut patebit ex mox dicendis.

58. Si tamen statuto vel consuetudine inductum fuerit, feudi novi emti primogenito cessuri pretium per eundem primogenitum fratribus ceteris conferendum esse (de quo nos plenius ad *tit. de collationibus*) dubitatio nulla superesse potest, quin pretium illud ad augendam legitimæ quantitatem sit profuturum. Constat namque ea, quæ conferenda sunt, sic patrimonio defuncti copulari, ac si ipso mortis tempore fuissent naturaliter in ejus dominio, & in res collatas æquale successionis jus liberis omnibus esse quæsitum; quibus consentaneum est, ut legitimæ jure partem quandam ex eo ferant pretio collato, ex quo virilem tulissent ab intestato portionem, Petrus Bort *de feudis Holland. d. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *num.* 27. præsertim, cum & quævis alia collationi obnoxia, & ita inter cohæredes dividenda, etiam ad legitimæ augmentum proficiant, Papon *lib.* 20. *tit.* 7. *arrest.* 10. Sive is, qui conferre debet hæreditatem adeat & ita conferat, sive non adeat, & ita nec conferat, sive denique ipsi remissa nominatim fuerit paterno testamento conferendi obligatio. Nam etsi repudiet, dote aliisque perceptis contentus, aut etiam a collatione liber sit ex remissione paterna, & ita non videantur illa patrimonio paterno adnumeranda esse, tanquam quæ naturaliter a patrimonio patris recesserant, & cessante collationis necessitate nunquam cum eo iterum sunt consolidanda, arg. *l. ult. ff. de dotis collatione*, tamen, cum supra dictum fuerit, eos, qui dote vel legitima inter vivos accepta de cetero renunciarunt hæreditati paternæ, sic considerari ac si successissent, ac partem facere in minuenda reliquorum legitima; fas est, ut & per eos percepta matrimonio paterno in computanda legitima sic adnumerentur, quasi re ipsa collationem fecissent & successissent, Papon. *d. lib.* 20. *tit.* 7. *arrest.* 7. Ne dicam, malitiis & collusionibus ad fraudandam legitimæ quantitatem viam apertum iri, si ob collationis remissionem, aut hæreditatis repudiationem cessante naturaliter collatione, minus crederetur in patrimonio esse, & ita minus legitimæ nomine deduceretur fictis repudiationibus & collationum remissionibus facile fabricandis.

59. Quin imo, si feuda antiqua, quorum nomine collationem non esse faciendam manifestum est, desierint ejus esse conditionis, ut primogenito cedant,

dum pater liberam testandi de feudo antiquo facultatem a directo feudi domino impetravit, & ita vel testamento illud inter liberos divisit, vel uni ex liberis sive maximo natu sive natu minoribus, aut filiabus aut etiam prorsus extraneo reliquit, non dubitandum putem, quin feudi saltem æstimatio paterno patrimonio cumulanda sit, ut legitimæ quantitas inde præstetur. Cum enim per obtentam testandi licentiam & subsecutam dispositionem evanuerit omne jus primogenituræ, quod unum impedimento erat, quo minus feudum in bonis paternis ad legitimam definiendam computaretur, & non ex beneficio aut voluntate domini directi, vel providentia juris feudalis, aut pactione primi acquirentis, sed mera patris testantis liberalitate tanquam res ejus propria deferatur, atque ita hactenus feudum redactum sit ad instar allodialium; ratio nulla videtur, cur non etiam ad exemplum ceterorum allodialium paternam augeret substantiam in legitimæ quantitate definienda. Quod etiam haud leviter ex eo firmatur, quod placuit interpretibus, ex feudis hæreditariis seu eorum æstimatione legitimam deberi non alia de causa, quam quia ista se habent, ut cetera hæreditaria ultimi possessoris bona, & hæredibus quibuscumque cedere possunt: uti post Bartolum & alios defendit Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 23. vers. *secunda conclusio* Jul. Clarus §. *feudum quæst.* 46. Et licet Berlichius cum aliis existimet, in casu, quo pater ex consensu domini directi feudum donaverat secundo genito, solum primogenitum, tanquam solum in eo feudo jus ab intestato succedendi habentem, legitimam, id est, trientem ex æstimatione feudi secundo genito donati percepturum esse; non item ceteros filios natu minores, quasi jure successionis intestatæ destitutos, *practicab. conclus. part.* 3. *conclus.* 11. *n.* 28. & 29. & hæc ipso quoque de feudis Hollandicis tradantur a Pet. Bort *de feudis Holland. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *n.* 15. & *seqq. pag. mibi* 125. & *seqq.* ista tamen sententia tum demum admittenda videtur, cum non libera testandi facultas per dominum directum concessa est, sed nominatim in donationem feudi certæ personæ, puta secundo geniti, intuitu consensus accommodatus est; quippe quo casu feudum non ita pleno allodialium jure censeri potest, nec dispositionis paternæ liberalitate ac beneficio in liberos omnes conferri: nam si (uti nunc in Hollandia & aliis locis) libera testandi facultas detur, per quam vel liberis vel extraneis relinqui potest, feudalia hactenus induere allodialium naturam ac conditionem, & per dispositionem testamentariam in rem & substantiam testatoris redigi, testatur Petrus Bort *de feudis Holland part.* 5. *tit.* 2. *cap.* 1. *n.* 23. *pag. mibi* 70. & *tit.* 3. *cap.* 2 *regula* 4. *n.* 2. *pag.* 124. firmumque circa feuda Hollandica, & alia simili jure regenda, argumentum est, quod testamento paterno legata liberis feuda, ei, cui legata sunt, licet ipsi natu maximo, imputanda sunt in legitimam, perinde ac si res alia quæcunque allodialis legata esset, uti ipse Bort. *d. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *num.* 2. *d. pag* 124. Si enim imputentur tunc feuda in legitimam ei, cui legata sunt, aliter fieri non potest, quin quanto minus legitimæ nomine ex patrimonio paterno deducit filius ob feudum ipsi legatum in legitimam imputatum, tanto major supersit patrimonii quantitas ceteris liberis ex testamento vel etiam ab intestato cessura (posito quod pater voluerit unius filii intuitu testatus, reliquorum respectu intestatus mori, uti potest) cui consequens est, ut & debita ex tali portione legitima debeat pro rata augmentum habere.

60. Ceterum, quod neque Hollandica neque Geldrica, pluriumque locorum aliorum feuda in patrimonio defuncti & intestati computentur, id inde est, quia, licet in multis nostralia feuda, etiam hæreditaria nobis dicta, cum feudis hæreditariis vulgo per interpretes feudales appellatis, magnam habeant affinitatem, non tamen in omnibus, sed plures supersint differentiæ, uti nos latius dicemus in materia feudali, & observat Petrus Bort *de feudis Holland. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 10. *quæst.* 6. *num.* 35. *pag.* 202. & 203. & *d. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *num.* 6. 7. *pag.* 124. Ultrajectinis tamen magis placuit, non attentis hisce differentiis, quantum ad hanc quæstionem attinet, sua feuda & emphyteuses, etiam jure primogenituræ ad exemplum feudorum devolventes, censere ex jure de feudis mere hæreditariis vulgo recepto; adeoque & emphyteuticaria & feudalia prædia, licet primogenito jure intestati cedentia, imo omnia jure primogenituræ natu majori obvenientia, æstimari volunt, & æstimationem patrimonii paterni adjiciunt cumulo, atque ita demum legitimæ calculum subducunt. Petrus Bort *de feudis Hollandiæ part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *num.* 29. *pag.* 128. Wassenaar *practijk judicieel cap.* 11. *num.* 114. Responsa JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 134. *num.* 1. adde de mobilibus Carpzovium *defin. for. part.* 3. *constit.* 11. Berlichium *part.* 3. *conclusione* 17. An vero illud, quod de bonis emphyteuticariis in solo Ultrajectino obtinere diximus, ut connumerentur, antequam fiat legitimæ determinatio, etiam locum habeat, cum non de liberorum, sed parentum legitima quæstio est, merito dubites; propter ea, quæ judicata narrantur apud Rodenburch *de jure conjugum in tract. præliminari de statut. diversitate tit.* 3. *cap.* 2. *parte priore num.* 5. *in fine pag. mibi* 135.

61. Expositum hactenus, quænam patrimonio annumeranda sint, ut inde legitimæ portionis quantitas definiatur. Proximum est, ut excutiatur, quænam in ipsam legitimam veniant imputanda. Qua de re regulam non improbabiliter tradi posse puto, ea omnia in legitimam imputanda esse, quæ collationis necessitati sunt obnoxia, arg. *l. illud sine* 20. *pr. C. de collationib. l. quoniam novella* 29. *C. h. t.* Deckherus *lib.* 2. *dissert.* 6. *num.* 11. Fontanella *de pactis dotal. claus.* 4. *gloss.* 1. *num.* 48. Berlichius *decis.* 246. Quod & naturalis ratio dictat: si enim legitima ex patrimonio paterno debita sit, & collatio faciat, ita collata patrimonio adjungi paterno, ac si nunquam ab eo recessissent, & unicam cum eo juncta constituant massam, deinceps inter liberos æqualiter, aut secundum paternum elogium dividendam; non potest fieri quin conferenda etiam in legitimam veniant imputanda; quasi compensatione facta melius fuerit, non conferre, quam collatum repetere, arg. *l. ideo* 3. *ff. de compensat.* præsertim cum & collatio non tantum fiat re ipsa inferendo accepta, sed & tanto minus ex hæreditate deducendo. Et hæc usque adeo vera, ut & nepo-

tes, praemortuo parente succedentes avo, pati debeant, in legitimam sibi imputari ea, quae parens intermedius, si superstes fuisset, debuisset conferre; sive haeredes fuerint parenti intermedio, sive non; sive cum patruis suis concurrant, sive soli avo succedant, arg. *l. illam* 19, *C. de collation.* cum omni casu nepotes, uti avo per patrem conjunguntur, ita ex capite patris ac jure repraesentationis ad avitam veniant haereditatem; nec casus mortalitatis parentis intermedii nocere debeat reliquis liberis simul avo succedentibus; quibus tamen noceret, si nepotum legitimae non imputaretur, quod parentum intermediorum legitimae fuisset imputandum, si vixissent. Quibus adde, aequum non esse, ut melioris essent conditionis illi, qui in aliorum praemortuorum locum subintrant; quam fuissent hi, quorum locum obtinent ac personam repraesentant. Joh. Papon *lib.* 20. *tit.* 1. *arrest.* 22. Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 16. 17. 18. Christinaeus *vol.* 4. *decis.* 2. *n.* 7. Deckherus *lib.* 2. *dissert.* 6. *n.* 11. *& seqq.* Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 6. *n.* 145. *& seqq.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 257. *pag.* 774. 775. vide distinguentes, sed minus recte, Berlichium *decis.* 246. Grassum §. *legitima quaest.* 23. *num.* 6. *& seqq.* Ant. Thesaurum *decis.* 237. His conveniens est, & dotes & propter nuptias donationes concessas ab eo, ex cujus bonis legitima debita, imputari oportere, arg. *auth. ex testamento*, *& l.* 4. 5. 7. 12. 17. *C. de collationibus*, *d. l. quoniam novella* 29 *C. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 91. *n.* 5. 6. Ant. Faber *C. lib.* 3. *tit.* 19. *defin.* 31. Peregrinus *de fideicommissis art.* 36. *n.* 131. 132. Ant. Thesaurus *decis.* 237. *n.* 1. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 18. idemque de militia emta filio dicendum est, *l. omni modo* 30. *§. ult. C. h. t.* & de ceteris rebus quam plurimis, de quarum collatione prolixa disputatio est, idem judicium esse debet, quoties collationis necessitatem in iis locum invenire rationes juris legesque dictant, de quibus videndum *tit. de collationibus*.

62. Non tamen imputanda in legitimam, quae parens binubus ultra filialem portionem reliquerat secundae conjugi, quaeque ob id, velut contra legem data, eidem ademta cesserunt thori prioris liberis, juxta *l. hac edictali* 6 *C. de secund. nupt. & novell.* 22. *cap. optime vero* 27. eo quod *d. l.* 6 & salvam liberis vult esse legitimam, & concedit beneficium detrahendi id, quod supra partem filialem conjugi secundae relictum fuit. Primo ergo legitimam singulis prioris matrimonii liberis salvam esse necesse est; tum deinde supra legitimam id cedit iis, quod in poenam secundarum nuptiarum novercae vel vitrico secundum legem erat adimendum, Cravetta *consil.* 194. Fachinaeus *controvers. lib.* 3. *cap.* 70. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 11. *sect.* 2. *num.* 5. Similiter in legitimam non imputanda feuda & alia jure primogeniturae natu maximo cedentia, idque iisdem ex fundamentis, ex quibus ea non auge e paternum patrimonium ad constituendam legitimae quantitatem, supra monuimus: excepto solo Ultrajectino, ubi placuit, illa quoque legitimae imputanda esse: excepto quoque in Hollandia alibique casu, quo feudi novi emti pretium fratribus cet ris est conferendum, eo quod tunc verum est, effectu inspecto natu maximum feuda & similia jure praecipui non possidere: excepto denique casu, quo feudum antiquum natu maximo vel secundo aut tertio genito filio acquisitum est non ex jure successionis feudalis intestatae, sed ex dispositione patris testamentaria ex consensu domini superioris facta; eo quod tunc successionis intuitu allodialium aut feudorum haereditariorum naturam ac conditionem videntur induisse. Adde superius dicta, & Julium Clarum §. *feudum quaest.* 46. Petrum Bort *de feudis Holland. part.* 5. *tit.* 3. *cap.* 2. *regula* 4. *num.* 1. 2. *pag.* 124. Neostadium *de feudis Holland. cap.* 6. *n.* 11. Paulum Voet *ad §. ult. Instit. h. t. num. ult. in med.* An autem legata aut praelegata relicta ei, qui legitimae petendae jus habet, in legitimam imputanda sint, in sequentibus, ubi de actione ad supplementum tractatur, manifestum fiet.

63. Modum relinquendi legitimam quod attinet, observandum ante omnia, liberam eam esse oportere ab omni onere, sic ut neque ex conditione aliqua suspendi neque gravari fideicommisso possit, neque usufructu legitimae defraudari illi, quibus ea debita, nulla denique dilatio, nullus modus addi, quo gravamen videretur legitimae impositum, aut diminutio ejus facta. Quod si vel conditionibus vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram aut modum aut aliud gravamen introducente, imminutum esse videatur legitimae plenum jus, gravamen omne pro non scripto & irrito habendum est, & ita tollendum, quasi nihil eorum testamento additum esset, idque quantum ad ipsam portionem legitimam, non quantum ad alia, quae supra legitimam inveniuntur data, *l. omnimodo* 30. *pr. l. quoniam* 32. *C. h. t. auth. novissima*, *C. h. t novell.* 18. *cap. probibemus* 3. Gomezius *variar. resol. tom.* 1. *cap.* 11. *num.* 27. 28. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 55. *&* 265. *in fine*, And. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 119. Christinaeus *ad leg. Mechlinienses tit.* 16. *art.* 26. *num.* 11. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 15. 16. 17. Nisi tamen bona mente onus aliquod legitimae impositum appareat: quibus enim in casibus ratam esse exhaeredationem bona mente factam, supra traditum; iisdem quin & gravamen imponi legitimae possit, non dubitandum; Groenewegen *ad l. filii* 25. *C. h. t.* Neque hi, quae de legitima fideicommisso non oneranda dixi, repugnat *l. si pater puellae* 12. *C. h. t.* quae reciproco fideicommisso legitimam gravari posse innuit. Licet enim non desint, qui in universum in fideicommisso tali reciproco exceptionem admittunt, licet alii casum singularem *d. l.* 12. comprehendi arbitrentur, quia non perpetuum, sed temporale tantum fideicommissum, usque ad vicesimumquintum aetatis annum sese extendens, a parente est impositum, Deckherus *lib.* 1. *dissert.* 14. *num.* 22. rectius tamen sentire videntur, qui *d. l.* 12. per Justinianum abrogatam putant, sic ut ne in terminis quidem *d.* legis duodecimae gravamen jure novo subsistat, improbato in universum onere quocunque, *d. l.* 30. 32. *C. h. t.* Nec est, quod quis hic juris veteris emendationem admittere reformidet; cum *d.* lex duodecima alia sui parte mutationem passa sit per *d. l.* 31. supponit enim, gravamine legitimae imposito querelam inofficiosi dandam esse, quae uti in ipsa facti specie legis duodecimae calumniosa Imperatori videbatur, ita in aliis casibus censeri debebat, jure movenda: cum tamen propter

impositum legitimæ onus quodcumque jure posteriori supervacua fuerit inofficiosi accusatio; dum pro non scripti, fuerunt habita, quæcumque legitimæ gravamen redolebant, *d. l.* 32. *C. h. t.*

64. Quod si liberos in proprietate nuda ex asse institutos concipiamus, uxori vero omnium bonorum usumfructum relictum esse; liberi quidem omnium bonorum proprietatem sibi habebunt, secundum defuncti parentis judicium, sed tamen insuper legitimæ usumfructum jure sibi vindicabunt, quippe sibi testamento contra leges ademtum: & vice versa, si omnium bonorum ususfructus liberis datus sit, proprietas in universum aliis, salvam nihilominus habituri sunt legitimæ ipsius proprietatem, D. Someren *de jure novercarum cap.* 11. *sect.* 3. *n.* 1. *circa fin.* Responsa JCtor. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 134. *n.* 1. & *par.* 1. *consil.* 57. *q.* 6. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 1. 2. Leeuwen *cens. forens. par.* 1. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 1. 17. *in fine*, Gomezius *variar. resol. t.* 1. *cap.* 11. *num.* 26. Andr. Gayl. *lib.* 5. *observ.* 144. *num.* 1. Carpzovius *defin. forens. par.* 3. *constit.* 12. *defin.* 7. Nisi testamento nominatim electio concessa fuerit, intra certum temporis spatium declaranda, utrum sola omnium rerum proprietate vel etiam solo omnium bonorum usufructu contenti esse velint, an plenam legitimam proprietatis ac usufructus jure ex hereditate defuncti sibi arrogare: quo facto, sive nudam proprietatem eligendam putaverint, sive usumfructum aut quid simile sibi propositum, sive iis repudiatis ad legitimam venire maluerint, electione sua persecutionis ulterioris jure destituti sunt: cum non possit inofficiosum dici testamentum, ex quo quis habuit legitimæ consequendæ potestatem; neque videri possit in fraudem legitimæ conceptum testatoris præceptum, qui eo etiam spreto, voluit salvam nihilominus esse legitimam. Sive enim legitimam filius elegerit, habet quod leges præstari jusserunt, sive totam elegerit hæreditatem cum pleno fideicommissi onere, vel nudam proprietatem, vel nudum usumfructum, per ipsum stetit, quominus ex testamento haberet, quod ei leges dari jubent. Ut proinde non de testatoris iniquitate aut pietate neglecta, sed magis de se queri sibique imputare debeat, *arg. l. plane si filium* 94. §. *si cui Stichus* 2. *ff. de legat.* 1. Surdus *decis.* 21. *num.* 20. Peregrinus *de fideicommiss. art.* 36. *num.* 96. *in med.* Menochius *lib.* 4. *præsumpt.* 106. *num.* 23. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. *ult. Instit. h. t. num. ult. fere in fine*: Dissent. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 2. *in fine.* Nec contrarium inferri potest ex *l. Sejus & Agerius* 27. *ff. ad leg. Falcid.* quasi nulla esset omnis testatoris voluntas fraudandæ portionis legitimæ gratia interposita; cum, ut jam observatum, in electione, quam testator in casu nostro testamento dedit, nulla fraudatio legitimæ, sed potius expressa ejus concessio contineatur.

65. Simili modo apud nos infrequens non est, ut parentes sibi invicem omnium bonorum usumfructum legent, cum onere alendi liberos, donec ad legitimam ætatem pervenerint: quo casu interim quidem nullus legitimæ ususfructus peti potest, quippe cum alimenti ad legitimam usque ætatem præstandis compensandus; sed adimpleta ætate legitima, recte petitur a liberis debita legibus portio, ab omni usufructus onere libera, *arg. d. nov.* 18. *cap.* 3. Andr. Gayl. *lib* 2. *observ.* 144. *num.* 1. Sim. van Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib* 3. *cap.* 4. *n.* 30. *in med.* Respons. JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 227. Adde *consil.* 225. *post med. pag.* 447. & *part.* 4. *consil.* 276.

66. Secundo legitimam institutionis titulo relinqui debere Justiniano placuit; nec sufficere, quod per donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum portio data fuerit legibus debita, *novel.* 115. *cap.* 3. in *pr.* tum, quia honoratior est institutionis, quam legati titulus, *l. si ium* 5. §. *sed & si.* 6. *de legatis præstand. contra tab. bon. possess. pe.ita*, tum quia pinguior, dum jure accrescendi ad totam hæreditatem pervenire potest titulo institutionis, licet ad rem minimam vocatus; cum contra legati donationisve jure legitimam percipiens nunquam jure accrescendi totius possit hæreditatis compos fieri, *l.* 1. §. *si ex fundo* 4. *ff. de hæred. instituend.* Quod an etiamnum hodie apud nos obtineat, varia pragmaticorum sententia est; institutionis titulum requirit Neostadius *Curia Holland. decis.* 17. sufficere alium quemcunque, videtur censere Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 18. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Instit. h. t. num. ult. in med. ibique plures D D. citati.* Nec exiguus hujus controversiæ usus est: nam si solo institutionis titulo relinqui debeat, eo neglecto, querelæ locus erit, liberique ab intestato hæredes; sed vi clausulæ codicillaris fideicommisso gravati, legitimam simul & Trebellianicam habebunt salvam. Sin titulus legati sufficeret, aliusve similis, non nisi ad supplementum legitimæ superesset actio, ei, cui alio quam institutionis jure minus quam legitima datum esset. Ceterum distinctionis ope non inepte hoc componi posse dissidium existimo; ita ut querelæ quidem locus sit relinquendus, non tantum, cum præteriti in universum aut exhæredati sunt liberi, sed & cum simpliciter legati titulo ipsis res certa aut certa quantitas pecuniaria relicta est, nec expressum, legitimæ loco hæc data esse, quo de casu concepta Neostadii decisio superius memorata decima septima. Si vero declaratum testamento inveniatur, rem aut quantitatem legati titulo collatam legitimæ loco ac vice dari, aut alia occurrant his æquipollentia, cessatura videtur querela, & ad supplementum tantum agi poterit, etiamsi verba defuerint hæredis institutionem palam præ se ferentia; quasi in liberis legitimæ mentioni adjectum *legandi* verbum pro institutione habendum sit, ne alioquin verbis magis quam rebus jura videantur scripta esse. Hugo Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 18. *num.* 18. Respons. JCtor. Holland. *part.* 1. & *cons.* 153. & *cons.* 265. & *part.* 2. *cons.* 4. & *part.* 5. *cons.* 44.

67. Est autem hæc actio ad supplementum personalis stricti juris, scilicet condictio ex *l. omni modo* 30. *C. h. t.* quæ non ipsis tantum legitimæ petendæ jure munitis accommodata est, sed & heredibus eorum quibuscunque, etiamsi præparata non fuerit per defunctum hæc actio, nec cœpta moveri, nec defunctus agnoverit legitimam sibi in rebus certis, sed non sufficientibus, testamento assignatam: sive enim legitimam ex sententia quorundam statuamus esse quotam hæreditatis, necesse est, ut petitionem ejus ad hæredes quoscunque transmitti dicamus, eodem jure, quo & tota hæreditas ex jure deliberandi per eos, qui eam sibi delatam esse non ignorant,

transmitti solet; juxta *l. cum in antiquioribus* 19. *C. de jure deliberandi*; sive eam ut partem bonorum, & ut æs alienum ex legis dispositione debitum consideremus, in hæredes transmissio admittenda est, exemplo quartæ D. Pii impuberibus adrogatis tributæ, arg. *l. si adrogatur* 22. *ff. de adoptionibus*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 120. *num.* 17. *&* *observ.* 131. *n.* 12. *&* 13. Mantica *de conjectur. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 10. Christinæus *ad leg. Mechlinienses tit.* 16. *art.* 26. *num.* 12. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 3. vers. *ende indien bevonden wordet*, Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 274. *quæst.* 2. Nec est, quod a querela non præparata ad hæredes non transmittenda argumentum ducatur ab hanc de supplemento actionem; eo quod inofficiosi accusatio tanquam impugnans defuncti judicium, & testatorem neglectæ pietatis, imo furoris, arguens, odiosa plane est; cum ex adverso actio ad supplementum intentetur per eum, qui supremum comprobavit testatoris elogium, atque ita nequaquam odiosa sit. Et hinc quoque est, quod, licet querelam quinquennio ab adita hæreditate computando finiri supra dictum sit, actioni tamen ad supplementum, tanquam personali, triginta demum annorum spatio præscribitur ex vulgata personalium actionum natura, arg. *l. sicut in rem.* 3. *C. de prascript. vel quadrag. annor.* vel etiam ex natura petitionis hæreditatis, si eam cum aliis actione illa peti debere contendatur, arg. *l. hæreditatis* 7. *C. de petit. hæredit.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *obser.* 120. *n.* 16. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 72. Bugnion *de legibus abrogatis lib.* 1. *sayr.* 248. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 3. vers. *nec etiam obstare doctrinam*, seu *n.* 10.

68. Illam certe non satis tuto admiseris sententiam, qua hanc supplementi petitionem per inofficiosi querelam fieri debere, atque adeo quinquennii spatio extingui contenditur: quasi Justinianus novella lege querelam ad hunc quoque supplementi casum extendisset, *l. si quis filium* 34. *in fine*, *l. si quando* 35. *§.* *&* *generaliter* 2. *C. h. t.* Etenim manifestis id redargutum fuit Justiniani verbis in *§. sed hac ita* 3. *Inst. h. t.* ait enim, *sin vero quantacumque pars hæreditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimæ partis repleatur, licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.* Et quæ, quæso, posset hic concipi inofficiosi querela, ubi nulla vel intenditur vel impetratur rescissio testamenti aut partis ejus? Cum enim jure veteri atque etiam tempore hujus supplementi a Justiniano introducti, & institutio, & legata, & quæcunque testamento curata, per institutam jure querelam corruerent; ac jure novellarum testamentum quantum ad institutionem hæredum attinet, fuerit evacuandum, *novell.* 115. *cap.* 3. *in fine*, ex adverso, ubi supplementum petitur neque institutio subvertitur, manentibus hæredibus ipsis illis institutis, neque ullum aliud testamenti caput, substitutionis, legati, libertatis, fideicommissi, aut tutelæ mentionem habens. Neque quicquam præsidii est adversæ sententiæ in *d. l.* 34. *in fine* & *l.* 35. *§.* 2. *C. h. t.* eo quod utraque annis aliquot ante Institutiones compositas promulgata, interpretationem suam omnem ex manifestis Institutionum verbis, *inofficiosi querelam quiescere* jubentibus, accipere debet. Præterquam quod nec ad supplementum actio in *d. l.* 34. appellata fuit inofficiosi querela: nam cum in ea lege quæstio hæc proponeretur, an querela non præparata ad hæredes transmitteretur, decisum a Justiniano, eam ad suos transmitti; sed limitatione addita in fine legis, *nisi pater adhuc superstes vel repudiaverit querelam, vel quinquennio tacuerit*, quæ verba non ad actionem de supplemento, incidenter tantum in ea lege tractatam, sed ad decisionis principalis limitationem de transmissione querelæ, spectant. Et quod dicitur in *l.* 35. *§.* 2. *C. eod. tit.* in casu, quo filius (cui aliquid, sed minus legitima, relictum fuit) post patris obitum professus est se contentum fore relictis, & de eo quod deest, nullam habiturum quæstionem, tunc *omni exclusa querela* filium compellendum, paternum amplecti judicium; leve prorsus est: cum *querelæ* nomen simpliciter positum latissime pateat, & omnis agens queratur de læsione ac juris sibi competentis denegatione. Ita namque prior quis super suis locis de finibus querimoniam deferre dicitur, *l. si quis* 3. *C. finium regund.* Justiniano frequens fuit querelæ usus, dum dixit, jus *in querimoniam* deduci, cum adversarius absens est, ut interpellari nequeat, *l. ut perfectius* 2. *C. de annal. except.* & *querelam non numeratæ pecuniæ* manifestari, *l. in contractibus* 14. *§. in omni* 4. *C. de non numerata pecunia*, & de *servorum querelis* cognosci, *§. ult. Inst. de his, qui sui vel alien. juris.* Sicut non alius verborum *omni exclusa querela* sensus sit, quam si dixisset Imp. *omni exclusa actione*, eum debere relictis contentum esse, nec ultra quicquam extra paternum posse judicium obtinere.

69. Neque hanc actionem ad supplementum impedit, quod is, qui supplementi petendi jus habet, relicta acceptaverit, atque ita videatur defuncti comprobasse judicium. Neque enim magis propter agnitionem a se factam, legitimæ partem persequi prohibendus est, quam quivis alius extraneus legato vel fideicommisso gravatus prohibetur ex eo, quo adivit, falcidiam deducere aut Trebellianicam; aditione scilicet aut agnitione non auferente partes illas, quæ non tam testatoris beneficio, quam juris dispositione cuique cedunt, *l. si quando* 35. *§.* *&* *generaliter* 2. *C. h. t.* Et licet falcidiam ac Trebellianicam jure novo prohiberi posse in aperto sit: legitimæ tamen perceptionem nequicquam posse testamento vetari, constat: cui consequens est, ut ne tum quidem ad supplementum actio deneganda sit cum testator nominatim jussit, filium relictis contentum esse; si inito bonorum calculo non totam legitimam relicta contineant, *l. si quando* *§.* *&* *generaliter* 2. *C. h. t.* Fachineus *controvers. lib.* 12. *cap.* 6. 7. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 3. vers. *nec obstare quod*, Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 19. *defin.* 10. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 26. *num.* 11. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 10. *in med.* Guido Papa *decis.* 93. Gomezius *variar resol. t.* 1. *tit.* 11. *n.* 25. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *cons.* 320.

70. Intentanda ad supplementum actio adversus hæredes institutos, non adversus legatarios, quippe qui ab hærede potius conveniendi forent, si ob id, quod hæres legitimam supplere coactus fuit, salva ei non sit quarta falcidia, juxta *tit. ff. si cui plus, quam per leg. Falcid. licuer legat. esse dicetur.* Unde & hæredes solos eo onere Justinianus gravavit;

si qui enim liberorum aut parentum certis rebus jussi sint contenti esse, testamentum quidem non solvi; sed quidquid eis minus legitima portione relictum esset, hoc ab hæredibus impleri constituit, *novel.* 115. *cap. hoc autem* 5. *pr.* id quod & manifesta juris ratione demonstratur. Primo enim, si legitimam ut quasi æs alienum consideres, juxta *l. Papinianus* 8. §. *si quis impubes* 15. *ff. h. t.* nullum præter hæredes, neutiquam legatarios, ad æris alieni exsolutionem obstringi constat, *l. quotiens* 23. *C. de hæred. instituend. l. ult. C. de hæredit. act. action.* Sed & deinceps absurdum esset, adversus alios intentari actionem ad supplementum, casu quo aliquid, sed minus, relictum est, quam adversus quos nullo relicto querela movenda esset; eo quod querelæ loco Justinianus hanc ad supplementum tum actionem introduxit, quæ & olim ante Justiniani tempora non nisi contra hæredem institui poterat, quoties scilicet testator jus isset, ut quod deesset legitimæ, viri boni arbitratu suppleretur, §. *sed hæc ita* 3. *Instit. h. t. d. nov.* 115. *cap.* 5. l. *omnimodo* 30. *C. h. t.* Quibus accedit, quod eo tempore, quo primitus introducta fuit a Justiniano actio ad supplementum, legitima adhuc titulo legati relinqui potuit; quo posito, hæredem solum ad legitimæ legato datæ solutionem obstrictum fuisse, legatorum definitio satis demonstrat. Et licet institutionis titulo eam jure novissimo relinqui necesse sit, ut honoratiore liberi titulo & pinguiore muniti essent; tamen nulla, quantum ad personas actione ad supplementum conveniendas, mutatio invenitur facta, sed magis confirmatum jus antiquum per *d. novel.* 115. *cap.* 5. Ne dicam, liberos ita titulo institutionis honoratos effectu inspecto etiam jure novo legatariis quantum ad legitimam, tanquam bonorum, non hæreditatis partem, similes remansisse; quippe quibus certas res institutionis titulo pro legitima relinqui sufficit ad excludendam inofficiosi querelam, *d. novell.* 115. *cap.* 5. ex re autem certa instituti pro legatariis habentur, *d. l. quotiens* 13. *C. de hæred. instituend.* & hanc sententiam fovet Guido Papa *decis.* 82. *num. ult.* Boerius *decis.* 145. Radelantius *Curia Ultraject. decis.* 43. *n.* 12. *in fine & n.* 13. Papon *lib.* 20. *tit.* 7. *arrest.* 4. Neque hisce adversatur *l. si ex patronis* 10. *l. libertus sub conditione* 20. §. *libertus* 2. & §. *idem servari* 3. *ff. de bonis libertor.* unde probari quidam putant, pro rata contra hæredes & legatarios actionem ad supplementum intentandam esse. Primo namque non de legitima eorum, quibus jure sanguinis debita est, illic agitur, sed de ea, quæ patrono est ex civili ratione constituta; a qua ad legitimam jure sanguinis debitam non recte argumentum fieri, superius monitum *n.* 34. Sed & deinde contra legatarios patronum agere ad supplementum legitimæ, non inde apparet: sed potius adversus hæredes singulos pro ea parte, qua hæredes sunt; ut inspicienti *d. l.* 19. & *d. l.* 20. §. 2. patebit, & ex *l. in servitutem* 16. §. *ult. l. si libertus* 34. *l. Julianus* 43. *ff. eod. tit.* manifestum est. Et quod dicitur in *d. l.* 20. §. *idem* 3. *tantum Titio legatario detrahi, quantum ab hærede pro rata parte*, id ad quartæ Falcidiæ detractionem referri debere existimo; ut scilicet heres, pro qua parte supplevit patrono, quod legitimæ defuerat, pro eadem legatario detrahit ex legato; cui ob præstitam patrono legitimam totum legatum non poterat salvum esse ob intervenientem Falcidiæ rationem: simili plane locutione, qualis est in *l. pœnales actiones* 32. §. *si Titio* 4. *ff. ad leg. Falcid.* Vide varie sentientes Berlichium *part.* 3. *conclus.* 13. *n.* 10. & *seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 120. *num.* 13. Costalium *ad l.* 25. *ff. h. t.* Plane, si pater quid filiæ reliquerit nomine legitimæ, filios autem & nepotes ex illa filia instituerit, ac filia queratur minus sibi relictum esse, supplementumque petat, non omnes instituti, sed soli ex filia nepotes, hoc supplementi onus sustinent; quippe quibus materna portio ex testamento obtigit, ut ita inter liberos æqualitas servetur, Dom. Joh. a Someren *de repræsentatione cap.* 5. *num. ult.*

71. Tendit hæc ad supplementum actio ad id, ut suppleatur quod deest legitimæ: adeoque supponit hæc actio, aliquid jam testamento fuisse assignatum, sed quia minus quam par est relictum erat, alia debere relictis addi, §. *sed hæc ita* 3. *Instit. h. t. l. omnimodo* 30. *C. h. t.* cui consequens est, ut si quis, nulla re vel quantitate in testamento legitimæ nomine relicta, exhæredatus fuerit, aut præteritus, neutiquam ad hanc de supplemento actionem admittendus sit, sed potius ad querelam inofficiosi testamenti, arg. *d.* §. 3. *Instit. h. t.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 99. *in fine*, etiamsi ei inter vivos titulo dotis aut alio simili tantum datum esset, quantum ad legitimam constituendam sufficere poterat: percepturus scilicet hæreditatem totam jure intestati, & ita tanquam ex clausula codicillari gravatus universali fideicommisso duas quartas, legitimam & Trebellianicam, secundum ante exposita deducturus; ac ne in legitimam quidem imputaturus sibi inter vivos data, nisi positis illis terminis, quibus descendens succedens ascendenti, cum aliis descendentibus ad dotem & similia ceteris cohæredibus conferenda obstrictus est, secundum collationis naturam, de qua *tit. de collation.* vel nisi nominatim dationi inter vivos adjectum fuerit, hæc inter vivos data in legitimam imputanda esse, *l. si quando* 35. §. & *generaliter* 2. *C. h. t.*

72. Non minus hisce consentaneum est, exhæredatum talem, cui nihil legitimæ nomine datum est, si aliquo facto testamentum & exhæredationem comprobaverit, neque ad querelam admitti; quippe qua sese per comprobationem, secundum ante tradita, spoliavit; neque ad actionem ad supplementum; quippe quæ prærequirit, aliquid fuisse testamento datum. Et licet quandoque jure is etiam minus dicatur habere, qui revera nihil habet, & minus ei tributum in actione tributoria, cui nihil tributum est, *l. illud quoque* 7. §. *si cujus* 2. *in med. ff. de tribut. act. l. minus solutum* 32. *l. verbum amplius* 83. *l. si ita a te* 150. *ff. de verbor. signifi.* tamen ut ei, cui nihil penitus testamento datum est, actio ad supplementum accommodaretur, quasi minus datum esset, dum nihil datum, non permittunt leges superius allegatæ, §. 5. *Inst. h. t. l.* 30. *l. pen. C. h. t.*

74. Quod si in ferenda de inofficioso testamento sententia dissentiant pari numero judices, pro testamento contra exheredatum pronunciandum est, ita suadente non tantum jure reorum, in pari causa potiore habito, quales plerumque in hac materia qui testamento instituti, arg. *l. inter pares* 38. *ff. de re*

judicat, sed & (si eos aliquo in casu actores concipias juxta *l. Papinianus* 8. §. *si filius* 13. *ff. h. t.*) urgente ipso testamentorum favore ac humanitate, *l. si pars* 10. *ff. h. t.* Quamvis enim odiosa fuerit credita passim interpretibus exheredatio, ideoque nulla fuerit interpretatione adjuvanda, *l. cum quidam* 19. *ff. de liberis & post. humis*, superatum tamen fuit in hoc dubio odium exheredationis prætensum favore testamenti & institutionis: tametsi vere nullum odium exheredationis in jure nostro appareat, sed tantum favor talis ei denegatur, qualis institutionem comitatur, ut ante dictum.

74. Sed nec illud prætereundum, ei, qui per querelam victor evasit adversario ab illa sententia ad superiorem appellante, interim ab herede instituto & victo alimenta pro modo facultatum subministranda esse, quoties id urget inopia conquerentis, *l. si instituta* 27. §. *de inofficioso* 3. *ff. h. t.* maxime, cum exheredato non soleat tribui bonorum possessio ex Carboniano edicto, dilata in tempus pubertatis querela, *l. qui de inofficioso* 20. *ff. h. t. l.* 1. §. *Pomponius* 8. *ff. de Carbonian. edict.*

TITULUS III.

De Hereditatis petitione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit petitio hereditatis; cur, & quo sensu sit actio mixta in rem & in personam ex quasi contractu? durat triginta annis.*
2. *Est & bonæ fidei.*
3. *Quibus competat? an ex testamento recte petat, qui petiit prius ab intestato, & vice versa? An uno libello cumulari possit petitio ex testamento, & ab intestato? Quibus utilis petitio detur?*
4. *Qui petit hereditatem ab intestato, probare non tenetur, defunctum intestatum decessisse, sed tantum, se proximum esse.*
5. *Qui eam petit ex testamento, si illud producat, probare non tenetur, illud postremum esse, aut vitio carere.*
6. *Qui eam petit ab intestato ab extraneo, probare non tenetur, se proximum esse, sed sufficit, quod se cognatum doceat; secus, si petat ab alio itidem cognato.*
7. *Contra quos detur? qui* pro herede, *qui* pro possessore *dicantur possidere, aut pro talibus habeantur?*
8. *Datur & contra eos, qui dolo desierunt possidere, vel liti se obtulerunt. Qui si actori satisfecerint, an liberetur verus possessor jure civili aut hodierno?*
9. *Etiam contra eos, qui de rei hereditariæ possessione vi dejecti sunt, aut rerum hereditariarum pretia possident, & similes: an etiam contra debitores hereditarios?*
10. *An contra possidentes titulo singulari? an contra emtores hereditatis, quive eam in dotem acceperunt, eorumque heredes, utilis petitio detur?*
11. *Quid juris sit circa fructuum restitutionem, cum emtor hereditatis utili actione convenitur?*
12. *Quid juris, si filiusf. aut servus hereditatis possessor sit?*
13. *Quæ restituenda sint in hac actione?*
14. *Quæ non restituantur? an pœna per possessorem exacta? an res ipsi possessori emta? an servitutes prædiales aut personales?*
15. *Quid intersit inter bonæ & malæ fidei possessorem in hac actione circa restitutionem fructuum naturalium, civilium, pensionum, usurarum; & circa periculum nominum ex collocata fœnori pecunia hereditaria?*
16. *Quid intersit inter bonæ & malæ fidei possessorem, si res hereditariæ neglectæ, consumtæ, erogatæ sint, & quo usque bonæ fidei possessor de rebus consumtis teneatur?*
17. *Si res hereditariæ ante vel post litem contestatam perierint, an, & quando pereant bonæ vel malæ fidei possessori? Quid juris, si possessor hereditatis debitores hereditarios non interpellaverit, & ita inopia debitoris aut præscriptione actio inutilis facta sit?*
18. *Quid intersit inter bonæ & malæ fidei possessorem circa restitutionem pretii, quoties res hereditariæ ante vel post litem contestatam ex necessitate vel libera voluntate per eos distractæ sunt, sive privatim, sive publica auctione?*
19. *Qui hac conveniuntur actione, vicissim indemnes servandi, si occasione rerum hereditariarum caverint, si hereditario nomine æs alienum aut similia solverint, & quid juris, si indebitum solverit bonæ vel malæ fidei possessor ante vel post litem contestatam?*
20. *An bonæ vel malæ fidei possessor restituens deducere ex hereditate possit quod sibi ex hereditate debitum.*
21. *Quas impensas in res ipsas hereditarias, non fructuum intuitu factas, deducat aut tollat bonæ & malæ fidei possessor? & quid circa hac intersit inter hanc actionem & rei vindicationem?*
22. *Si impensæ ad fructuum perceptionem factæ sint, vel tales, quæ cum usu solent compensari, an, & quo usque eas bonæ & malæ fidei possessor recuperet?*
23. *Nulla actione, sed sola retentione possessor hereditatis impensas recuperat, exceptis paucis casibus; & quid moribus?*
24. *An & pro illiquidis impensis retentio possessori detur, & an res restituere compellendus sit oblata sibi cautione de illiquidis restituendis cum liquidæ erunt?*
25. *Pendente petitione hereditatis, legatarii & creditores hereditarii agere possunt contra actorem vel reum. An & actor aut reus, pendente hoc judicio, debitores hereditarios aut rerum hereditariarum possessores convenire possint? An reus petitionem hereditatis repellere possit exceptione præjudiciali falsi testamenti?*
26. *An ad hanc actionem movendam jurisdictio per arrestum fundari possit?*

1. Hereditatis petitio est actio civilis primario in rem, mixta tamen propter præstationes personales, bonæ fidei, qua quis contendit hereditatem suam esse, eamque sibi ab eo, qui pro herede vel pro possessore possidet, restitui. Primario in rem esse hanc actionem vix ambigitur, eo quod petitor hic

in rem agere dicitur, *l. si bonæ fidei* 49. *ff. h. t.* & id ipsum abunde demonstrat tum *vindicationis* tum *petitionis* vocabulum, quo proprie in rem actiones denotari constat, *l. legi imam* 3. *ff. h. t. hæreditas* 3. *Cod. h. t.* junct. §. *appellamus* 15. *Inst. de actionib. l. pecuniæ verbum* 178. §. *actionis* 2. *ff. de verb. signif.* Mixtam tamen esse propter præstationes personales, rescriptum in *l. hæreditatis* 7. *C. h. t.* Quamvis enim in rei vindicatione, & aliis actionibus, fructuum quoque restitutionem venire haud negandum sit; tamen non tam jure actionis, quam judicis officio id contingere verum est, cum fructus non augeant rem singularem, nec, re per singulare judicium vindicata, videri possint vindicati fructus jam separati, & ita non amplius partem rei singularis constituentes: contra vero augeant ipso jure hereditatem utcunque jam a solo aut principali re separati, sic ut quisquis hereditatem petit, etiam simul censeri debeat ipsos petiisse fructus, non velut rei, unde provenerunt, sed magis ut hereditatis, juris illius universalis, partem, seu sub universali jure comprehensam: jure scilicet universali facilius, quam corpore singulari, augmentum admittente *l. si poss.* 2. *C. h. t. l. non est ambiguum* 9. *C. famil. erciscund. l. item veniunt* 20. §. *item non solum* 3. *ff. h. t.* Et ut apertius dicam, considerandum est, petitionem hereditatis actorem persequi & ea, in quæ defunctus jus aliquod habuit, & ea, in quæ nullum ipsi tempore mortis jus erat quæsitum. Illa quidem, in quæ jus defuncto competit, petuntur ex jure in re, in quantum actor, ex aditione hereditatis heres factus, in universum successit defuncti jus, sub quo tam bona defuncti propria, quam commodata eidem, aut pignori data, aut deposita, aliaque similia sunt comprehensa; cum hereditas juris nomen sit, & juris intellectum habeat, ac universitatem quandam successionis non singulas res demonstrat, *l. hæreditas* 50. *ff. h. t. hæreditatis* 119. *l. bonorum appellatio* 208. *ff de verbor. signif.* At ex adverso ea, in quæ nullum jus defunctus habuit, ex jure in re nequaquam heres hac actione persequitur; quippe in quas cum nullo gauderet jure defunctus, nec heres jus ullum ex defuncti persona sibi potuit arrogare; sed magis is, qui pro herede vel possessore possidet, ex quasi contractu, puta gestione vel facto, est obligatus. Etenim quinario præcise numero, *in tit. Inst. de oblig. ex quasi contractu* proposito, adstringere ac circumscribere velle omnes quasi contractus, erroneum est; eo quod & condictio causa data causa non secuta ex quasi contractu descendit; & generaliter, ubi extra id quod agitur tacita obligatio nascitur, *l. is, qui* 13. *in fine ff. comm dati.* Quin & jurisjurandi delatione, & judicio quasi contrahi, manifestum est ex *l. licet* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. de peculio l. qui jurasse* 26. §. *ult. ff. de jurejur.* junct. *l. inter stipulantem* 83. §. *si Stichum* 1. *ff. de verbor. obligat.* Simili ratione, si possessor hereditatis fructum perceperit, vel ex rerum hereditariarum distractione pretium redegerit, vel defuncto debitum a debitoribus hereditariis exegerit, vel ex hereditaria pecunia res comparaverit hereditati necessarias, vel res hereditarias reddiderit dolo culpave deteriores, incipit protinus heredi vero ex quasi contractu ad hæc omnia restituenda vel præstandi obstrictus esse, *l. sed & si* 25. §. *petitio* 18. *ff. h. t.* junct. *item veniunt. l.* 20. §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* Cum ergo neque pretia rerum, neque id quod a debitoribus exactum est, nec res nummis hereditariis emta, aliaque similia, nunquam defuncti fuisse certum sit; & tamen hæc omnia petitione hereditatis heres persequatur, tanquam jus illud hereditarium heredi quæsitum augentia, aut in locum rerum ex ea hereditate diminutarum surrogata; manifestum puto, cur, & quo sensu hæc actio *mixta* fuerit ab Imperatore appellata. Quia vero mixta est, ideo quoque ex actionum personalium natura id habet, quod non decem aut viginti, sed tantum triginta annorum præscriptione perimitur *l. heredi ais* 7. *C. h. t. l. hæreditatem* 4. *C. in quib. caus. cessat longi temp. præscript.* Parladorius *rerum quotid. lib.* 1. *cap.* 1. §. 11. *n.* 5. & *seqq.*

2. Sed & bonæ fidei esse hanc actionem, a Justiniano constitutum est; licet de eo olim fuisset disceptatum; §. *actionum autem* 28. *in fine ins it. de action. l. ult.* §. *ult. C. h. t.* adde Cujacium *lib.* 3. *observ.* 17.

3. Competit autem hæredi vero, sive per se sive per personas suæ subjectas p testati, velut servos aut filios familias, hæres sit; sive ex testamento, sive ab intestato, & adierit hæreditatem, *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* ut tamen potior sit causa heredis instituti, eoque demum deficiente h res ab intestato veniat admittendus, *l. si scripsi* 9. *C. h. t.* Quod si quis hæreditatem ex testamento petens succubuerit, deinceps eandem ab intestato petere non prohibetur; eo quod hæreditate . petens ex testamento, quod putat valere, legitimam non videtur repudiasse hæreditatem, *l. legitimam* 6. *ff. h. t. l. tamen respondit* 46. *ff. de bonis libertor. l. mater* 19. *in med. ff. de inoff. testam.* & vice versa, si quis ab intestato petierit ac succubuerit, posteaque resciverit, se testamento institutum esse, non vetatur ex testamento petere; eo quod videri non potuit per aditionem hæreditatis, quasi ab intestato delatæ, repudiasse hæreditatem, quam sibi testamento delatam ignorabat, *l. nec is* 17. §. 1. *ff. de adquir. vel omitt. hered.* Quod si actor simpliciter hæreditatem petat, nec exprimat, utrum ex testamento an ab intestato hæres sit, petente adversario, id exprimere tenetur, repellendus alioquin obscuri libelli exceptione ex generalibus juris principiis, *tit. de edendo* traditis. Cui consequens est, ut merito reprobetur eorum sententia, qui putant, uno libello cumulari posse petitionem hæreditatis ex testamento & ab intestato; non tantum, quia jure Romano plures actiones uno libello comprehendi prohibitum, ut dixi *tit. de edendo*; sed &, quia duo contraria, quæ simul consistere nequeunt, qualis est successio testati & intestati, non possunt ejusdem litis fundamentum esse, arg. *l. ult. C. de codicill.*, Boerius *decis.* 35. Ant. Matthæus *de successionibus disput.* 20. *n.* 10. Mynsingerus *cent.* 3. *observat.* 25. Utilis quoque hæreditatis petitio datur emtori hæreditatis, cum hæredis vice sit, *l. ei, qui* 54. *ff. h. t.* junct. *l.* 2. §. *cum quis debitori* 10. *ff. de hered. vel act. vend.* ut & marito, cui uxor hæreditatem in dotem dedit, arg. *l. nec ullam* 13. §. *apud Marcellum* 10. *ff. h. t.*

4. Ceterum qui hæreditatem ab intestato petit, probare non tenetur, eum, de cujus hæreditate agitur, intestatum esse mortuum; sed sufficit, quod se

proximum adeoque legitimum esse hæredem docuerit: quo demonstrato, totum actionis fundamentum adstructum est, reoque deinceps incumbit suam probare exceptionem, qua legitimum testamentaria dispositione contendit a jure per leges dato exclusum esse; cum utique reo incumbat exceptionis suæ veritatem adstruere; non vero actori, nulla exceptione suam posse intentionem elidi, *l.* 1. *ff. de exceptionibus*, *l. quingenta* 12. *l. in exceptionibus* 19. *ff. de probationibus*. Eoque facit, quod ab ea parte, quæ dicit, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse, vel exclusum specialiter lege vel constitutione; id ipsum probari oportere, Paulus respondit, *l. ab ea parte* 5. *ff. de probation.* ac proinde etiam necesse est, ut testamentariam dispositionem, qua legitimus quasi lege, a jure succedendi prohibitus dicitur, contradictor probet. Quibus accedunt non temere spernenda Juris axiomata, affirmanti, adeoque contendenti testamentum esse factum, incumbere probandi onus; nec ea, quæ facti sunt, in dubio præsumi, sed probationibus legitimis esse demonstranda, Fachineus *lib.* 6. *controvers. cap.* 46. Mantica *de conject. ult. voluntat. lib.* 2. *tit.* 1. *per tot. & præcipue num.* 11. Menochius *de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 1. Mascardus *de probationibus vol.* 2. *conclus.* 939. ad verbum *intestatus*. Nec contrarium est in *l. si emancipati* 9. *C. de collationibus*; cum *probatio* illic proposita non ad testamentum pertineat, sed tantum ad emancipationem; dicitur enim, *si nec ullum testamentum relictum est*, *vel novissimum judicium communis patris*, *teque emancipatum probatum fuerit*. Ne dicam, eos quoque in jure nostro dici probare, qui ab adversa parte prolata diluunt, docendo verbi gratia, testamentum, ab adversa parte productum, inutile esse; aut falsitate laborare; juxta *l. D. Pius* 5. *§. pen. ff. h. t.* quo modo & rei criminum & heredes eorum innocentiam dicuntur probare, quos tamen ut nihil probantes, sed argumenta tantum ad convincendum ab accusatore adducta diluentes ac enervantes, absolvendos esse, ex principiis juris manifestum est, *l. quicunque* 2. *C. de requirendis reis*, *l. ult. §. ult. ff. de bonis eor. qui ante sent. mortem sibi consciv.*

5. Eodem juris fundamento, qui hereditatem ex testamento petit, eodem prolato, probare non tenetur, nullo alio posteriore testamento illud infirmatum aut revocatum esse, aut vitio nullo laborare; sed magis is, qui id ratione quacunque infirmatum contendit, *l. si scriptum* 11. *C. de probationibus*, *d. l.* 5. *§. pen. ff. h. t.* Mantica *de conject. ult. voluntat. d. lib.* 2. *tit.* 1. *num.* 11.

6. Quin imo, si ab intestato hereditatem quis vindicet ab eo, qui extraneus est, nec jure sanguinis succedere potuit, ne necesse quidem erit, ut se proximum probet defuncti cognatum esse, sed sufficit, quod se cognatum doceat, quo probato, possessoris esset, demonstrare, actorem, ab aliis proximioribus & ita jura potiora habentibus succedere impeditum esse. Si enim affirmanti probatio incumbat, non neganti, & omnis assertio, qua quis se proximum defuncto esse ait, pro fundamento habeat negationem illam alium nullum esse proximiorem, necesse est, ut extraneus possessor confessione propria nullum jus habens, doceat, illum, qui tanquam cognatus ad successionem ab intestato venire potest, ab alio jura potiora habente exclusum esse; præsertim si consideres, non præcise requiri, ut, qui ab intestato successionem vindicat, cognitionis vinculo proxime defunctum contingat, ut pote & hereditatem civilem & prætoriam bonorum possessionem agnoscere sibique arrogare valens ex successorio edicto, quoties gradu proximior eam petere noluerit ac vindicare, *l. si avia* 3. *C. de successor. edicto*, sic ut fundamentum intentionis in casu, quo extraneus possessor est, tantum sit vinculum sanguinis, non item gradus proximitas; cum cognatus, utcunque remotissimus, quamvis a proximioribus cognatis excludatur, extraneum tamen ipse eo unico, quod cognatus est, in totum ab omni & successionis jure excludat. Contra quam statuendum foret, si hæreditatis possessor ipse quoque cognatus esset: tunc enim non aliter petitor hoc judicio possidentem superare posset, quam si se probaverit esse ipso possessore proximiorem ei, de cujus agitur hereditate; eo quod tunc non in solo sanguinis vinculo, quod & possessori & petitori commune est, sed in gradus proximitate unicum est positum intentionis fundamentum, Mascardus *de probationibus vol.* 3. *concl.* 1232. ad verbum, *proximior*, Tyraquellus *de retract. gentil. §.* 11. *gloss.* 1. *n.* 8. 9. 10. Covarruvias *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 6. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 332. (*revera*) *n.* 1. 2. 3.

7. Datur adversus eum, qui pro herede vel pro possessore possidet; adeo ut & jure singulari cogatur reus conventus dicere titulum possessionis suæ, utrum pro herede possideat, an pro possessore, *l. cogi* 11. *C. h. t.* Sed & adversus horum heredes datur, etiamsi hi ignorent, pro herede vel pro possessore defunctum possedisse, *l. nec ullam* 13. *§. Neratius* 2. *ff. h. t. l. si post* 2. *C. h. t.* Pro possessore quidem possidere censetur, qui nullo jure rem hereditariam vel totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet, *§. adipiscendæ* 3. *Instit. de interdictis*, nec ullum allegare potest possessionis titulum, sed interrogatus *cur possideat*, responsurus est, *quia possideo*, ne per mendacium quidem contendere audens, se heredem esse; quales fures & prædones, *l. pro herede* 11. *§.* 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. h. t. l. hac actio* 13. *§.* 1. *ff. de servo corrupto*. Quibus & accensendi, qui tacitam fidem accommodarunt, ut incapaci restituerent hereditatem, *l. prædonis* 46. *ff. h. t.* & quotquot titulo quidem aliquo munit sunt, sed tali, qui ipso jure nullus est, quales qui emerunt a furioso, quem putabant sanæ mentis esse, aut in dotem acceperunt a puella duodecim annis minore, aut a conjuge per donationem; cum constet, neque venditionem neque donationem dotisve dationem his in casibus posse efficacem esse, *l. nec ullam* 13. *§. omnibus* 1. *ff. h. t.* Pro herede vero præcipue quidem ille possidere dicitur, qui bona fide se heredem esse opinatur, cum non sit, *l. pro herede* 11. *ff. h. t. d. §. adipiscendæ* 3. *Instit. de interdictis*, sive in facto, sive in jure erret; eo quod ipse quoque juris error alienæ rei conscientiam, malamque adeo fidem, excludit, *l. sed etsi* 15. *§. scire* 6. *ff. h. t.* Nec est, quod quem turbet, juris errorem non prodesse acquirere volentibus lucrumque captantibus, *l. juris ignorantia* 7. *ff. de juris & facti ignorantia*, cum possessor bonæ fidei in hac

materia non de lucro captando agat, sed tantum de damno evitando; quippe obstrictus ad restituendum, quatenus locupletior factus est, omni lucro ei auferendo, *l. post Senatusconsultum* 28. *ff. h. t.* Interim tamen & eum, qui mala fide possidet, non pro possessore, sed pro herede possidere obtinuit, quoties justum habet validum titulum, dum sciens emit alienam hereditatem: nemo enim prædo videri poterat, qui pretium numeravit, *l. nec ullam* 13. §. *si quis sciens* 8. *ff. h. t. l. nemo prædo est* 126. *ff. de reg. jur.* reprobata Juliani sententia, quæ non tantum proponitur in *d. l.* 13. §. 8. sed & *in l. non solum* 33. §. *quod vulgo* 1. *ff. de usurpat. & usucap.* Licet autem hactenus pro herede possidere censeatur, qui sciens emit, ut pro prædone habendus non sit; non tamen ideo bonæ fidei possessoribus annumerandus est, sed magis illis, qui mala fide possident; sic ut & ea, quæ de malæ fidei possessoribus deinceps tradenda erunt, ad hunc quoque scienter ementem porrigenda sint. Nam si ille pro malæ fidei possessore habendus sit, qui hereditatem emit, de qua controversia est; multo magis huic classi accensendus erat, qui non dubius tantum propter controversiam motam, sed plane certus est, alienam esse hereditatem, arg. *l. si post motam* 2. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 53.

8. Insuper adversus eos datur, qui, cum non possiderent, liti tamen sese obtulerunt tamquam possidentes, cum actor eos possessione destitutos esse ignoraret, saltem ut præstent id quod interest, actorem non fuisse deceptum, *l. nec ullam* 13. §. *non solum* 13. *l. sed etsi* 25. §. *quod ait* 2. *& seqq. l. qui se liti* 45. *ff. h. t. l. ff. is, qui* 7. *l.* 25. 26. *ff. de rei vindicat.* Groenewegen *ad l.* 36. *ff. de rei vindic.* quique dolo malo possidere desierunt, dolus quippe pro possessione est: adeo ut, si per multos ambulaverit possessio, quo omnes dolo desierunt possidere, singuli tanquam possessores possint conveniri. Idemque est, si possessionem dolo noluerint admittere, *l. nec ullam* 13. §. *pen. l. sed & si* 25. §. *perinde, inquit* 8. *ff. h. t. l. sin autem* 27. §. 3. *ff. de rei vindicat.* junct. *l. qui dolo* 131. *l. parem esse* 150. *l. ad ea, quæ* 157. §. 1. *ff. de regul. juris.* In heredes tamen eorum, qui dolo possidere desierunt, non amplius dabitur hæc, vel potius in factum actio, quam quatenus ad eos pervenit, *l. si in rem* 51. *l. cum autem* 52. *ff. de rei vindicat.* nisi lis cum defuncto jam contestata fuerit: quippe quo casu & ex dolo defuncti in solidum condemnandi forent, & ex dolo proprio propriaque culpa, arg. *l. si in rem* 42. *&* 51. *ff. de rei vindicat.* Quid in iis obtineat, qui culpa ante litem contestatam desierunt possidere, patet ex iis, quæ de intercedentibus inter bonæ & malæ fidei possessores differentiis hoc *tit. in seqq.* tradita sunt. Quod si hi, qui vere non possidebant, sed juris interpretatione pro possessoribus habebantur, litis æstimationem præstiterint, cum non tam rem, quam potius doli sui pœnam præstitisse censeantur, verus possessor adhuc de re ipsa restituenda efficaciter conveniri potest, ex juris Romani rigore, *d. l.* 13. §. *pen. in fine ff. h. t. l. si is, qui* 7. *ff. de rei vindicat.* Secus quam obtinuit, si prius conventus possessor verus rem aut æstimationem præstiterit, vel necdum conventus paratus tamen fuerit judicium pati aut præstare æstimationem; liberatur enim his in casibus, qui dolo desierat possidere, *d. l.* 13. §. *pen. ff. h. t. l. Stichum* 95. §. *dolo fecisti* 9. *ff. de solutionibus.* Ceterum, cum in actionibus rei persequendæ causa comparatis (qualis & hereditatis petitio est, & rei vindicatio, & aliæ similes) improbus esse ac dolo facere censeatur, qui velit iterum consequi, quod accepit, & ita bis idem petere, *l. si quis dolo* 51. §. 1. *ff. de re judicata*, & in noxalibus judiciis id tanquam æquum Romani probaverint, ut possessor liberetur, quoties is, qui servum aut animal, a quo damnum datum, dolo desierat possidere, vel liti se obtulerat, actori satisfecit, *l. si quis* 8. *l. qui servum* 20. *ff. de interrog. in jure fac. l. de illo* 24. 25. 26. *ff. de noxal. action.* non video, cur non & in nostro casu moribus hodiernis verus possessor liberetur, ubi is, qui dolo possidere desiit, actori id quod interest exsolvit perinde ac si vere possideret: maxime, si consideretur, præter id quod interest, vix ullo in casu pœnarum, privatis ex actione privata applicandarum, persecutionem nunc amplius vigere; teste Groenewegio cum multis aliis *ad rubricam Cod. de pœnis.* Confer. *tit. de interrogat. in jure faciendis num. ult.*

9. Quid? quod & hereditatis petitio adversus eos datur, qui sine dolo malo possidere desierunt, cum ab initio pro hærede possedissent, quales, qui de rei hæreditariæ possessione vi dejecti sunt, aut rem hæreditariam vendiderunt, & necdum soluto pretio tradiderunt, vel quasi ex causa fideicommissi hæreditatem aut rem singularem hæreditariam præstiterunt; aut nubentes marito dederunt in dotem; ad id saltem, ut interdictum unde vi ad rem recuperandam, aut actionem ex vendito ad persequendum pretium, aut indebiti condictionem ad legata vel fideicommissa soluta repetenda heredi cedant, *l. nec ullam* 13. §. *idem erit* 5. *&* §. *apud Marcellum* 10. *l. quod si in idem* 16. §. *Julianus* 4. *&* §. 5. *&* §. *ult. l. Idem Julianus* 35. *ff. h. t.* Multoque magis adversus eos, qui pretia rerum hereditariarum, aut debita hereditaria exacta possident; quive cum debitores essent hereditarii, solvere heredi recusant ex eo, quod se heredes esse, & extinctum confusione debitum arbitrantur, atque ita quasi juris possessores sunt, *l. nec ullam* 13. §. *ult. l.* 14. 15. *l.* 16. *pr. &* §. *non solum* 3. *l. si & rem* 22. *l. filii familias* 34. §. 1. *l.* 36. *ff. h. t.* nam si ob id debiti hereditarii solutionem detrectent, quod dubitant, an heres sit, qui hereditaria debita persequitur, non hac, sed magis actione ea, qua & defunctus experiri debuerat, conveniendi sunt, *l. si debitor* 42. *ff. h. t.*

10. Licet autem nihil intersit, utrum quis totam hereditatem possideat possederitve, secundum ante dicta, an partem ejus, aut etiam rem singularem licet minimam, *l. regulariter* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* tamen, si particulari dotationis, emtionisve, aut alio simili titulo valido, rerum singularium hereditariarum possessor sit, singulare quoque in rem judicium potius, quam hoc universale in eum dandum foret; etiamsi ab eo emisset, qui pro herede vel pro possessore possidebat, & ita poterat hereditatis petitione conveniri; cum emtor rei singularis non sit heredis loco, aut vicem ejus subeat, *l. hæreditatem* 4.

l. in quib. causis cessat longi temp. praescript. l. hereditatis 7. *C. h. t.* Plane, si quis emtionis titulo non res hereditarias, sed jus hereditarium sibi comparaverit; aut dotis titulo jus illud ei ab uxore collatum sit; adversus eum tanquam vicem heredis gerentem aut saltem non longe ab eo diversum, vel utilis hereditatis petitio, vel specialis rei vindicatio datur, actoris arbitrio, *l. nec ullam* 13. §. *quid, si quis* 4. §. *item si quis* 9. §. *apud Marcellum* 10. *ff. h. t. l.* 2. *C. h. t.* Parladorius *rerum quotid. lib.* 1. *cap.* 1. §. 71. *n.* 9. *& cap.* 5. adde Fachineum *lib.* 1. *controv. cap.* 4. Cujacium *lib.* 9. *observ.* 25. Idemque juris est in heredibus eorum, qui ita hereditatem ab eo, qui pro herede possidebat, emerant: quod JCtum innuere existimo in *l. nec ullam* 13. §. *heredem* 11. *ff. h. t.* cum ait, *heredem autem etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emtore possedit, hereditatis petitione teneri constat.* Actum scilicet fuerat in §. 8. 9. & 10. dictae legis 13. de illis, qui emtionis aut dotis titulo hereditatem adepti fuerant ab illis, qui pro haerede vel pro possessore possidebant, ac assertum, eos utili hereditatis petitione conveniri posse, quasi pro herede possiderent: sed ut heredes eorum, qui vere possidebant pro herede, hac etiam actione teneri, Ulpianus monuerat in hac *l.* 13. §. *Neratius* 3. ita quoque heredes eorum, qui emerant hereditatem a putativis heredibus, ac actione, uti scilicet, interpellari posse in *d.* §. 11. subjungit, ubi defunctus *pro emtore possedisse* dicitur, non quod res singulares emisset, sed quod totam emisset hereditatem, eamque ita possedisset pro emtore convenienter praecedentibus in §. 8. & 9.

11. In emtore tamen hereditatis illud singulare est, quod, sive rei vindicatione, sive hereditatis petitione conveniatur, de fructibus ante litem contestatam ex haereditate perceptis & consumtis non teneatur, etiamsi locupletior inde factus fuerit, si in bona fide sit: cum enim emtor hereditatis proprio, eoque singulari titulo possessionis ex emto munitus sit, aequum visum fuit, eum etiam rerum singularum jure conveniri, id est, ita de fructibus teneri, quasi non utili judicio universali, sed particulari rei vendicatione conveniretur, *d. l. si post motam* 2. *C. h. t.* Ceterum si in mala fide emtor fuerit, sciens venditorem heredem non esse, aut litem de hereditate jam venditori motam, ad restituendos fructus omnes tum consumptos tum percipiendos obstrictus foret; nam etsi propter titulum & pretii numerationem praedo non sit, ideoque non directa hereditatis petitione tanquam pro possessore possidens conveniri debeat, sed utili: (quo respectu tantum inter eum & praedonem differentia posita est in *l. nec ullam* 13. §. *si quis sciens* 8. *ff. h. t.*) tamen fructuum intuitu idem in eo, quod in alio quovis praedone, receptum est, *d. l.* 2. *C. h. t.*

12. Quid in filiof. aut servo, eorumque patribus ac dominis pro herede vel pro possessore possidentibus obtineat, colligi potest ex. *l. filiifam.* 34. §. 1. *l.* 35. 26. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* junct. *deposui* 38. *ff. de peculio.*

13. Tendit haec petitio hereditatis ad id, ut restituantur ea omnia, quae, cum hereditaria essent, a reis possidentur, aut secundum ante tradita desierunt possideri; sive defuncti propria, sive ei commodata aut pignori data, aut penes eum deposita, sic ut eorum periculum ad haeredem pertineat, *l. & non tantum* 19. *pr. &* §. 2. *ff. h. t.* quaeque reus pendente hac actione incepit possidere; cum sufficiat, deberi petenti restitutionem rei ante litem contestatam, ad id, ut is, qui tempore latae sententiae possidet, & cum quo facta est litis contestatio, condemnari possit, *l. si hereditatem* 4. *l. item videndum* 18. §. *si quis* 1. *l. si quo tempore* 41. *ff. h. t.* Adde *tit. de rei vindicat.* Insuper, quae hereditatis causa comparata sunt, sive ex pecunia hereditaria, sive aliunde: si modo vel necessaria fuerit rerum talium emtio, vel magna saltem hereditatis utilitas in iis versetur, *l. item veniunt* 20. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* & quae post mortem hereditati accesserunt, eandemque auxerunt, fructus, & fructuum fructus, & partus ancillarum, *l. sed & si* 25. §. *ult. l.* 26. 27. 28. *d. l.* 20. §. *item non solum* 3. *ff. h. t.* ut & usurae fructuum ante, non post litem contestatam, perceptorum, *l. heres* 51. §. 1. *ff. h. t.* lucra quoque, non honesta tantum, sed & inhonesta; ne honesta interpretatio, inhonesto quaestui adhibita, lucrum possessori faciat, *l. post senatusconsultum* 28. *l. si possessor* 52. *l. evicta* 55. *ff. h. t.* Adde Gothofred. *ad d. l.* 52. Denique actiones, quas possessor haereditatis, qua talis, acquisivit; quippe quas cedere victori debet; veluti condictionem ex mutuo, si hereditaria pecunia data sit; vel actionem ex emto, si res haereditariae divenditae, vel interdictum unde vi aut de precario, si tertius a possessore vi vel precario res hereditarias coeperit possidere, *l. quod si in diem* 16. §. *Julianus* 4. *&* 5. *l. Julianus scribit* 30. *l. illud quoque* 40. §. *actiones* 2. *ff. h. t.*

14. Non tamen restituenda per possessorem poena, si quam consecutus sit non tam occasione rei, quam occasione propriae personae: atque adeo, licet reddere teneatur, quod ex lege Aquilia in duplum ob inficiationem adversarii exegit, quodve ex pretio rerum distractarum tardius soluto poenae nomine pactus ac consecutus est; ne lucrum alioquin ex eo, quod propter hereditatem accipiat, faciat, *l. utrum autem* 23. §. 1. *l. sed & si* 25. *pr. l. evicta* 55. §. *ff. h. t.* tamen, si poenam nactus sit ob id, quod de possessione vi dejectus est, aut quod adversarius hereditario jure per eum in jus vocatus ad judicium non venit, non compellitur restituere; cum factis hisce non tam hereditas, quam possessoris persona laesionem passa videatur, *l. at ubi* 24. *ff. h. t.* Similiter nec res, quas possessor ex pecunia hereditaria, non hereditatis gratia, sed sua causa, comparavit, hac continentur actione, *l. item veniunt* 20. §. *sed non* 1. *ff. h. t.* Nec servitutes praediales, quia praediis cohaerent, nec separatim a praediis concipi possunt, neque quicquam eo nomine potest restitui: se magis confessoria experiundum actione, quoties quis ire vel agere impeditur, *l. & non tantum* 19. §. *ult. ff. h. t.* vel etiam interdicto quod legatorum, si ponatur facti species isti interdicto apta, dum forte is, cui servitus praedialis legata est, usum ejus sine heredis voluntate exercet, & falcidiae deductio facienda est, *l.* 1. §. *unde est quaesitum* 8. *ff. quod legatorum.* Aliter quam sese res habet in personalibus servitutibus, quoties eas contingit ad haeredes transire, dum vel ususfructus alicui pro se & heredibus constitutus est, vel servitus operarum fuit con-

cessa, juxta *l. antiquitas* 14. *C. de usufr. & habit.* & *l. hominis opera* 2. *ff. de usu & usufr. &c. legatis*, est enim, quod his in casibus possit restitui, servi nempe ipsi operas præstantes, ut & corpora, in quibus ususfructus constitutus est: quorum possessionem aut saltem detentionem penes usufructuarium esse oportere, haud ambigitur.

15. Sed nec prætermittendæ silentio differentiæ, quantum ad hujus actionis effectum & restituendi necessitatem, inter bonæ & malæ fidei possessorem intercedentes, quas & in fructibus, & rebus hereditariis consumtis, aut casu peremtis, & rerum distractarum pretiis observare, operæ pretium est. Ex fructibus enim, sive naturalibus, sive civilibus, puta, pensionibus, mercedibusque, nec non usuris ex pretio rerum hereditariarum distractarum, ante litem contestatam perceptis ac consumtis, non ultra restituendum est, quam quatenus inde locupletior est bonæ fidei possessor tempore rei judicatæ, *l.* 1. §. *C. h. t. illud quoque* 40. §. *prædo* 1. *ff. h. t.* junct. *l. si a domino* 36. §. *quo tempore* 4. *ff. h. t. l. mercedes* 29. *ff. h. t.* cum ex adverso malæ fidei possessor ad omnes consumtos reddendos obstrictus sit, una cum usuris eorum, *l. heres furiosi* 51. §. *ff. h. t.* uti & ad eos, quos honeste percipere potuisset ac debuisset, non vero ad usuras usurarum aut annuorum redituum, *l. sed & si* 25. §. *sed & fructus* 4. *ff. h. t. l. si navis* 62. *ff. de rei vindic.* ad quos etiam pari modo post litis contestatæ tempus tenetur, qui bonæ fidei possessor fuerat, eo quod per litis contestationem, imo post motam controversiam, omnes incipiunt male fidei possessores esse; sic ut omnes possessores ex eo tempore pares fiant, & ut prædones teneantur, *l. sed & si* 25. §. *ante litem* 7. *ff. h. t. d. l.* 2. *in fine Cod. h. t. d. si quid possessor* 31. §. *sicut* 3. *ff. h. t.* Neostadius *Cur. supr. decis.* 81. D. Someren *de jure novercarum cap.* 6. *sect.* 2. *num.* 7. & 10. nec dubium, quin, si primo ad tempus bona fide possederit, mox controversia necdum mota, scire cœperit, hæreditatem ad se non pertinere, deinceps ut prædo considerandus sit; eo quod, quantum ad fructuum acquisitionem attinet; non initium possessionis, sed singula momenta spectanda sunt, *l. sed & si* 25. §. *de eo autem* 5. *ff. h. t.* junct. *l. qui bona fide* 23. §. *tam diu* 1. *ff. de acquir. rer. domin.* arg. *l. quæsitum est* 40. *ff. de acquir. rer. domin.* Si tamen ipsas pecunias inventas in hæreditate malæ fidei possessor non attigerit, id est, nec usus ipse fuerit, nec fœnori collocaverit, omnino ad usuras conveniri non potest, *l. item veniunt* 20. §. *Papinianus* 14. *ff. h. t.* Licet enim ex rebus hæreditariis talis possessor non fructus tantum naturales, sed & civiles, velut pensiones, percipere teneatur, & navim quoque hæreditariam navigatum mittere vecturæ percipiendæ causa, non tamen hæreditariam pecuniam fœnori collocare, etiamsi verum sit, usuram, sicut vecturam, non natura pervenire, sed jure percipi: eo quod periculum navis possessor nullus petitori præstare cogitur, pecuniæ autem possessoris fœnori dantis periculo collocatur, *l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* Et hinc, si re ipsa fœnori dederit, non aliter usuras actor consequetur, quam si nominum ipsorum periculum quoque voluerit subire; atque adeo eligere debet, utrum sortem tantum persequi, an usuras cum periculo nominum agnoscere consultius æstimet, *l. Julianus scribit* 30. *ff. h. t.* cum æquum utique sit, usuras penes eum remanere, cujus periculo sors est, *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. pro socio*, *l. idemque* 10. §. *si mandavero* 8. *ff. mandati.* Quæ rursus aliter in bonæ fidei possessore servantur; quippe cui cum senatus consuluerit, ne teneatur nisi quatenus locupletior factus est, electio etiam tributa fuit utrum nomina cum eo, quod adhuc restat exigendum, cedere petitori velit, an sortem ipsam una cum usuris perceptis, quatenus locupletior inde factus est, restituere, *d. l.* 30. *ff. h. t.*

16. Res ipsas hæreditarias quod attinet, de iis reddendis malæ fidei possessor tenetur, non tantum si possideat, sed & si vel dolo vel culpa possidere desierit, vel dolo culpave fecerit, quo minus hæreditario nomine adipisceretur, dum forte vel ab aliis vel a se non exegit, & persecutio lapsu temporis perempta est, aut deterior esse cœpit, *l. sed & si* 25. §. *quod ait senatus* 2. & §. *perinde* 8. *l. & non tantum* 19. P. *veniunt* 2. *ff. h. t.* uti &, si dolo aut negligentia ejus prædia sive urbana sive rustica pejora facta sint, dum vineæ, pomaria, horti, præter consuetudinem patrisfamilias culti, *l. ei, qui partes* 54. §. *ult. ff. h. t.* Bonæ vero fidei possessoribus ita senatus consuluit, ut de consumtis rebus in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcumque igitur sumtum fecerint ex hæreditate, si quid dilapidaverint, perdiderint, dum re sua se abuti arbitrantur, non præstabunt: nec, si donaverint, locupletiores videbuntur, quamdiu remunerationes non acceperint, quamvis donando donatarium sibi reddiderint, ad antidota naturaliter obligatum, *l. sed & si* 15. §. *consuluit* 11. *ff. h. t.* Anton. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 21. *defin.* 8. Cui consequens est, ut si quis ex semisse heres, putans se ex asse hæredem, partem dimidiam hæreditatis sine dolo malo absumserit, cohæredi ex semisse hæreditatem vendicanti residuum integrum restituturus non sit, sed tantum dimidiam ejus partem, *d. l.* 25. §. *adeo autem* 15. *ff. h. t.* Quod si contemplatione delatæ hæreditatis lautius vixerit, quam ante solebat, si quidem suo proprio patrimonio lautius usus fuerit, vel aliunde mutuam acceperit pecuniam, ut splendidius se exhiberet, non videbitur eo modo diminuisse hæreditatem, neque quicquam eo nomine inde deducturus est, etiamsi res hæreditarias pro tali mutuo pignori obligasset, eo quod ipse principaliter obligatus est, & accessorium tantum est hypothecæ pignorisve vinculum, *d. l.* 25. §. *si quis re sua* 12. 13. 14. *ff. h. t.* Si vero ex ipsa erogaverit hæreditate, dum vel liberalius hæreditarias expendit pecunias vel penum hæreditarium comessationibus ac compotationibus maturius consumsit, id ipsum eatenus lautius contemplatione hæreditatis impendit, quasi in hoc non videatur locupletior factus; sed quatenus ipse ante delatam hæreditatem solebat de suo erogare, & statutos sumtus facere, verius est, ea patrimonio ejus proprio, nequaquam hæreditati debere imputari; cum non possit non videri locupletior, qui erogat ex hæreditate in eos usus, in quos, etsi heres non fuisset, de suo tamen fuisset expensurus, *d. l.* 25. §. *quod autem quis* 16. *ff. h. t.*

17. Quod si casu plane fortuito, velut mortalitate, terræ motu, chasmate, naufragio, aliove simili modo res hæreditariæ deperierint, si quidem ante litem

contestatam, de iis nec bonæ, nec simplex malæ fidei possessor tenetur, arg. *l. si navis* 62. *ff. de rei vendicat.* sed solus fur aut prædo, qui nullam obtulit hæredi veró restitutionem, arg. *l. si pro fure* 7. *ult. l.* 8. *ff. de condict. furtivq.* Sin post litem contestatam, etiam tunc bonæ fidei possessori eam perire durum foret; cum ita fieret, ut vel mortalitatem præstare cogeretur, vel propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere, *l. illud quoque* 40. *ff. h. t.* prædoni tamen temere litem sustinenti quin tunc pereat, non videtur dubitandum, *d. l.* 40. *ff. h. t.* sed & alteri simplici malæ fidei possessori ita eam perire verius est, si actor se eam distracturum fuisse probet, sic ut ei non fuisset peritura, si eo tempore, quo petebatur, protinus fuisset restituta, arg. *l. item, si verberatum* 13. *§. ult. ff. de rei vindicatione*, *l. de eo* 12. *§. si post* 4. *ff. ad exhibendum*, *l. item si* 14. *§. quid si homo* 11. *ff. quod met. causa.* Idemque in eo statuendum bonæ fidei possessore, qui post litem contestatam satis intelligens, se ad restituendum adigi debere, litigare tamen maluit quam restituere, arg. *l. nemo rem suam* 82. *§.* 1. *ff. de verbor. obligat. l. quod te mihi* 3. *ff. de rebus creditis.* Non tamen illud prædoni imputandum, quod debitores hæreditarios non convenerit, atque inde illi vel tempore liberati vel pauperiores facti fuerint; eo quod nullam adversus eos habuit actionem, *l. si quid possessor* 31. *§. illud* 4. *ff. h. t.* arg. *l. si pupilli* 6. *§. ult. ff. de negot. gestis*, licet verum sit, illum & a se ipso debuisse exigere ea, quæ defuncto debebat; *d. l.* & extraneos debitores ad solvendum interpellare: quippe qua interpellatione extrajudiciali neglecta, obstrictus foret, quoties ob absentiam debitoris, aliamve causam similem, interpellandi occasio non defuerit: quo sensu accipiendus videtur Ulpianus in *l. sed & si* 24. *§. quod ait* 2. *ff. h. t.*

18. De rerum hæreditariarum venditarum pretiis non minor difficultas est; sed distinctionum ope tollenda: aut enim necessaria fuit rerum illarum distractio, dum vel servando servari non poterant, sed tempore deteriores redderentur, vel superfluæ erant & nullius plane utilitatis, oneri magis quam usui futuræ, vel impensa in funus defuncti, aut cibaria familiæ, aut res reliquas hæreditarias, ærisve alieni solutionem, facienda erat, *l. Divus Pius* 5. *l. non solum* 53. *l. item veniunt* 20. *§. simili* 2. *§. hac adversus* 12. *§. quid, si post* 16. *l. nisi ex re* 33. *§.* 1. *ff. h. t.* aut ulla urgente tali necessitate ex libero possessori arbitrio facta est, pretii forte habendi vel negotiandi causa. Et utroque in casu aliud in bonæ, aliud in malæ fidei possessore servari placuit. Si possessor bonæ fidei necessitate vel voluntate libertatem vendiderit ante litem contestatam, de pretio non in solidum tenetur, sed tantum eatenus, quatenus inde locupletior factus est; eo modo, quo id in ipsis rebus hæreditariis consumtis obtinere supra dictum est; quia potest existimari, in locum hæreditariæ rei venditæ pretium ejus successisse, & quodammodo ipsum hæreditarium factum, *l. si & rem* 22. *circa fin. l. utrum* 23. *l. sed & si* 25. *§. item, si rem* 1. *ff. h. t.* ut tamen a litis contestatæ tempore ad pretii etiamnum residui usuras præstandas damnandus sit, *l.* 1. *§.* 1. *C. h. t.* Neque hoc casu liberum est hæredi, emtorem efficaci convenire rei vindicatione; in quantum emtor conventus sese ex persona venditoris tueri poterit; ne alioquin re evicta, emtor de evictione adversus venditorem experiatur; & ita contingat, bonæ fidei possessorem effectu inspecto in plus teneri, quam quatenus locupletior factus est, *l. sed & si* 25. *§. item si rem* 17. *ff. h. t.* Quod si mala fide possidens res hæreditarias ante litem contestatam vendiderit, si quidem ex necessitate (eo quo ante expositum sensu) in arbitrio petitoris est, an verum rei distractæ pretium consequi velit, si forte infra justum pretium fuisset divendita; an vero totum id, quod ex venditione possessor redegit, dum supra verum re pretium pactus est; ne alioquin ex sua malæ fidei possessione lucretur, *l. item veniunt* 20. *§. simili* 2. *§. hac adversus* 12. *l. nisi ex re* 33. *§.* 1. *junct. l. si a domino* 36. *§. si prædo* 3. *ff. h. t.* Sin ex libera voluntate seu sine causa, actoris electio est, utrum pretium, seu omne illud, quod ex venditione redactum est, adeoque & ipsum pretii majoris lucrum persequi velit, una cum usuris a tempore litis contestatæ, an potius eam ipsam adhuc penes emtorem aut alium extantem, non deperditam nec diminutam cum fructibus malit computare *d. l.* 20. *§.* 12. *d. l.* 33. *§.* 1. *ff. h. t.* Adeo quidem, ut si rem ipsam alienatam existimet petendam esse, eadem non restituta, per in litem jusjurandum eam æstimaturus sit, *d. l. item veniunt* 20. *§. ult. l.* 21. *ff. h. t.* & si peremta vel diminuta sit penes emtorem, pretii tamen restitutionem propterea malæ fidei possessor non jure declinet, quasi res eodem modo penes verum hæredem fuisset peritura, eo quod absurdum & hic esset, hunc ex sua mala fide pretium lucrari, *d. l.* 20. *§. præter hac* 6. *in med.* & *§. ult. d. l.* 33. *§.* 1. *l.* 36. *§. si prædo* 3. *ff. h. t.* Quod si rem hæreditariam possessor per argentarios, & nostro usu per praecones seu auctionarios, vendi curaverit, ac apud eos perdiderit pretium, in bona quidem fide constitutus liberatur, actiones sibi adversus argentarios competentes hæredi cedendo; at mala fide possidens de pretio reddendo omnino tenetur, quia suo periculo male credidit argentariis, *l. item videndum* 18. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 15. *num.* 13. 14. Et hæc ita, si ante litem contestatam distractio contigerit; si enim pendente lite, rerum quidem ex causa seu necessitate venditarum pretia una cum usuris tam bonæ quam malæ fidei possessor præstat; ipsas vero res cum fructibus, si nulla subfuerit necessitas alienandi, *l. item veniunt* 26. *§. quid, si post* 16. *ff. h. t.* ne dicam, pendente lite, imo & ante litem contestatam post motam controversiam, non aliam, quam necessariam distractionem a prætore permitti, nisi possessor hæreditatis satisdederit petitori pro omni quantitate hæreditatis, vel rerum ejus restitutione, *l. Divus Pius* 5. *pr. ff. h. t.* arg. *l. alienationes* 13. *ff. famil. erciscunda.*

19. Ceterum uti ad restituendum tenentur hac conventi actione, ita vice versa etiam indemnes servandi sunt; & quidem tam malæ, quam bonæ fidei possessores, si hæreditatis intuitu sese obstrinxerint, veluti si pro rerum hæreditariarum venditarum evictione caverint, aut damni infecti nomine pro rebus hæreditariis vitio suo damnum vicino minitantibus; ipsis enim hæreditatem restituentibus vicissim de indemnitate cavendum foret, *l. item veniunt* 20. P. *sed etsi pen. l. illud quoque* 40. *§. con-*

tra quoque pen. ff. h. t. l. ipsi quoque 19. *ff. de rei vindicat*. Sed & ea quæ per eos erogata, recuperant: si enim quædam non in res ipsas hæreditarias, aut ad fructuum perceptionem, verum aliter propter hæreditatem expensa sint, dum æs alienum hæreditarium exsolutum, vel legata vere debita legatariis sunt præstita, vel in funus aut monumenti exstructionem impensæ, probabilem modum aut testatoris voluntatem non excedentes factæ, utrique deducent; malæ tamen fidei possessores non aliter, quam si de petitore defendendo cautiones interposuerint æris alieni & legatorum intuitu, *l. si quid possessor* 31. *l. hæreditas* 50. §. 1. *ff. h. t. l. in restituenda* 4. *l. ult.* §. 1. *C. h. t.* Plane si indebitum legatariis aut creditoribus putativis solverint, bonæ quidem fidei possessores etiam hoc casu soluti deductione gaudent, cessa indebiti condictione adversus eos, quibus solutum est. At malæ fidei possessores suo videntur periculo tum legata, tum æs alienum solvisse, ut non tam deductio horum ex rebus hæreditariis quam potius actio ad soluta repetenda, quoties solvens stipulatione sibi cavit, *evicta hæreditate, soluta reddi*, eis tribuenda sit, *l. quod si possessor* 17. *ff. h. t.* idemque est, si bona fide possidens post motam de hæreditate controversiam, debiti aut legati fecerit solutionem; nam nec tunc deductio soluti, sed sola ex cautione superiore actio permittenda foret, *l. dolo carere* 41. *ff. ad leg. falcidiam*, junct. *d. l.* 17. *ff. h. t.*

20. Ad hæc illud, quod sibi ex hæreditate debitum est, bonæ fidei possessor procul dubio deducit; at malæ fidei possessor non aliter, quam si petitori expediat tale debitum dissolutum esse, propter pœnam aut aliam causam; quo casu dici potest, eum sibi jam mature solvisse, ad pœnam evitandam, aut solvere debuisse, *l. si quid possessor* 31. §. *sed si ipsi* 1. 2. *ff. h. t.*

21. Quod si impensæ in ipsas res hæreditarias, non propter fructus, factæ sint, possessor quidem bonæ fidei has omnes, sive necessarias, sive utiles, sive voluptuarias deducit, etiamsi non amplius extent vel impensæ vel res ipsæ in quas factæ. At, qui mala possedit fide, solas necessarias in universum deducit; utiles vero tantum, quatenus supersunt, & inde res melior facta est: voluptuarias nullo modo deducit ex hæreditate, sed tantum tollit, quatenus potest sine rei detrimento, *l. plane* 38. *l.* 39. *ff. h. t.* Nec mirum, malæ fidei possessorem necessarias impensas omnino deducere juxta *d. l.* 38. *ff. h. t.* junct. *l. domum* 5. *C. de rei vindicatione*, cum, si eas non fecisset, culpæ fuisset reus, omneque ex neglectis hisce impensis damnum superveniens debuisset præstare, arg. *l. ei, qui partes* 54. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. nisi ex re* 33. §. 1. *ff. h. t.* Licet enim turpiter agat, quod rem alienam sciens possideat, non tamen turpiter aut male agit, quod, cum possideat, impensas erogat ad conservationem rei desideratas. Paulo aliter hæc de impensis sese habent in singulari judicio rei vindicationis; quippe in quo bonæ fidei possessor necessarias quidem & utiles deducit, seu retentione rei recuperat, voluptuarias tantum tollit: imo & utiles quandoque ne deducit quidem, sed tollit tantum, prout bonus judex varie ex personis causisque constituet, *l. in fundo* 38. *ff. de rei vindic.* §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis.* Sed mala fide possidens solas deducit necessarias, utiles cum voluptuariis tantum tollit, ne locupletior fiat dominus cum jactura ejus, *d. l. domum* 5. *C. de rei vindicat.* vel latius *tit. de rei vindicat*. Cur autem tam varie in rei vindicatione & hac hæreditatis petitione constitutum sit, ejus rationem esse puto, quod melior esse debuerit conditio bonæ fidei possessoris in petitione hæreditatis, quam rei vindicatione, quantum ad impensas recuperandas, quia ex adverso fructuum reddendorum respectu durior est, dum consumtos restituere tenetur, quatenus inde locupletior factus est; quod non ita obtinet in rei vindicatione; ut proinde plenior restitutio fructuum cum pleniore impensarum deductione videatur fuisse compensanda. Et cum ita consultum esset plenius possessori bonæ fidei, non adeo abs re videri potuit, si & mala fidei possessori quantum ad impensas utiles paulo magis in hac petitione, quam rei vindicatione, ex æquitate subveniretur.

22. Impensas in fructuum perceptionem factas quod attinet, veluti, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt, uti & eas, quæ cum usu & fructibus compensari solent, veluti reparatio modica ædium, tributorum vectigaliumque solutio, alimenta servis jumentisque subministrata, & alias his similes, quas cum fructibus solere compensari traditur in *l. vel si vires* 3. §. 1. *ff. de impens. in rem dot. fact.* eas quoque universas deducit possessor bonæ fidei, quatenus ex fructibus, usu, operisve locupletior factus non est, dum nihil aut parum post sumtus factos fructuum nomine percepit, insolita sterilitate, aut hostium ac prædonum incursu, aliave calamitate superveniente, *l. si a domino* 36. §. *ult. l.* 37. *ff. h. t.* malæ fidei possessor, licet eas quoque deducat, quandoquidem naturali ratione fructus non intelliguntur, nisi deductis impensis fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorumque causa factis, tanquam quæ ipso jure fructus diminuunt, *l. quod in fructus* 46. *ff. de usuris d. l.* 36. §. *ult. ff. h. t.* non tamen aliter, quam si fructus inde perceperit, sic ut & ad eorum restitutionem obstrictus sit: nam si sterilitate, aut aliter sine culpa ac negligentia sua, nullos post sumtum erogatum fructus collegerit, uti eosdem non perceptos restituere non tenetur, ita nec quicquam impensarum nomine deducere potest ex eo, quod nec fuit nec interpretatione juris fuisse fingitur in rerum natura; arg. *d. l.* 36. §. *ult. l.* 37. *ff. h. t.* Neque huic impensarum, in fructuum perceptionem factarum, deductioni adversatur id quod ab Ulpiano traditur, impensas tales videri donatas esse, *l. si servus servum* 27. §. *si olivam* 25. *ff. ad leg. Aquil.* nam, quod malæ fidei possessor necessarias deducit impensas in fructuum perceptionem factas, id inde est, quia recte facit, quod, cum possideat, fructus etiam quærat ex re possessa, quippe ad quos restituendos tenetur, quatenus potuit honeste percipere. At si quis non possideat fundum, qualis est ille, de quo tractat Ulpianus in *d. l.* 27. §. 25. male agit, ac delinquit, colligendo fructus ex fundo alieno, qui ad ejus periculum non pertinebant, quorumque nomine, nullatenus teneretur, etsi eos a solo non separasset, sed passus fuisset in universum corrumpi. Cum ergo ita impendens, in re illicita & deli-

cto versaretur, æquum non fuit, ei sumtuum istorum deductionem concedi.

23. Non tamen actio, sed sola rerum possessarum retentio & doli exceptio ad recuperandas impensas jure Romano possessoribus comparata fuit, *l. si in area* 33. *in fine ff. de condict. indeb. l. sumtus* 48. *ff. de rei vindicat.* §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. Paulus respond.* 14. *ff. de doli mali & metus except.* objicienda etiam post sententiam, ad impediendam executionem. Anton. Faber C. *lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 15. & *lib.* 7. *tit.* 20. *defin.* 12. Licet enim impensarum *repetitio* ipsis tribuatur, *l. domum* 5. *C. de rei vindic.* non tamen inde firmiter contra tam manifestas leges deducitur, actionem dari; eo quod non tantum actione instituta, sed & exceptione opposita, repetitionem fieri, natura docet. Nec est, quod objiciatur, & marito, & commodatario, & fiduciario hæredi, actiones dari pro repetitione impensarum, in rem dotalem aut commodatam, aut ex fideicommisso restituendam factarum, *l. unic.* §. *taceat* 5. *in fine C. de rei uxor. act. l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. *ff. commodati l. qui exceptionem* 40. §. *si pars* 2. *ff. de condict. indeb.* cum commodatarius commodantem ex vero contractu obligatum habeat, & maritus ac fiduciarius non bonæ malæve fidei possessores sint, sed eo tempore, quo impenderunt, domini fuerint rerum illarum, in quas impensum est: & quamvis bona fides, seu opinio dominii, tantum præstet possessori, quantum veritas; id tamen locum non habet, quoties (uti in nostro casu) lex impedimento est, *l. bona fides tantundem* 136. *ff. de regul. juris*. Quod autem in *l. plane in* 38. *ff. h. t.* dicitur *officio judicis id contineri*, ut habeatur ratio impensarum, *nec exceptionem doli mali desiderari*, ideo pertinet, quod cum petitio hæreditatis bonæ fidei sit, & talis etiam olim a plerisque haberetur, necesse non fuerit, ut doli exceptio nominatim opponeretur, quia bonæ fidei judiciis inest ipso jure: ceterum id non efficit, quo minus retentio fuerit necessaria, donec impensæ restitutæ essent, dum nullo alio modo, quam per retentionem, servari poterant, *d. l.* 33. *in fine ff. de condict. indebiti*. Si tamen possessor malæ fidei eo animo impenderit, ut domini, cujus res est, negotia gereret, ad impensas necessarias repetendas negotiorum gestorum actio non videtur deneganda, *l. domum* 5. *C. de rei vindicat.* Idemque ex æquitate obtinuit, si pro hærede, seu hæredis opinione quis possidens, monumentum defuncto fecerit ex defuncti voluntate, vel etiam conditionis implendæ causa, quippe cui, tanquam gestori negotiorum hæreditatis, actionem adversus hæredes instituendi potestas facta est; religionis pariter & supremæ voluntatis favore, *l. hæreditas* 50. §. 1. *ff. h. t.* Sed quod Romanis ita placuit in certis casibus, hodie ex naturali æquitate generaliter receptum est, ut scilicet non sola retentione, sed & actione consulatur non tantum bonæ, sed & malæ fidei possessoribus, pro recuperandis impensis illis, quarum deductionem iisdem concessam fuisse, supra dictum est, necessariis scilicet, nec non utilibus, quatenus inde res melior facta; ne alioquin domini rerum cum aliena jactura locupletarentur, Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 336. *gloss.* 1. *num.* 6. Zypæus, Molinæus, Mornacius, aliique, quos citat Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 16. 17. 18. Groenewegen *ad* §. 39. *Instit. de rer. divisione*.

24. Cum autem leges inter impensas liquidas illiquidasque non distinguant in hac materia, satius est, ut existimemus etiam pro illiquidis retentioni locum fore donec illæ liquidæ factæ fuerint ac restitutæ; nec cogendum possessorem, ut possessionem adversario de impensis reddendis caventi cedat: præsertim cum tutius sit rei incumbere quam cautioni, & ipsa retentio non parum ad lites dominus adigitur, ut sponte offerat impendia, quæ, si semel possessionem recuperasset, sæpe non nisi litium ambagibus & judicis officio constrictus foret restituturus, Nicol. Everhardus *consil.* 93. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 170. Ant. Faber: *Cod. lib.* 3. *tit.* 15. *defin.* 5. & *de probibita alienat. part.* 3. *cap.* 8. *n. ult.* ubi plures dissentientes allegat.

25. Observandum tamen, pendente hæreditatis petitione, nec fideicommissarios, nec legatarios, nec creditores impediri, quo minus interim debita sibi ac legata petant, idque vel ab actore vel a reo petitione hæreditatis convento: tamen legatarii de restituenda re cum fructibus, vel pecunia cum usuris, cautionem interponant, juxta formam præscriptam in *l. ult. pr.* & §. 1. 2. *C. h. t.* Sed & vice versa, pendente hoc judicio, recte conveniunt actione personali debitores hæreditarii; actione in rem, quotquot res hæreditarias possident alio jure, quam pro hærede; ita quidem, ut non tantum possessor bonæ fidei has interim actiones exerceat; sed & petitor ipse, quoties vel possessor hæreditatis in mala fide fuit, & nihil juris se habere scit, vel cum in bona fide esset, negligit tamen actiones exercere, ac subest periculum, ne inter moras actiones intercidant, aut inopia debitorum reddantur inanes, *l. si bonæ fidei* 49. *ff. h. t.* Præterea, si possessor hæreditatis hac interpellatus actione, testamentum illud, ex quo actor se heredem esse contendit, velit falsum dicere, non potest actorem per exceptionem præjudicialem repellere, quasi præmature hæreditatis petitio mota esset, quia judiciorum illorum, quæ de hæreditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium illorum, id est, nulla exceptio præjudicialis iis opponi possit: sed tantum sustinetur hæreditatis petitionis judicium, sed in eo interim non ultra proceditur, donec falsi causa agatur; reo interim jusso satisdare de hæreditate, quæ ab eo petitur, non diminuenda sed restituenda, *l. Divus Pius* 5. §. *pen.* & *ult. ff. h. t.*

26. An vero hanc actionem instituere desiderans, jure sistendi uti possit, & possessorem vel bona ejus non hæreditaria auctoritate judicis detinere, ut ita hæreditatis petitio apud alium perageretur judicem, quam apud quem ex communi juris dispositione ventilanda foret, colligi potest ex iis, quæ dixi *tit. de in jus vocando num.* 25.

TITULUS IV.

Si pars hæreditatis petatur.

SUMMARIA.

1. *Pars hæreditatis peti potest vel actione vel exceptione. Petit quisque vel partem vel totum, pro ju-*

re, quod ipse habet; idem juris est in partis, quod in totius petitione.

2. *Quo modo & contra quos agendum, si duo veri hæredes sint, & duo hæreditatis possessores, & quo modo, si hæreditas partim a vero, partim a falso hærede possideatur pro diviso vel pro indiviso.*

3. *Quando pars certa hæreditatis, quando incerta peti possit? quot partes utero interim servandæ sint, si speretur posthumus frater una cum jam natis parenti successurus?*

1. QUemadmodum tota hæreditas, ita & pars ejus peti potest: adeo ut etiam per exceptionem quis sibi possit asserere hæreditatis partem. Si enim pro parte hæres universam possideat hæreditatem, sciens se tantum ex parte hæredem esse: eique per cohæredem de tota hæreditate controversia moveatur, permittendum erit possessori partem quidem hæreditatis defendere, parte altera cedere, nullamque de ea controversiam sustinere, *l. permittendum* 8. *ff. h. t.* Quisquis vero hæreditatem, vel partem ejus petit, is actionem suam non ex eo metitur, quod possessor occupavit, sed tantum ex suo jure: totam nempe hæreditatem persequitur, qui ex asse hæres est, licet adversarius solam partem possideat; & vice versa hæres ex parte nihil præter eam partem recte petit, licet adversarius, nulla ex parte hæres, iniquus hæreditatis totius possessor sit, *l.* 1. §. 1. *C. h. t.* Cum autem, quod juris est in toto respectu totius, idem quoque juris sit in parte respectu partis; consequens est, ut quæ præcedente titulo de hæreditatis totius petitione dicta sunt, ad partis quoque petitionem transferantur.

2. Quod si duo possideant hæreditatem, & duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a singulis petere debent, puta primus a primo, secundus a secundo possessore: sed ambo a primo & ambo a secundo: neque enim alter primi, alter secundi partem possidet, sed ambo partem utriusque *l.* 1. *§. quin imo* 2. *ff. h. t.* Si partim a vero, partim a falso hærede teneatur hæreditas, videndum an pro diviso possideant. Pro diviso possidere hic dicuntur, inter quos, tanquam cohæredes, jam intercessit divisio rerum hæreditariarum, sive mutua conventione, sive judicis officio per intentatam familiæ erciscundæ actionem; contra, pro indiviso, si necdum ita divisio facta sit, licet forte singuli separatas partes rerum hæreditariarum, aut separatas res hæreditarias, naturaliter possiderent ac tenerent. Quibus prænotatis, si verus & falsus hæres pro indiviso possideant, superveniens alter verus hæres adversus solum hæredem falsum hac agit actione. Nam cum alter verus hæres nil præter suam partem pro indiviso possideat, nec ultra possidere desideret, quam quod ei jure & ex aditione facta acquirendum erat, atque adeo nihil possideat pro herede aut pro possessore; sequebatur, ipsum nullo jure per cohæredem non possidentem inquietari posse hæreditatis petitione, sed tantum judicio familiæ erciscundæ, arg. *l.* 1. *§. quin imo* 2. *in fine ff. h. t.* Sin pro diviso, *sic ut cohæres verus non plus haberet sua parte*, ut loquitur JCtus in *d. l.* 1. §. 3. *ff. h. t.* rationi ac necessitati juris conveniens est, ut & contra verum cohæredem & contra extraneum pro hærede vel pro possessore possidentem experiatur; qui aliquam sibi asserere ac vindicare vult hæreditatis jam divisæ partem, ac is quoque, qui cum falso hærede jam pro diviso possedit, adversus eundem dirigat pro sua parte hæreditatis petitionem: ut postea rerum omnium hæreditariarum inter veros cohæredes divisio nova instituatur. Cum enim facta prior inter verum ac falsum hæredem divisio alteri vero cohæredi obesse nequeat; consequens est, & verum & falsum hæredem ex divisione facta possidere partes rerum hæreditariarum, pertinentium pro indiviso ad cohæredem alterum postea supervenientem, ac proinde eum adversus utrumque agere posse ac debere, *l.* 1. *§. si ergo* 3. *ff. h. t.* arg. *l. Pomponius* 8. *ff. de rei vindicat.* Quo facit, quod alibi negatur, nos posse consequi per hæreditatis petitionem id, quod familiæ erciscundæ judicio consequimur; cum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut hæreditatis partem pro indiviso restitui nobis jubeat, *l. non possumus* 7. *ff. h. t.* consequeremur vero plenissimum judicii familiæ erciscundæ effectum, si divisa inter verum falsumque hæredem hæreditate, tantum adversus hæredem falsum intentanda foret hæreditatis petitio, ratione partis ab eo possessæ. Nec est, quod quis existimet, hanc reprobari sententiam, dum in fine *d.* §. 3. *utilior* dicitur Pegasi sententia. Quamvis enim utilior ea sit, quatenus ita magis evitantur litium ambages ac actionum multiplicatio; non tamen ideo reprobata fuit aut rejicienda contraria opinio, ratione juris manifesta nitens. Unde & JCtus, licet jam ante Pegasi sententiam dixisset utiliorem, tamen mox in §. 4. *d. l.* 1. decisionem alterius casus subnectit non sententiæ Pegasi, sed rationi juris superius adductæ convenientem: ut tamen negandum non sit, quin sententia Pegasi tanquam utilior, officio judicis admitti debeat, non omni quidem in casu, sed aliquando, seu *fortassis* (ut Jurisconsultus loquitur *d. l.* 1. §. 3. *ff. h. t.*) tunc scilicet cum rerum fungibilium est facta divisio, sic ut compensatio in iis admitti queat, nec intersit, quam ex rebus hæreditariis fungibilibus partem habeat verus hæres; & ideo in §. 4. *d. l.* 1. dicitur, officio judicis invicem compensationem esse faciendam ejus, quod possidetur: qualem compensationem in solis fungibilibus, non item corporibus aliis, leges admittere, notum est. Sed nec sententiæ huic adversatur Paulus JCtus in *l. Pomponius* 8. *ff. de rei vindicatione*, in cujus principio, cum distinctionem adhibuisset, an fundus ab iniquis possessoribus duobus pro diviso an pro indiviso possessus esset, in fine subjungit; *quæ distinctio neque in re mobili, neque in hæreditatis petitione locum habet; nunquam enim pro diviso possideri potest.* Longe enim alio sensu illic pro diviso vel pro indiviso possessio accepta est; negatur scilicet hæreditatem pro diviso possideri (addo & *peti*) posse, in quantum hæreditas juris nomen est, rebus incorporalibus atque adeo individuis annumerata, quam ideo singuli pro divisa parte naturaliter occupare nequeunt, uti quidem duo naturaliter occupare possunt separatas ejusdem fundi partes: licet ergo in fundi vindicatione distinguendum fuerit, utrum ex parte dominus una cum non domino possideret communiter istum fundum, an vero certis regionibus, atque ita singuli separatas partes; ut priore quidem casu adversus solum non dominum;

posteriore & adversus extraneum possessorem & adversus ejusdem fundi condominum agendum fuerit, quia tamen talis pro diviso possessio in rebus incorporalibus sine præcedente judicio familiæ erciscundæ intelligi non poterat; recte dixit Paulus, eam distinctionem in hæreditatis petitione locum non habere; sed potius, sive verus & falsus hæres communiter, sive separatas res aut rerum hæreditariarum partes separatas possideant, solum illum, qui pro hærede vel pro possessore possidet, petitione hæreditatis conveniendum esse a superveniente vero cohærede; eo quod, non obstante separata corporum hæreditariorum possessione, ipsa tamen juris hæreditarii possessio inter verum falsumque hæredem, necdum moto inter eos familiæ erciscundæ judicio, remansit indivisa. Quæ cum ita sint ex manifesti juris rationibus & principiis, consequens est, errasse toto cœlo Ant. Fabrum, & plerosque cum ipso, *in rationalibus ad l.* 1. §. 3. *ff. h. t.* & *l.* 8. *ff. de rei vindic.* dum *d. l.* §. 1. 3. *ff. h. t.* propositam Pegasi sententiam accipiunt de hæreditate per verum & falsum hæredem pro indiviso possessa; id enim si verum esset, Pegasi sententia non tantum utilior fuisset dicenda, sed & rationibus juris per omnia conveniens, ut nempe solus extraneus conveniretur, non cohæres nihil alienum pro hærede possidens, ut ante probatum.

3. Ceterum vel pars certa hæreditatis peti potest, vel incerta. Certa quidem, quoties ex pluribus hæredibus jam natis quidam deliberant: durante enim eorum deliberatione nihil præter suam partem recte petierit is, qui hæreditatem jam adivit; tunc demum reliquas exacturus partes, cum, ceteris suas portiones repudiantibus, ipse in universum per jus accrescendi fuerit hæres factus, *l. si ex pluribus* 2. *ff. h. t.* Incerta vero, si cohæres speretur, qui etiamnum in utero est; veluti, si ex fratrum defunctorum uxoribus nascituri liberi patruo sint hæredes futuri: inter eos enim cum pro numero succedentium viritim & in capita dividenda sit hæreditas, ac plures uno partu edi possint, necesse est, ut interim partis incertæ petitio concedatur, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* Si tamen patre mortuo mater sit gravida, certa pars interim per jam natos petitur; ita ut tres partes medio tempore serventur utero, quasi tergeminis nascituris. Sed si plures eo partu nasci contigerit, nullum eis ista certæ partis petitio & concessio generabit præjudicium, dum singulis, quibus jam portio data erat, pro rata decrescet: uti ex adverso accresceret singulis, si unus tantum aut duo deinceps ederentur, *l. antiqui* 3. *l.* 4. *ff. h. t.* Quibus non contradicunt leges, dimidiam, quartam, aut sextam partem utero assignantes, *l. cum quidam* 30. §. *suum hæredem* 6. *ff. de acquir. vel omitt. hæreditate*, *l. si pater meus* 36. *ff. de solutionibus*, cum illic non definiatur, quæ interim portio utero servanda sit, quamdiu incertum est, quot uno partu sint nascituri, sed qua ex parte tum liberi jam nati, tum illi, qui in utero sunt, vere & cum effectu hæredes sint; ex semisse scilicet, si unus jam natus sit, & unus tantum in utero formatus; ex quadrante, si tres; ex sextante, si quinque in utero existunt, suo tempore edendi; licet id, quod supra tres nascitur, fere portentosum Cajus dixerit *l. utrum* 7. *pr. ff. de rebus dubiis*.

TITULUS V.

De possessoria hæreditatis petitione.

Cum prætor sæpe bonorum possessionem ex testamento vel ab intestato daret illis, quibus jure civili, stricte sic dicto, delatum non erat jus succedendi; adeoque nec civilis petitio hæreditatis accommodari poterat; necesse fuit, ut & prætoriam hanc possessoriam introduceret hæreditatis petitionem, cujus de cetero iidem effectus sunt qui civilis petitionis, *l.* 1. 2. *ff. h. t.*

TITULUS VI.

De fideicommissaria hæreditatis petitione.

Fideicommissaria hæreditatis petitio competit iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas adversus eos, qui pro hærede vel pro possessore possident, *l.* 1. *ff. h. t.* Cumque hæc actio hæreditatem supponat a fiduciario jam restitutam & in fideicommissarium translatam; consequens fuit, ut adversus hæredem fiduciarium ad obtinendam hæreditatis restitutionem ex causa fideicommissi haud danda fuerit, *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.* quippe qui potius actione ex testamento ad hæreditatis ex fideicommisso restitutionem foret compellendus, ubi prius ipse sponte hæreditatem adeundo, sese quasi ex contractu devinxit ad implendam defuncti voluntatem, arg. §. *hæres* 5. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu*, aut si ipsam aditionem detrectet, ad adeundum & restituendum ex Senatusconsulto Pegasiano in Trebellianum transfuso cogendus, extraordinaria implorata prætoris cognitione, & decreto subsecuto, §. *ergo* 6. & §. 7. *Inst. de fideicommiss. hæred.* Recipit autem hæc quoque actio eadem quæ hæreditatis petitio civilis, *l.* 2. *ff. h. t.*

LIBER SEXTUS.

TITULUS I.

De rei vindicatione.

SUMMARIA.

1. *Dominium latius & strictius accipitur: quid sit? dividitur in plenum ac minus plenum, naturale & civile, directum & utile, bonitarium & quiritarium.*
2. *Quid sit rei vindicatio? quo modo olim alter alterum* ex jure manum consertum *vocaverit, vindicationis faciendæ causa?*
3. *Competit domino, etiamsi civile tantum, vel minus plenum, vel tantum temporale dominium habeat, ac nunquam possederit; vel ignorans antea alteri vindicanti operam præstiterit.*
4. *Non vincit hac actione, qui pendente demum lite dominium acquisivit, nisi mutato libello post dominium acquisitum: uti nec, qui pendente lite dominium amisit.*
5. *Factum tertii alienantis citra consensum domini, aut tradentis extra fines mandati de alienando dati, aut vincentis in lite, qua ipsi cum tertio intercessit, non impedit, quo minus dominus rem suam vindicet.*
6. *Fideicommissarius vindicat existente conditione rem a fiduciario alienatam, proprietarius rem fructuarium a fructuario distractam, socius suam partem a socio alienatam.*
7. *Dominus rem suam furto subductam etiam a bona fidei possessore vindicare potest, non refuso pretio, nisi aliud certis in casibus statuta ferant.*
8. *Non potest vindicari vel condici pecunia furtiva, si illa per furem creditori ejus soluta & bona fide per eum consumta vel nummis aliis mixta sit. Nec res nundinis publicis privilegiatis vendita, nisi pretio emtori reddito, uti & quæ a fure eo animo redemta, ut domino salvæ sint, si modo color quæsitus non sit.*
9. *Quid juris in rebus per piratas, aut per hostes captis, & redemtis?*
10. *An pretium ex re furtiva redactum aut debitum vindicari possit per rei dominum? An, et quando, & contra quos dominus rei furtivæ habeat personalem actionem de pretio rerum furtivarum?*
11. *An res ex pecunia furtiva emta vindicari possint per dominum pecuniæ; & an is in rebus illis ante alios furis creditores prælationem habeant?*
12. *An dominus res, quas commodato vel pignori dedit, vel locavit, vel deposuit, vel precario concessit, vindicare possit pretio non reddito, si illa a commodatario, depositario ceterisque ignorante domino vendita sint? Et quid hodie hac in parte obtineat?*
13. *An dominus vindicare possit res mobiles ex decreto judicis auctione publica venditas, quasi ad commodatarium, depositarium, similesque pertinuissent dominii jure?*
14. *Nemo vindicat rem a se alienatam, licet pretium nondum numeratum sit, sed fides de eo habita. Quid juris, si inter paucos dies foro cesserit emtor cui res tradita fide habita de pretio, si res adhuc inveniatur in bonis cedentis, vel tertio bona fide ementi privatim sit vendita, vel etiam in nundinis publicis privilegiatis?*
15. *Quid juris circa vindicandi potestatem, si res tradita sit non habita fide de pretio; & quid si tunc per emtorem nundinis privilegiatis iterum distracta sit?*
16. *Heres non potest vindicare rem a defuncto alienatam, pro qua parte heres est, nec pupillus rem a defuncto, cui heres est, sine decreto alienatam, nec fideicommissarius rem a fiduciario alienatam, si & fiduciarii heres sit. Quid juris in eo, qui cum inventario heres est?*
17. *An is, qui rem alienam vendidit & tradidit, eam vindicare possit, postea dominus ejus rei fiat?*
18. *An fiduciarius rem fideicommissariam pendente conditione fideicommissi alienatam vindicare possit, si postea existat conditio?*
19. *Vindicare quisque potest rem, quam nullo jure vendidit, cum ejus administrator esset, idque in utilitatem ejus, cujus illa res est.*
20. *Nemo regulariter vindicat rem, cujus dominium necdum acquisivit. Si duobus res eadem sit diversis temporibus vendita, is vindicat cui prius est tradita, sive vere sive ficte. Quid si posterior emtor, cui tradita, sciverit eam alteri esse venditam? Quid si demum tradita posteriori, postquam prior cœperit eam judicio petere? Quid, si Princeps duobus vendiderit? quid si Beneficium Ecclesiasticum duobus collatum sit?*
21. *Nemo rem suis nummis per tertium emtam vindicare potest. Utilis tamen militibus jure Romano data vindicatio, & pupillis. Recensentur alii plures, quibus in genere tantum utilis rei vindicatio datur.*
22. *Conveniunt rei vindicatione possessores, licet lite demum pendente cœperint possidere, eorum heredes quatenus possident, item qui liti se obtulerunt, qui dolo malo possidere desierunt, quomodo teneantur eorum heredes? An, & quousque conveniri hac actione possint nudi rerum detentores?*
23. *Non datur contra eum, qui rem a fisco vel Principe emit; nec contra eum, qui dolo fecit quo minus possessionem acquirat.*
24. *Ut actor vincat, debet rei notas exprimere, & se dominum probare. Quibus modis illud probetur? an per solemnem immobilium traditionem coram lege loci, si forte titulus non aliter probetur? an per signorum aut insignium impositionem, aut locationem longo tempore factam?*
25. *Si reus neget se possidere, possessio in actorem*

transfertur, & tunc reus, tanquam actor probare debet se dominum esse. Quod moribus non mutatum.

26. *Vindicantur res tantum corporales, etiam grex, non peculium aut hereditas.*
27. *Vindicatur vel tota res, vel pars rei, plerumque certa, quandoque incerta.*
28. *An pars rei nostra, quæ superest, vindicari possit, veluti corium, caro, cornua, bove extincto, area extincta domo? & quid si res tales legata perierint?*
29. *An, & quo usque vindicari possit homo liber, res sacra, res aliis rebus juncta & natura vel lege prohibita separari?*
30. *Restituenda res, quæ vindicatur, cum omni causa. Quo in loco? non habet hic reus condemnatus quatuor mensium dilationem, sed quandoque arbitrariam; maxime pro restitutione fructuum, qui per judicium summarium liquidi fieri debent.*
31. *Si reus contumacia rem restituere nolit, manu militari aufertur. An retinere rem possit, quia aliam ab alio de re eadem litem passus aut metuit, aut jus pignoris habet, aut damni infecti pro re illa cavit? an propter impensas?*
32. *Si reus condemnatus rem possidere desierit, adversus eum in litem juratur, nec actiones ei per dominum cedendæ sunt; secus in noxali & personali actione.*
33. *Quid juris, si reus non dolo, sed culpa, possidere desierit?*
34. *Quid juris, si casu res apud reum perierit? non esse admittendam differentiam inter actiones in rem & in personam, cum quæritur de interitu rei ex casu contingente post moram.*
35. *Post interitum rei, dolo, culpa aut casu contingentem, superest nihilominus quæstio de fructibus, & utilitate rei.*
36. *Quales impensas possessor bonæ & malæ fidei deducere vel tollere possit jure Romano & hodierno; & an is, qui mala fide ædificavit in alieno, lignum postea solutum vindicare jure Romano potuerit?*
37. *Quid juris sit circa impensas in fructus?*
38. *In repetitione impensarum in rem factarum prius compensandi fructus cum impensis.*
39. *Non tamen fructus ipsarum meliorationum compensandi cum impensis meliorationis.*

1. VIndicare, in genere, est jus in re sibi asserere; & *vindicationes* dictæ omnes in rem actiones, *condictionibus* oppositæ, §. *appellamus* 15. *Inst. de actionibus*. Jus autem in re quintuplex esse, *tit. de inoff. testam. n.* 2. demonstratum est, cujus prima species, *dominium*, latiore quidem sensu omne jus in re videtur complecti: ita namque, qui per alterius corpus possidet, *dominus possessionis* dicitur, *l. si quis alterius* 2. *C. ubi in rem actio*, & dominium *servitutis* esse, ac domini nomine *usufructuarium* quoque contineri, patet ex *l. in vendi.ionem* 8. *pr. ff. de rebus auctor jud. possid. & vendend. l. semper* 15. §. *quod vi aut clam*. Sed strictius acceptum dominium, est *jus*, *quo res nostra est*, & vel *plenum* est, dum proprietati usufructus cohæret; vel *minus plenum*, ac in nuda proprietate consistit, usufructu penes alium existente. Insuper vel *civile* est, vel *naturale*; qua ratione dominium dotis naturale penes mulierem esse, civile penes maritum, indigitat *l. in rebus* 30. *C. de jure dotium*. Denique vel *directum* est, quod scilicet penes eum remanet, qui in emphyteusin aut feudum concessit, vel *utile*, ab aliis appellatum jus dominio proximum, quod emphyteutæ, vasalli, & similes habent; qui & domini propterea in jure vocati sunt, *l. possessores* 12. *in fine C. de fundis patrimonial.* arg. *l. sciendum* 15. §. *possessor* 1. *ff. qui satisd. cog.* licet considerato dominio directo hi domini esse negentur, *l.* 1. §. 1. *ff. si ager vectigalis id est emphyt. pet.* Fuitque huic dominii distinctioni in *directum* & *utile* non longe absimilis ea, qua prisco ius *bonitarium* aliud dominium erat, quasi dominium juris gentium, aliud *Quiritarium*, ex jure Quiritium; de quo Brissonius *select. antiquit. lib.* 4. *cap.* 1.

2. Ex hoc jure dominii nascitur rei vindicatio, actio scilicet in rem, qua rem nostram ab alio possessam petimus: aliter dicta specialis in rem actio, *l.* 1. §. 1. *ff. h.* cujus formula cum olim fere hæc fuerit, hanc ego rem ex jure Quiritium ajo meam esse, debebat res ipsa vindicanda præsens esse, aut saltem pars rei, veluti gleba fundi vindicandi; quem in finem alter alterum *ex jure manum consertum* vocabat, id est alter alterum ex jure ad conferendam manum in rem, de qua ageretur, vocabat, atque ita simul profecti in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, puta glebam, in jus in urbem ad prætorem deferebant, & in ea gleba, tanquam in toto agro vindicabant, te te Gellio *Noct. Attic. lib.* 20. *cap.* 10. quod & plenissime expositum a Barnaba Brissonio *de formulis lib.* 5. *pag mihi* 375. Rævardo *ad leg.* 12. *tabul. cap.* 6. *tertia parte legum* 12. *tabul. ad legem* 23. & *lib.* 9. *cap.* 13. *fere in pr.* vers. *in fundo*.

3. Duplex autem est rei vindicatio, directa alia, alia utilis. Directa illis datur, qui jure gentium aut jure civili dominium acquisiverunt, *l. in rem* 23. *ff. h. t.* adeoque & marito respectu rei dotalis, stante matrimonio, tanquam civili dotis dominio, arg. *l. dote* 9. *C. h. t.* junct. *l.* in *rebus* 30. *C. de jure dot.* non item uxori, nisi demum eo dissoluto; cum antea jura dominii in muliere prope conticescant, ac fere unice per maritum exerceantur, arg. *d. l.* Neque contrarium videri potest placuisse Imp. Alexandro in *l. mater tua* 3. *C. h. t.* cum non pateat, de fundo dotali, aut vindicatione matrimonio durante facienda, in *d. l.* 3. sermonem esse. Neque interest, utrum plenum quis habeat dominii jus, an nudam proprietatem, usufructu penes alium existente, quoties res usufructuaria a tertio possessa est, vel ipse fructuarius eam non servitutis sed dominii jure possidere cœpit, *l. fructus* 33. *in fine ff. h. t.* junct. *l. recte dicimus* 25. *ff. de verbor. signif.* Uti nec refert, perpetuum an temporale dominium competat; veluti heredi ratione rei, quæ alteri sub conditione legata est, cujusque dominium ea existente ab herede est recessurum, *l. non ideo* 66. *ff. h. t.* Nec denique, utrum possederit, an nunquam antea possessionem fuerit adeptus; atque adeo heredi quoque, cui ex aditione dominium quidem, at non possessio acquiritur, accommodanda est, *l. si ager* 50. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. cum heredes* 23. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*

neque quisquam impeditur rem suam vindicare, quod forte prius alteri eandem vindicanti patrocinium ignorans praestiterit, advocationis officio functus, si postea cognoverit, rem ad se pertinere, *l. inter officium* 54. *ff. h. t.*

4. Non tamen suffecerit, quod quis pendente demum lite dominium rei consecutus fuerit, quam jam ante coeperat vindicare; nisi enim mutato libello, ac refusis reo impensis, ex nova acquisiti dominii causa vindicare instituat, victus in ea lite haud esset evasurus: neque enim videri potest illius dominii jus in judicium deductum esse, quod demum post litem contestatam accidit seu acquisitum est, ideoque alia interpellatione opus foret, *l. non potest* 23. *ff. de judiciis*, *l. si mater* 11. §. *eandem* 4. & §. *itaque* 5. *ff. de except. rei judicat.* junct. *l. eum, quem* 70. *ff. de judiciis.* Eoque facit, quod & in ipsa actione ad exhibendum, praeparatoria rei vindicationis, non aliter condemnatio sequi debeat, quam si actoris utroque tempore interfuerit, rem ei restitui, & quo lis contestabatur, & quo condemnatio fit, *l. tigni* 7. §. *ult. ff. ad exhibendum*, quod de eo dici nequit, qui litis contestatae tempore necdum dominium fuerat consecutus. Denique hunc, qui ex jure post demum acquirendo litigare coeperit, similem esse ei, qui sine fundamento domum extruere tentavit, non inconcinne post alios dixit Peckius *de jure sistendi cap.* 17. *num.* 10. Adde Justum Meyerum *Collegio Argentorat. h. tit. num.* 13. Neque his adversatur, quod, si reus pendente demum lite possessionem adeptus fuerit, actori tamen condemnandus sit, *l. si autem.* 27. §. *possidere* 1. *ff. h. t. l. si hereditatem* 4. *l. item videndum* 18. §. *si quis* 1. *ff. de pe. it. hereditat. l. tigni* 7. §. *si quis non* 4. *ff. ad exhibend.* Recte enim eo casu judex reum actori damnat, quia in actionibus in rem potissimum jus actoris spectatur, dum ex parte rei nihil praeter qualemcunque possessionem vel detentionem naturalem requiritur, quae quandocumque accedens efficit, ut reus possidens restituendae rei facultatem habeat; atque insuper actor ut verus dominus ex ea causa egerat, quae lite vetustior dominium ei non immature adjecerat; sic ut actoris interfuerit & litis contestatae & rei judicatae tempore, rem sibi restitui: cum ex adverso in nostro casu actor, nullo nixus dominii jure, perperam vindicandi formula usus fuerit, hanc rem suam esse non ex vero contendens, atque adeo probare non valens, sua & litis contestatae & rei judicatae tempore interfuisse. Non etiam adversatur *l. si rem* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. Julianus ait* 11. *ff. qui satisd. cog. l. licet* 56. *ff. de judiciis*, *l. si mandavero* 17. *ff. mandati.* Cum in his omnibus non defuerit principalis aliqua agendi causa, seu actionis fundamentum; sed tantum quaedam praemitti debuerint, aut praestari, ex parte actoris, quae aut praemissa non sunt, veluti mandatum, aut non facta, puta, oblatio totius debiti ad pignus luendum. Quo modo generaliter in omnibus contractibus ultro citroque obligatoriis agens, antequam impleverit contractum ex suo latere, repelli potest, sed eo impleto, nihilominus vincit. Et quod attinet speciem facti, quae est in *d. l.* 17. *ff. mandati*, etiam non exacto per procuratorem eo cujus exactio mandata erat, recte mandans agebat actione mandati, cum utique debuisset procurator exegisse; alioquin in id, quod interest, mandanti damnandus. Jure tamen Canonico contrarium placuit, quoties petitio ex generali jure dominii, non ex speciali titulo, facta est, *cap.* 3. *de sentent. & re judicata in* 6. Sed & si litis contestatae tempore dominus fuerit, qui hanc actionem movit, lite vero pendente dominium amiserit, absolvi reum ratio dictat, arg. *l. si servus furtivus* 14. *ff. de condict. furtiva*, tum quia res devenit ad eum casum, a quo initium actio habere, & in quo consistere non potuit, arg. §. *pen. Instit. de noxalibus act.* tum quia desiit actoris interesse, arg. *d. l. tigni* 7. §. *ult. ff. ad exhibend.* tum denique quia sublatum est ac exstinctum illud, quod unicum hujus actionis fundamentum est. Quibus non obest, quod actio noxalis duret, & condemnatio sequi debeat, si lite pendente actor a reo dominium servi consecutus sit, *l. si alienus* 37. *ff. de noxal. action.* Neque enim ibi primaria intentio actoris erat ad noxae deditionem, sed tantum ad damni per servum dati reparationem, quae etiam alienato servo fieri poterat: noxae deditio tantum erat in liberatione, damni reparatio in obligatione; adeoque est, quod sibi reus imputet, quod ad damni reparationem ut debitam damnatus, careat noxae dandi, & ita sese liberandi facultate.

5. Neque hanc rei suae vindicandae potestatem tollit regulariter factum tertii, rem nostram non jure alienantis. Sic enim, (ut per species factorum nobiliores eamus) mulier rem, quam pro debito alieno pignori obligaverit, & ita contra Senatusconsultum Vellejanum intercesserat, recte vindicat, licet a creditore jure pignoris distractam, *l. redemptores* 39. §. 1. & *seqq. ff. h. t.* (quod tamen an hodie cum jure & fide hastae fiscalis, prout nunc distrahi pignora mos est, conveniat, vide *in seqq. num.* 13.) Uti & is, qui procuratori mandavit rem certo pretio, veluti mille aureis, vendi & tradi, si is minoris vendiderit & tradiderit. Quive rem certo pretio tradi jussit, si illa definito quidem pretio distracta, sed eodem necdum persoluto tradita sit, *l.* 1. §. *si quis rem meam* 2. & §. *Celsus* 3. *ff. de except. rei vend. & tradita.* Similiter, si, re debitoris per creditores subhastata, tertius tanquam rei istius dominus intercedat, seu sese subhastationi & distractioni solemni opponat, &, cum vere dominus non esset, tamen imprudentia judicis vincat, atque ita impedita venditione rem sibi obtineat; debitor, tanquam verus rei istius dominus, non erit impeditus eandem vindicare ab eo, qui in judicio oppositionis victor fuit. Est enim hic res inter alios acta, creditorem scilicet ac tertium intercedentem; nec creditor debitoris personam hic videtur sustinere, neque debitoris sed suum magis negotium gerere; nec denique debitor impedire poterat, quo minus creditor contenderet cum opponente de proprietate rei; quo casu rem inter alios actam alteri non nocere, aut jus ejus minuere, constat *l. saepe constitutum* 63. *ff. de re judicata.* Estque hoc ipsum manifeste definitum, sententiam eorum, qui de jure intercedentis summatim cognoverunt, non posse debitori praejudicare, quoties hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cujus nomine capta est, si forte jure ordinario coeperit debitor persequi tanquam dominus rem illam, ut suam, sed ex cognitione summatim interposita penes intercedentem con-

stitutum, *l. a D. Pio §. si rerum 4. ff. de re judicat.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 92. 93.

6. Sed nec fideicommissarius impeditur vindicare rem a fiduciario pendente conditione alienatam, si dein fideicommissi conditio extiterit, *l. ult. §. pen. C. commun. de legatis.* Nec proprietarius rem a fructuario distractam, arg. *l. uxor* 20. *C. de legatis*, nec dominus rei communis partem suam, cum forte alter rem communem in solidum vendidisset; cum nec a furti vitio talis immunis sit, si res mobilis communis fuerit; neque privato cuiquam, sed fisco soli datum fuerit, rem sibi cum alio communem in solidum distrahere, *l. multum* 2. *C. de commun. rer. alienat.* Ants Matthæus *param. Belgar. Iuriscons.* 7. *num.* 17. vers. *tertio circa fin. pag.* 239.

7. Multo minus impedita censeri debet vindicatio rei illius, quæ suo domino per furtum subducta est; quippe qui eam non a fure tantum & herede ejus, sed & alio quovis bonæ malæve fidei possessore repetere potest, nec pretio quidem emtori bonæ fidei refundendo, cum is cautius mercari debuerit, & actione de evictione adversus auctorem suum regressum habeat, *l. incivilem* 2. *C. de furtis*, *l. si mancipium* 23. *C. h. t. Privilegium Mariæ Burgund. Hollandis Zelandisque datum* 14. *Martii* 1476. *Placit. Holland. vol.* 2. *pag.* 670. *in med.* Ut tamen hic penitus examinanda & inspicienda sit loci cujusque consuetudo; quæ fere est, ut mensam fœnebrem exercentes bona fide tuto accipiant pignori res furto subductas, non nisi pretio reddito easdem suis dominis restituturi, & ut certo tempore certoque dierum vel hebdomadarum spatio aurifabri ac veteramentarii res sibi venum oblatas ipsi venales publice exponant, eoque lapso sic tuto emant, ut non nisi pretio refuso vindicationem pati teneantur; si modo a venditoribus ipsis pretium nequiverint recuperare. Et hæc quidem, si statuta aut consuetudines eam in rem conceptæ appareant; ceteroquin iisdem deficientibus, ratio non est, cur a Romani juris definitione videretur recedendum, vid. Christinæus *ad leg. Mechliniens. tit.* 2. *art.* 2. *num.* 6. 8. Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 39. *defin.* 5. 6. Mævius *ad jus Lubecens. lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *num.* 24. *& seqq.* Grotius *manuduct. ad Iurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 13. 14. Groenewegen ibid. *in notis*, & *ad d. l.* 2. *C. de furtis*. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 3. 4. Wassenaar *pract. jud. cap.* 9. *num.* 4. Anselmo *Codex Belgicus*, verbo, *Oude Kleerkopers*.

8. Fallit tamen hæc rerum furtivarum a tertio bonæ fidei possessore vindicandarum potestas, quoties pecunia furtiva per furem creditori ejus bona fide accipienti soluta, vel pro re vendita pretii vice numerata fuit & vel consumta vel alteri pecuniæ mixta, cum ita consumti videantur nummi, *l. si alieni* 78. *ff. de solution.* consumti autem bona fide per creditorem nummi alieni neque vindicari possint nec condici, *l. Cassius aut* 17. *ff. de solutionibus*, esg. *l. non omnis* 19. *§.* 1. *ff. de rebus creditis.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 12. Neostadius *Curiæ supremæ decis.* 36. *cujus initium est*, *Petrus pecuniam*. Uti & in rebus illis furtivis, quæ publicis in nundinis fuerunt alicui bona fide ementi divenditæ, quæ non nisi pretio, quod datum est, restituto vindicari possunt; quoties emtor nequit a venditore pretium servare; ita jure singulari munitis istis nundinalibus venditionibus in plerisque Belgii locis (si pauca excipias, in quibus inter rem alienam, & furto subductam, distingui observat Ant. Matthæus *paræmia* 7. *num.* 17. vers. *secundo*) commerciorum adjuvandorum gratia, ne timidius ad emendum accederent emtores, si re aliena bona fide comparata, pretii periculum deberent subire, nulla licet in culpa plerumque hærentes; dum in peregrinorum promercii causa adventantium, ac res venales exponentium, conditionem integritatemque curiosius inquirere onerosum ementibus ac prope impossibile visum est, Grotius *d. lib.* 2. *Manuduction. cap.* 3. *num.* 13. Zypæus *notit. Jur. Belgici lib.* 3. *in pr. de rei vindicat.* vers. *jure dominus*, Ant. Matthæus *d. paræmia* 7. *n.* 17. Groenewegen, Wassenaar, Simon van Leeuwen *d. locis*. Denique nec illos rerum furtivarum emtores, rei vindicatione a dominis conventos, pretio erogato fraudandos esse æquitas dictat, qui res furtivas, longius alioquin abducendas distrahendasque, eo emerint animo, ut eas dominis suis salvas faciant iterumque restituant; non suum ita, sed dominorum potius negotium gerentes, maxime si pretio viliore comparaverint æstimationis majoris res furto subductas, & sine tali redemtione suis probabiliter dominis perituras; si modo id ipsum vel emptionali instrumento insertum fuerit, vel testatione tempore contractus coram testibus interposita probari queat; sic ut nullus videri possit color quæsitus, sed bona fide menteque hæc gesta appareat: tunc enim inficias iri non potest, quin hæc erogatio utiliter & probabili ratione facta sit, adeoque ne negotiorum quidem gestorum actio videtur deneganda esse, arg. *l. alimenta* 11. *C. de negot. gestis*. Et certe, si navi a piratis redemta, pretium redemptionis redimenti vel dominio mercis, qua data redemptio facta est, restituendum veniat per contributionem, *l. si laborante* 2. *§. si navis* 3. *§. de leg. Rhod. de jactu*, quidni & is, qui rem furtivam minoris redemit, recuperet, quod expendit, ut domino rem salvam faceret? Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 39. *defin.* 7. Menochius *de præsumtion. lib.* 5. *præsumt.* 29. *num.* 16. Ceterum, si quem sub obtentu rei in gratiam domini redimendæ suum magis, quam domini negotium voluisse gerere, ratione probabili demonstrari possit, dum forte rei domino restituendæ, aut saltem denunciationis faciendæ, facultatem habens, studiose eandem protelavit, nec nisi urgente prope necessitate pudoreque serius obtulit domino restitutionem; non dubium, quin ei, velut in fraude manifesta constituto, nihil ex pretio soluto reddendum sit, arg. *d. l. incivilem* 2. *C. de furtis*, junct. *l. si pupilli* 6. *§. sed & si* 3. *ff. de negot. gestis*, ac de his potissimum intelligendi interpretes, pretii repetitionem emtori in casu nostro denegantes, inter quos Christinæus *ad Leg. Mechlinienses tit.* 2. *art.* 1. *num.* 6. Menochius *d. lib.* 5. *præsumt.* 29. *num.* 13. *& seqq.* Mollerus *semestrium lib.* 3. *cap.* 10. Dion. Gothofredus *ad l.* 2. *C. de furtis*.

9. Quæ de rebus furto subductis, per dominos sine pretii restitutione vindicandis dicta, ex rationis paritate ad ea quoque, quæ per piratas capta, ac postmodum aliis in bona malave fide constitutis di-

vendita fuerint, porrigenda sunt, cum hi vere a furibus aliis non aliter distent, quam quod, uti plerumque potentiores, ita quoque improbiores sunt; nulla de cetero potestate occupandi aliena muniti, nec jure dominii ullatenus sua facientes quæ nullo diripuerunt jure, arg. *l. postliminium* 19. *ff. a piratis* 2. *l. hostes sunt* 24. *ff. de captiv. & postlim. reversis*, *l. qui a latronibus* 13. *ff. qui testam. fac. poss.* Adde *Instrumentum pacis inter Anglos & Belgas* 28. *Aprilis* 1654. *artic.* 14. *vol.* 2. *placitor. pag.* 527. Quibus non adversatur Pomponius in *l. mulier* 6. *ff. de captiv. & postlim.* ubi pretium centurioni dicitur reddendum a fisco, cum is mulierem in opus salinarum datam, & dein a latrunculis exteræ gentis captam, redemisset. Non enim eam existimo Pomponii mentem fuisse, pretium redemtori semper & omni casu fuisse refundendum, sed magis eum determinare, quis pretium reddere teneatur, si illud centurioni, in bona forte fide posito & gestienti per redemtionem reducere talem mulierem in pristinum statum (secundum ante dicta de rebus furtivis) restituendum sit; cum non levis hæreret scrupulus, propter quem videri posset fiscus non esse ad pretii dati restitutionem obstrictus, quod nempe mulier illa non fisci sed pœnæ ancilla erat, si in perpetuum damnata esset; sin ad tempus, libertatem ac civitatem retinebat, atque adeo ipsa sui lucrum exsolvere poterat, *l. aut damnum* 8. §. *in ministerium* 8. §. *de pœnis*, junct. *l. si in metallum* 3. *ff. de his, quæ pro non scriptis;* sed fiscum tamen teneri æquum visum, cum ex operis ejus emolumenta sentiret. Aliter quam sese res habet in rebus per justos hostes occupatis, & dein bona fide redemtis; quippe quas semel jure belli pleno dominio acquisitas distrahere hostibus jure suo licuit: sic ut nec jus postliminii in hisce, si mobiles sint, locum habere possit, ac ne refuso quidem pretio pristinis videantur dominis restituendæ; tanquam per emtores comparatæ ab iis, qui jure gentium & justo belli titulo dominium fuerant consecuti, §. *item ea* 17. *Instit. de rer. divis.* Christinæus *ad Leg. Mechlinienses tit.* 2. *art.* 2. *num.* 3. Anton. Matthæus *d. parœmia* 7. *num.* 17. vers. *secundo in med.* Responsa JCtor. Holland. *pars.* 1. *consil.* 302. Carpzovius *defin. forens. pars.* 4. *constit.* 35. *defin.* 8. nisi tamen aliud specialiter legibus cujusque populi, aut populorum plurium mutua conventione circa res tum a piratis tum ab hostibus redemtas placuerit; uti aliquando nostratibus aliud placuisse ob singulares circumstantias, patet ex decreto Ordin. Hollandiæ 4. *Martii* 1600. *vol.* 2. *placitorum Holl. pag.* 39.

10. Quamvis autem res furtivas vindicare possit earumdem dominus; si tamen distractæ fuerint, pretii inde redacti, vel forte necdum soluti sed etiamnum debiti, vindicandi jus non habet: nam neque pretium rei meæ per alium, non meo nomine distractæ, meum est, neque in judiciis singularibus succedit in locum rei; adeoque nec in locum rei furtivæ surrogatur aut furtivum est, *l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis*, *l. quemadmodum* 68. §. *si servus* 2. *ff. de noxal. action.* Mævius *ad jus Lubecens. libr.* 3. *tit.* 8. *art.* 17. *num.* 2. 3. Modest. Pistoris *part.* 2. *quæst.* 60. Neostadius *Cur. supr. decis.* 85. *vers. curia*, Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 9. Ut tamen haud sit eundum inficias, quin furtum passus personalem ad exhibendum actionem pro recuperando rerum furtivarum & alienatarum vel consumtarum pretio sit habiturus, & cum ceteris concursurus simplicibus chirographariis, non modo adversus furem heredemve ejus (de quibus alibi) sed & contra eos qui mala fide ac scientes compararunt res furtivas, iterumque distraxerunt aut consumserunt; non enim parcendum videtur iis, qui ita rem furtivam ementes, sese, quodammodo reddiderunt delicti participes, meritoque considerandi tanquam tales, qui dolo malo desierunt possidere, arg. *in fine ff. de tigno juncto*, arg. *l. eos, qui* 14. *C. de furtis*, Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constitut.* 40. *defin.* 10. Menochius *de præsumtion. lib.* 5. *præsumt.* 29. *num.* 18. 19. Aliter quam statuendum foret in iis, qui, uti bona fide comparaverant, sic rursus pari fide bona distraxerunt rem furtivam; eo quod ob bonam fidem neque ex delicto videri possunt obligati esse, neque ex ullo contractu vel quasi aut æquitate naturali; nullo quippe modo cum jactura alienа locupletiores facti: nisi rem furtivam minoris per eosdem emtam, aut titulo quæsitam lucrativo, pluris postea distractam ponas: quo casu in id saltem, quod amplius penes eos est ex venditione, ipsos teneri rerum furto subductarum domino, multis placeat, nec improbabile est, si modo domini neque res furtivas consecuti fuerint, neque indemnitatem: locum sibi tunc vindicante naturalis æquitatis regula, neminem debere cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc* 14. *ff. de condict. indeb.* arg. *l. si eum servum* 23. *ff. de rebus creditis.* Pingitzerus *Quæst. Saxon.* 49. *n.* 27. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 40. *defin.* 9. Struvius *ad Pand. h. t. n.* 13.

11. Quod si ex adverso contigerit, ex pecunia furtiva res quasdam emtas esse, nec harum quidem vindicatio domino nummorum furto subductorum videtur concedenda; (imo nec jus ullum prælationis in rebus illis ante ceteros furis creditores, de quo latius *tit. qui potior. in pignore.*) Primo enim id, quod ex re furtiva redactum est, furtivum non est, adeoque nec res nummis furtivis emta, *l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis*, non magis, quam pignori obligata censetur res ex pecuniis oppignoratis comparata, *l. idemque est* 7. *in fine ff. qui potior. in pign.* licet ex argento, aut lana furtiva, aut uvis surreptis, poculum, aut vestimentum factum, aut mustum expressum furtivum sit; in quantum idem adhuc corpus est, & ut JCtus ait, *substantia magis*, quam forma spectanda est, *l. sequitur* 4. §. *si ex lana* 20. *ff. de usurp. & usucap. l. ex argento* 13. *l. si servus* 14. §. *ult. ff. de condict. furtiva.* Deinde generaliter in jure traditum, rem ex mea pecunia emtam meam non esse, sed ejus, qui eam nummis alienis emit, aut cujus nomine emta est, *l.* 1. *l. mancipia* 3. *l. multum interest* 6. *l. penult. & ult. C. si quis alteri vel sibi sub alter. nomine &c. emerit*; cui consequens est, ut per nummorum dominum nequeat ulla ratione vindicari, sed sola competat pro pecunia personalis actio, *l. si ex ea* 6. *C. h. t. l. ex pecunia* 12. *C. de jure dot.* Et quamvis ab hac regula casus quosdam exceptos esse verum sit, uti *in seqq.* dicendum est; tamen in præsente quæstione regulæ standum esse, vel inde manifestum puto, quod nummis furtivis per furem mutuo datis ac consumtis, nulla personalis actio nummorum

domino adversus mutuatarium acquiritur ad eosdem in genere nummos reddendos; sed soli furi, qui numeravit, *l. nam & si* 13. *pr. & §.* 1. *ff. de rebus creditis*, junct. *l. quamvis* 2. *l. non unde* 7. *C. si certum petat. l. si quis pro eo* 56. *§. si nummos* 2. *ff. de fidejussoribus*. Si enim ne personalis quidem actio & jus ad rem pro nummis similibus, furtivorum vice fungentibus, recuperandis domino nummorum nasci possit; multo minus jus dominii & in rem actio pro rebus emtis, haudquaquam fungentibus pecuniæ furtivæ vice. Et hanc tuetur sententiam Anton. Matthæus *de auctionibus libr.* 1. *cap.* 18. *num.* 11. ubi licet moneat, ex æquitate quidem, at non ex juris scripti principiis, admitti posse contrarium judicatum a Neostadio relatum, *Curia Holland. decis.* 19. vers. *nopende het tweede point*, seu *num.* 3. tamen minus mihi probabilis videtur illa æquitatis præsumtio: non tantum, quia *l. si ipsas res* 18. *ff. quod metus causa*, (quæ primarium æquitatis illius fundamentum est) de actione quod metus causa tractat, ad res furtivas haud transferenda, ut ipse Matthæus d. loco ex *l. item si cum* 14. *§. qui vim intulit* 12. *eod. tit.* notat: sed & præcipue, quia neque ratio neque leges ullæ dictant, actione quod metus causa teneri tertium bonæ fidei possessorem, qui rem metu extortam non amplius possidet, sed divendidit; nisi quatenus inde locupletior factus est: ditior autem ex pretio videri nequit, si rem ipse prius emerit, & ita pretio soluto suum prius ipse diminuit patrimonium, sed demum, si rem metu extortam ex lucrativo titulo bona fide consecutus, deinceps distraxerit, arg. *§. si res aliena* 6. *Instit. de legatis*, ac proinde etiam hoc solo casu eum, ut locupletiorem factum, actione quod metus causa conveniri posse constat: quomodo & rei furtivæ emtorem bonæ fidei conveniri posse, supra observatum est. Nec alio de casu accipiendum esse *d. l.* 18. arguit abunde argumentum a petitione hereditatis ibidem subjunctum; in qua res ipsas hereditariarum pretia, ex causa lucrativa penes eum esse, qui pro herede possidet, nulli dubium.

12. Dicta de rebus furtivis vindicandis locum etiam nunc, ex juris Romani principiis, obtinere debeat, cum commodatarius, depositarius, conductor, creditor, precario tenens, & si qui alii his similes sint, qui ex voluntate dominorum res mobiles tenent, easdem aliis, licet bona fide ementibus, vendiderunt ignorante domino, a quo locatæ fuerant, aut pignori datæ aut depositæ, vel precario concessæ. Tali enim distractione furtum committi & res ipsas furtivas fieri, vel inde constat, quod & solus dolosus rerum talium usus aut abusus furti actioni adversus eos locum facit ex jure Romano, *§. furtum autem fit* 6. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*. Adde *l. si mandavero* 22. *§. si tibi centum* 7. *ff. mandati*, *l. si convenit* 4. *in fine ff. de pignorat. act. l. qui fundum* 17. *ff. de condict. furtiva*, *l. si pignori* 54. *pr. & §.* 1. *l. si is, qui pignori* 73. *l. falso* 82. *ff. de furtis*. Sed cum nunc frequentata sit parœmia, secundum quam *mobilia non habent sequelam*, quibusdam visum fuit, denegandam esse domino elocanti, commodanti, deponenti, & similibus, vindicationem rerum mobilium per depositarios, commodatarios, conductores, similesque venditarum emtoribus in bona fide constitutis, nisi pretio reddito, aut pignoris luitione facta. Ita fere cautum jure Lubecensi *lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 1. Saxonico, ut testis est Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 26. *defin.* 5. Antverpiensi *tit.* 58. *art.* 5. Quod ita tum litium minuendarum gratia, tum præcipue ob commerciorum usum videtur inductum, quæ turbarentur non parum, difficulter accessuris ad emendum emtoribus, si rerum mobilium evictio tam facile pristinis earum dominis permissa esset. Neque sententia illa omni destituta est æquitatis ratione; cum utique sit, quod facilitati suæ dominus imputare debeat, quod tam maligno, cujus fidem necdum habebat exploratam, rerum suarum usum, curam, custodiam, aut detentionem commiserit; nec ignarus esse debuerit conditionis ejus, quocum contrahebat, arg. *§. præterea* 3. *Instit. quibus mod. re contrah. oblig. l.* 1. *§. unde quærit* 9. *ff. de exercit. action. l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* neque pro damno reputare debeat, cui sua credulitate nimia ac temeritate primus ipse causam dedit, si forte ab illis, quibus rem suam mobilem commiserat, indemnitatem consequi non possit, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris*, Mævius *ad jus Lubecense d. lib.* 3. *tit.* 3. *art.* 1. *num.* 18. *& seqq.* & præcipue *art.* 2. *num.* 5. *& seqq.* Groenewegen *ad §.* 18. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*, Ant. Faber. *Cod. lib.* 6. *tit.* 27. *ad SCons. Trebell. defin.* 11. *in med.* Respons. JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 178. *in med.* Qua & ipsa ratione moti Zelandiæ Ordines constituerunt, dominos obligationum seu cautionum incertis creditorum nominibus conceptarum (vulgo *thoonder deses*) non posse vindicare has suas cautiones per alios divenditas aut oppignoratas, nisi luitione facta aut pretio restituto; etiamsi allegarent, venditionem ab illis factam esse, quibus sola custodia vel usurarum exactio demandata fuit, *Placit. Ordin. Zeland.* 31. *Maii* 1679. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 598. Adde Antwerpienses *tit.* 58. *art.* 5. *in med.* Qui tamen hoc a jure Romano divortium præcipue commerciorum favore sustentatur; hinc aliis magis placuit, non aliter hanc sententiam admittendam esse, quam si ita nominatim inveniatur statuto dispositum, aut inveterato firmatum usu. Atque ita, cum institorum ac proxenetarum maximus in mercatura usus sit atque utilitas, nec sine his satis recte procedat; non mirum, id passim fere servari, quod hi res dominorum suæ commissas fidei distrahentes aut obligantes, dominis noceant, easdem non nisi pretio reddito aut soluto debito recuperaturis, Antwerpienses *d. tit.* 58. *art.* 5. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 85. Ant. Matthæus *Parœmia* 7. *num.* 7. *fere in fine*, & *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 9. Respons. JCtor. Holl. *d. part.* 4. *consil.* 178. *in med.* Ceteroquin a jure Romano haud esse hac in parte deviandum arbitrantur; atque ita in ipsa quoque Saxonia vindicationem mobilium his in casibus domino permitti, auctor est Carpzovius *defin. forens. d. part.* 2. *constit.* 26. *defin.* 3. & in Sabaudia jus commune in mobilibus, a tertio divenditis vel oppignoratis, per dominum a quovis possessore vindicandis obtinere, testatur Anton. Faber *C. l.* 6. *tit.* 27. *ad SCons. Trebell. defin.* 11. *in fine*. In Hollandia quoque, utut mercaturæ quam maxime studiosa, domino suarum cautionum pignori per alium obligatarum aut venditarum vindicias sententia Curiæ permissas fuisse, no-

tat Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 15. 16. 17. Ex generaliter statuta illa, quæ tam facile dominum rei suæ dominio & vindicandi potestate privant, strictissimam recipere interpretationem, prudenter observatum a Davide Mævio *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 2. *art.* 2. *num.* 18. Ant. Matthæo *paræmiis Belgar. JCtor. param.* 7. *in fine*, adeoque si de commodatariis vendentibus aut oppignorantibus rem commodatam sermo fit, non debere id vel ad conductores vel depositarios aut precario tenentes extendi; quasi magis suæ temeritati damnum adscribere debeat dominus, cum commodato dedit, & ita gratis jus utendi ad tempus transtulit commodatarii solius gratia, quam cum minus aut nullum jus concessit, ut in deposito, & precario, nec non locatione, ob mercedem usus loco subintrantem, contingit, Mævius *d. loco num.* 20. 21. Matthæus *d. loco*. Id quod tanto magis probandum, quia & ipsi horum statutorum adeo a jure communi recedentium conditores non modo non ad omnes casus hæc porrigi sanciverunt, sed & nominatim jus aliud in casibus aliis esse voluerunt. Si enim sartor, aurifaber, tinctor, aliique similes opifices materiam aut rem faciendam, tingendam, sarciendam acceptam vendiderint alteri aut pignori dederint, dominis vindicandi licentiam sine pretii reddendi aut pignoris luendi necessitate, sed solo restituto operæ impensæ pretio, concessere Lubecens. *lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 17. Antwerpienses *tit.* 58. *art.* 6.

13. Plane si res mobilis ignorante domino vendita fuerit auctione publica, ex judicis decreto ad petitionem creditorum, vix est, ut hodierni mores rerum ita venditarum vindicationem paterentur; cum ne immobilia quidem ex decreto judicis vendita, & præmissis solemnibus denunciationibus legitime tradita, domino non mature intercedente & se opponente, vindicari queant. Sed cum de publicis hisce distractionibus, & intercessionum necessitate alibi ex professo agendum sit, plura hic non addo. Videatur interim Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 11.

14. Non etiam quisquam recte vindicat rem suam a se alienatam, sive directa alienatio intercesserit, sive factum tale, ex quo dominus jure gentium ac naturæ caret dominio suæ rei, veluti si redemtores operis ex suis cæmentis seu materia in alieno solo ædificent, aut quis carinæ alienæ navim imponat; cum inædificata jure dominii in continenti quæsita fuerint domino soli, aut carinæ, qua fundi vice in navibus est, *l. redemtores* 39. *ff. h. t.* junct. *l. item si pretio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff. locati*, *l. Minicius* 6. *ff. h. t.* Alienationis directæ quotidianum exemplum est in eo, qui rem suam vendidit & tradidit, licet pretio necdum soluto: etenim si modo fides de eo fuerit habita, cum ita dominium fuerit in accipientem translatum, & venditor secutus sit fidem emtoris, vindicare nequit, sed tantum pro pretio consequendo cum chirographariis aliis emtoris creditoribus concurrit, etiamsi res venditæ adhuc essent in bonis emtoris, solvendo non existentis. Retinere quidem poterat venditor rem, & non tradere, donec pretium solutum fuerit, sed traditione sibi præjudicavit, ac sese omni spoliavit dominio, §. *vendita* 41. *Instit. de rer. divis.* *l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi pen. ff. de tributor. act.* *l. quod vendidi* 19. *ff. de contrab. emt.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 17. Berlichius *part.* 1. *conclus.* 68. *num.* 48. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 116. Si tamen emtor mox foro cedat, non dubium, quin venditori superfutura sit rei vindicatio, cum enim tali venditioni dolus causam dederit, atque adeo venditio sit ipso jure nulla *l. & eleganter* 7. *ff. de dolo*, non potuit videri dominium ex traditione translatum; dum, nullo præcedente justo titulo, nulla per traditionem alienatio contingit, nec emtori dominium acquiritur; imo non longe a furti vitio tale factum abest, arg. *l. si quasi* 3. *ff. de pignorat. actione statut. Antwerpiens. tit.* 58. *art.* 7. Mævius ad jus Lubec. *lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 1. *num.* 24. *& seqq.* Papon *lib.* 18. *tit.* 5. *arrest.* 46. Neostadius *supr. curiæ decis.* 4. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 13. 14. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 18. Mollerus *semestrium lib.* 4. *c.* 28. *n.* 6. Gayl. *lib.* 2. *obs.* 15. *num.* 7. *& seqq.* Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4 *cap.* 19. *num.* 20. versu, *e contra*. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 177. & *part.* 4. *consil.* 217. Berlichius *part.* 1. *conclus* 66. *num.* 50. Quin imo, licet dolosus emptor rem non possideat, sed rursus tertio privatim bona fide ementi parata vendiderit pecunia, non impediendus videtur primus venditor, a quo dominium non recessit, quo minus eandem a tertio vindicet bonæ fidei emtore, pretio non refuso: eo quod secundum ante dicta furti vitio non caret res ita per primum dolosum emtorem, nullo dominii jure munitum, distracta, atque ita consideranda, ac si nec vendita fuisset nec tradita; ut proinde idem quoque, quod de rebus furtivis supra dictum, hoc casu debeat obtinere, arg. *l. si quasi* 3. *ff. de pignorat. act.* Neostadius *d. decis.* 5. *supremæ curiæ*, Carpzovius *d. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 19. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *num.* 20. *in fine.* Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 245. 285. 286. Plane si res dolo emtas per dolosum emtorem pretio præsente publicis in nundinis, iterum distractas traditasque emtori bonæ fidei concipias, non dubium quin rerum furtivarum exemplo, juxta superius dicta, vindicandi licentia venditori primo non nisi pretio refuso concedenda sit. Sed Amstelodamensibus peculiariter placuit, nullam venditori dandam esse rerum venditarum vindicationem, quoties non parata pecunia, sed dilatione solutionis concessa, rem vendidit & tradidit, atque ita fidem emtoris secutus est, licet mox emtor foro cedat; observante id Groenewegio *in notis ad Grotium manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 19. *in postrema editione.*

15. Quod si tradita quidem fuerit res vendita emtori, sed fide de pretio non habita; cum ita manserit in venditoris dominio, vindicari a venditore potest, *d.* §. 41. *Inst. de rer. divis.* *d. l.* 5. §. *pen. ff. de tribut. act.* *d. l.* 19. *ff. de contrab. emt.* Idemque est, si artifex ex sua materia rem quandam, nec solo cohærentem, nec accessionis jure rei alteri cedentem, pro alio fecerit, veluti annulos aut scyphos ex suo auro, ac non habita de pretio fide tradiderit; cum enim hæc negotii species ad emtionem pertineat, §. *item quæritur* 4. *Inst. de locat. & conduct.* *l. Sabinus* 20. *ff. de contrab. emt.* ratio non est, cur hunc artificem in vindicanda sua re fabricata

ab aliis vendentibus separarentur, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 22. Ut, tamen & his in casibus, si nundinis publicis res iterum per emptorem divendita sit, dominus non aliter quam restituto pretio eandem evincat, Simon van Leeuwen *cens. forens. d. part.* 1. *l.* 4. *cap.* 19. *num.* 20. Et ex statuto Amstelodamensi non aliter domino, qui parata pecunia rem vendidit, vindicatio illius rei salva sit, quam si post lapsum sex septimanarum primo die judiciali interpellatio de pretio facta fuerit, *Statut. Amst.* 31. *Januarii* 1658. *lib.* 1. *parte* 3. *statut. pag.* 176. *col.* 2. *num.* 3. Quando autem de pretio fides habita censeatur, nec ne, in materia emtionis plenius excutiendum est.

16. Quia vero heres una cum defuncto persona fingitur, factumque defuncti propterea pro ea tenetur præstare parte, qua heres est, hinc nec rem suam a defuncto divenditam recte vindicat, doli mali exceptione per emtorem pro ea portione, quæ ex hereditate ad eum pervenit, repellendus: sive pluris valeat res per defunctum divendita, quam est in portione hæreditaria ejus, cujus est res, sive minoris sit pretii, sive primus heres sit, sive heredis heres, quippe qui æque heredis appellatione continetur, *l. cum a matre* 14. *C. h. t. l. sive possessio* 14. *C. de eviction. l. Seja fundos* 73. *ff. de edibtion. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alienand. l. filium* 31. *ff. de liberali causa.* Cum enim heredem talem de evictione teneat actio, multo magis eundem agentem repellit exceptio, *tot. tit. ff. de excep. rei vend. & tradita*, Francisc. de Barry *de successionib. lib.* 11. *tit.* 9. *num.* 13. Peregrinus *de fideicommissis art.* 33. Grassus *recept. sent.* §. *hæreditas quæst.* 12. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *num.* 79. Sande *de probib. rer. alienat. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 52. Respons. JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 112. 113. 114. Quod usque adeo verum est, ut nec pupillus rem suam a defuncto, cui heres est, sine decreto alienatam ab emtore avocare possit, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 184. *quæst.* 1. *pag.* 557. *incipit A beeft by syn testament*, nec fideicommissarius rei fideicommissariæ, per fiduciarium divenditæ, vindicandæ potestatem habet, quoties & pro qua parte ipse fiduciario alienanti hæres extiterit. Si enim legatarius ex eo, quod acceptavit legatum sibi a fiduciario relictum, obligari possit, ut rem sibi ex causa fideicommissi debitam, alteri restituat ex novo fideicommisso per fiduciarium imposito, & ita obstringi, ut rem illam tradat, uti patet ex *l. unum ex familia* 67. §. *sed etsi* 5. *ff. de legatis* 2. multo magis est, ut rem a fiduciario in extraneum jam alienatam, teneatur penes eundem relinquere, ubi adeundo cœpit una cum alienante persona esse. Eoque facit, quod solis exheredatis nepotibus indulta invenitur licentia vindicandi rem, quæ cum ex avi dispositione debuisset in familia manere, per patrem intermedium extero legata erat, *l. filius familias* 114. §. *cum pater* 15. *& seqq. ff. de legatis* 1. Et sane, si heres ne rem quidem suam, quam pleno jure proprietatis habebat, a defuncto alienatam vindicare possit, juxta ante dicta; multo minus videtur audiendus, vindicare cupiens rem sibi a defuncto ex causa fideicommissi debitam, in qua tempore alienationis alienans habebat dominii jus, & heres tantum rei aliquando obtinendæ spem, Fachineus *controv. l.* 5. *cap.* 19. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *num.* 81. Peregrinus *de fideicommissis d. art.* 33. Joh. a Sande *de probibit. alienation. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 52. De cetero, quando heres non teneatur præstare factum defuncti, *tit. de acquir. hæredit.* latius tractandum erit. Illud hic monuisse suffecerit, quod, licet is, qui in sola legitima institutus est, repelli non possit a vindicatione totius rei suæ per defunctum alienatæ, ut dixi *tit. de inoffic. testament.* tamen si quis beneficio inventarii adhibito hæreditatem adierit, æque ac alius sine inventario hæres, defuncti factum & alienationem teneatur præstare; cum inventarii beneficium non aliter hæredes ita adeuntes a ceteris simpliciter hæreditatem admittentibus distinguat ac separet, quam in eo, quod creditoribus ultra vires hæreditatis non obstringantur, *l. ult. C. de jure deliberandi*, §. *pen. Inst. de hæred. qualit. & different.* Cui consequens est, ut si fundi sui per defuncti distracti æstimationem habeat ex hæreditate salvam, non possit audiri, factum defuncti impugnare volens; aut si non totam æstimationem salvam habeat, eatenus tantum vindicare ei permittatur, quatenus ei cum effectu abest, sic ut non pars ea, ex qua hæres est, sed tantum modus emolumenti ex hæreditate percepti, spectandus sit in quæstione, an & pro qua parte talis hæres rem suam a defuncto alienatam vindicare possit: eo fere modo, quo id de jure Romano obtinuit in uxore a marito instituta, cujus fundus dotalis per maritum fuerat alienatus, *l. dotale* 13. §. *ult. ff. de fundo dot.* accurate Pinellus *ad d.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *num.* 79. *in fine*, Grassus *d.* §. *hæreditas quæst.* 12. *num.* 25. *in med.* Joh. a Sande *de probib. alienat. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 34. 35. Peregrinus *de fideicomm. art.* 33. *num.* 13. Neostadius *Cur. Holland. decis.* 7. *in fine*, Barry *de successionibus lib.* 11. *tit.* 9. *num.* 14. Ant. Matthæus *select. disput.* 3. *ad l.* 14. *C. h. t. n.* 8.

17. Ex adverso nec is qui rem alienam vendidit & tradidit, si postea vero ejus domino hæres existat, aut alio quocunque modo acquirat dominium, eandem vindicare potest, non tantum, quia regulariter nemo contra suum factum venire debet, *l. post mortem* 25. *ff. de adoption. l. cum profitearis* 4. *C. de revocand. donat.* sed &, quia confirmato jure tradentis, etiam jus accipientis videtur confirmatum, secundum vulgatissima juris axiomata; ac, quem de evictione tenet actio, eundem multo magis agentem repellit exceptio, *l. si a Titio* 72. *ff. de rei vindicat. l.* 1. *pr. & tot. tit. ff. de except. rei vend. & tradita*, *l. vindicantem* 17. *ff. de eviction. l. venditric.* 3. *C. de reb. alien. non alienand. l. pen. ff. de fundo dotali*, nihil in contrarium faciente, *l. si servo* 20. *ff. qui & a quibus manumiss. liberi non fiunt*, in qua, si quis servo alieno libertatem dederit, datio non subsistere dicitur, licet manumissor postea domino heres extiterit. Est enim in manumissione quid singulare, eo quod manumissio annumerata fuit actibus legitimis, qui de præsenti debebant vires accipere, quorumque effectus non poterat ex die vel conditione suspensus manere, *l. actus legitimi* 77. *ff. de regul. juris*, sic ut ex manumissione vel statim libertas competere debuerit, vel nulla potuerit temporis aut conditionis existentia convalescere.

18. Usque adeo autem verum est, neminem vindicare posse rem a se alienatam, ut, si fiduciarius pendente fideicommissi conditione alienaverit, ac postea eadem existente, ad rem ex fideicommisso præstandam non modo inceperit obligatus esse, sed & a fideicommissario conventus fuerit, nullam tamen pro re alienata recuperanda actionem sit habiturus; sed magis fideicommissarius ipse eam ab emptore, possessore, debeat vindicare, fiduciario pro evictione manente obligato, arg. *l. cum profitearis* 4. *C. de revoc. donat. l. ult. §. pen. C. commun. de legatis*.

19. Si tamen quis non jure rem alienaverit, cujus ipse non dominium sed solam habebat administrationem, non impeditur eandem a quovis possessore vindicare, quippe non in suum, sed tantum in tertii (puta ejus, cujus res est) commodum contra suum veniens factum. Qua ratione tutor pro pupillo jure revocat rem immobilem pupillarem a se sine decreto, atque ita nullo jure distractam, arg. *l. si prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decr. non alienand.* & pater rem adventitii peculii a se in filiif. præjudicium contra leges alienatam, arg. *l.* 1. *C. de bonis maternis*, maritus rem dotalem contra legis Juliæ prohibitionem alteri traditam: œconomus quoque rem ecclesiasticam non ex præscripto juris in alium translatam, arg. *novell.* 7. *cap.* 5. *pr. & §.* 2. *extravagant. unic. de rebus Ecclesiæ non alienand. cap. si quis presbyterorum* 6. *extra, eod. tit.* Princeps denique, qui sine populi consensu alienavit bona Coronæ, *cap. intellecto* 33. *extra, de jurejurand.* Pinellus *ad l.* 1. *Cod. de bonis maternis part.* 3. *num.* 73. Ferdin. Vasquius *controvers. lib.* 1. *cap.* 4. Perezius *ad tit. Cod. de donation. num.* 17. nisi tutor aut pater aut maritus, pupilli vel filii sui defuncti vel uxoris hæres existens, non jam amplius in alterius, sed in propriam utilitatem revocare vellet fundum, nullo jure a se alienatum, arg. *l. post mortem* 23. *ff. de adoption. l. pen. ff. de fundo dotali*, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 9. *defin.* 17.

20. Porro vindicandæ rei potestatem non habent, qui dominium ejus nunquam adepti sunt; veluti quibus, cum rem emissent, ac solvissent pretium, res necdum fuit legitime tradita; quibusve sine traditione res pacto vel stipulatione interveniente donata est; quippe qui solam personalem ad tradendum actionem habent, *l. obligationum* 3. *ff. de obligat. & act. l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1 *cap.* 18. *num.* 15. Unde & ad vindicationem rei duobus separatim diverso tempore distractæ, non is, cui priori vendita, sed cui pretio soluto vel fide de eo habita prius est tradita, admittendus est, *l. quoties* 15. *C. h. t.* sive vera tradito intercesserit, licet tunc instrumenta tradita non fuerint, *d. l.* 15. *C. h. t.* sive ficta, quæ per instrumentorum traditionem aut signationem aut constitutum possessorium contingunt, etiamsi naturalis defuerit translatio possessionis, *l.* 1. *C. de donation. l. quod si neque* 14. *§.* 1. *ff. de peric. & commod. rei vend. l. quod meo* 18. *ff. de acq. vel amitt. poss. DD. ad d. l.* 15. *C. h. t.* cum fictæ veræque traditionis eadem vis sit, ac fictio tantum operari soleat in casu ficto, quantum veritas in casu vero. Cui consequens est, ut si uni prius facta sit ficta traditio, alteri dein vera; prior ex ficta traditione potior futurus sit; eo quod ipsi dominium ex traditione ficta semel quæsitum, adimi non potuit facto venditoris, dominio jam destituti, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 55. *n.* 10. Ant. Faber. *Cod. lib.* 3. *tit.* 22. *de rei vindicat. defin.* 4. Si tamen emptor secundus, sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit, & possessionem ex traditione fuerit adeptus; priori quidem non ob id vindicatio accommodanda est, quippe necdum domino; sed in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censent, ne dolus ei prosit, arg. *tot. tit. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt, ut restit.* Uti & in casu, quo res secundo emtori, utut in bona fide constituto, est tradita, postquam prior jam cœperat actione ex emto rem venditam persequi; quod litigiosa tunc esse cœpit, arg. *tot. tit. ff. & C. de litigios.* Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observat.* 55. *n.* 11. Anton. Matthæus *paræmia* 7. *n.* 6. Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap. num.* 26. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 20. vers. *secundo principaliter limit.* Sic & excipiunt venditionem aut donationem ejusdem rei per Principem duobus separatim factam; quo casu emtorem primum aut donatarium semper potiorem esse contendunt, etiamsi posteriori res tradita fuisset, nec ex possessione, sed titulo priore, jus omne deducendum esse, Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 15. vers. *quæ limitatio*. Quid quod & ex jure canonico in beneficiorum ecclesiasticorum collatione id obtinet, ut prior sit, cui prius illud collatum fuerit, nulla quasi possessionis prius aut posterius obtentæ habita ratione, *cap. tibi, qui* 12. *de rescriptis in* 6. *cap. si tibi absenti* 1. *de præbendis & dignitat. in* 6. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 55. *n.* 6.

21. Denique, cum id, quod pecunia mea comparatum ab alio est, meum non fiat, etiam neminem vindicare posse rem suis nummis per alium emtam, jam supra observatum est ex *l. si ex ea* 6. *C. h. t. l.* 1. *mancipia* 3. *l. multum interest* 6. *l. qui aliena* 8. *l. ult. C. si quis alteri vel sibi sub alterius nomine, l. ad probationem* 21. *C. de probationibus*. Quod exceptionem patitur in minore & milite, quibus utilis rei vindicatio pro rebus, per tutores ex pecunia pupillari, aut per alios ex militari pecunia, emtis est prodita, *l. & si tutores* 2. *ff. quando ex facto tut. vel curat. min. agere vel convenir. deb. l. si curator* 3. *C. arbitrium tutelæ, l. si ut proponis* 8. *C. h. t.* Uti & in uxore, quæ cum pecuniam marito donasset, & ex pœnitentia donationem revocaret, vindicare utiliter potuit res per maritum inde comparatas, si is solvendo non esset, *l. uxor marito* 55 *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quemadmodum & res ex pecunia dotali per maritum emtas, quoties ea mente per maritum emtæ, ut dotales essent: de quo casu accipienda, *l. si cum dotem* 22. *§. ult. ff. soluto matrimonio l. ita constante* 26. *& l. seqq. l. res quæ* 54. *ff. de jure dot.* junct. *l. cum in fundo* 78. *§. si fundus* 4. *ff. eod. tit.* si enim eas maritus, velut suum gerens negotium, comparasset, sola personalis uxoris actio pro pecunia danda foret, *l. ex pecunia* 12. *C. de jure dot.* Et quamvis militum intuitu hoc jus singulare nostris & aliorum moribus cessare verius sit; eo quod nunc cessare videtur privilegii

ratio, per ea, quæ observata a Groenewegio *ad d. l.* 8. *C. h. t.* in pupillis tamen quo minus etiamnum juri Romano standum foret ratio non suppetit. Vide Carpzovium *defin. forens. part* 1. *constit.* 23. *defin.* 100. Sunt tamen & alii, qui, licet proprie & strictiore sensu domini non sint, utilem tamen rei vindicationem exercere possunt, veluti illi, quos utiles dominos appellamus, quales emphyteutæ, vasalli, superficiarii, *l.* 1. §. 1. *ff. si agere vectig. id est emphyteut. petat. l. in speciali* 73. *in fine l.* 74. 75. *ff. h. t.* Sed &, quibus vendita fuit a vero rerum domino in rem actio, utili, non directa, experiri possunt, *l. ult. C. de hered. vel act. vend.* quique rem mortis causa ita donarunt, ut statim in donatarium transeat dominium, si dein ex pœnitentia voluerint revocare, *l. si mortis* 29. & *l.* 30. *ff. de mortis causa donat.* vel donarunt inter vivos sub certo modo, si ei paritum non sit, *l.* 1. *C. de donat. quæ sub modo.* Domini quoque tabulæ, cui alius picturam imposuit, §. *si quis in aliena* 34. *Inst. de rer. divis.* Ad hac illi, quorum arbor in agrum alienum translata fuit facto ejus, cujus ille ager est, & coaluit; *l. idem Pomponius* 5. §. *de arbore* 3. *ff. h. t.* directæ enim, quia dominium translatum fuit, non potuit his in casibus locus esse, *l. hoc amplius* 9. §. *Alfenus* 2. *ff. de damno infecto.* Nisi malis potius illam l. 9. §. 2. accipere de coalitione, quæ contigit sine facto domini, cujus agro hærebat crusta terræ cum arbore; quo casu neque directam neque utilem dari vindicationem crustæ vel arboris, quæ coaluit, dictum *in t. de acq. rer. dom. n.* 16. *in fine.*

22. Instituitur rei vindicatio adversus quosvis bonæ vel malæ fidei possessores; sic ut ex æquo & bono non illi tantum condemnandi sint, qui ante litem contestatam possidebant, sed & qui lite demum pendente cœperunt possidere: uti ex adverso absolvendi, si id, quod litis contestatæ tempore possidebant, ea pendente desierint possidere, *l. sin autem* 27 §. *possidere* 1. *ff. h. t. l. si hereditatem* 4 *l. item videndum* 18. §. 2. *ff. de pet. hered. l. tigni* 7. §. *si quis non* 4. *ff. ad exhibend.* Adde *supra h. t. n.* 4. Datur insuper adversus possessorum heredes, quatenus possident; non enim heredes qua tales, sed qua possessores conveniendi sunt. Unde si unus tantum ex pluribus heredibus rem totam possideat, his quoque solus ad eam restituendam in solidum damnandus est, *l. si possessor* 55. *ff. h. t.* si vero nullus eorum possideat, omnes absolvendi, *l. si in rem actum* 42. *ff. h. t.* Quo faciunt tradita a Jacobo Coren *observat.* 8. *num.* 1. Radelantio *Curia Ultraject. decis.* 110. *num.* 4. Sed & adversus eos datur, qui liti sese obtulerunt, nisi actor sciverit eos non possidere, *l. si is, qui* 7. *l. si se* 25. *l.* 26. 27. *ff. h. t.* quique dolo malo desierunt possidere, *l. sin autem* 27. §. *sed & is* 3. *ff. h. t.* quibus defunctis, heredes non hac, sed in factum actione conveniri possunt, quatenus ex dolo defuncti locupletiores redditi, *l. cum autem* 52 *ff. h. t.* nisi lite jam mota decessisset is, qui dolo malo desierat possidere, tunc enim in solidum heres ejus condemnandus foret ex defuncti dolo, *l. si in rem* 42. *ff. h. t.* Quæ plenius tractata vide *tit. de petit. hered.* Nudos rerum detentores quod attinet, veluti conductores, commodatarios, depositarios, & similes, illi quidem hac possent actione conveniri, cum & teneant rem, & restituendæ rei facultatem habeant, *l. officium* 9. *ff. h. t.* declinare tamen judicium possunt, ac dimittendi sunt, si eum nominent, cujus nomine detinent, *l. si quis* 2. *C. ubi in rem actio* de qua dominatione vide latius Meyerum & Taborem *Collegio Argentorat. ad Pand. tit. de judiciis sub num.* 154. Sed si ad finem usque in judicio substiterint hi nudi detentores, non nominato auctore suo, condemnandi sunt ad restitutionem tanquam tales, qui se liti videntur obtulisse, ac in eos dirigenda executio sententiæ; quippe quæ veris rerum possessoribus haudquaquam est nocitura, arg. *d. l.* 2. *C. ubi in rem actio*, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicat.*

23. Non tamen hanc patiuntur actionem qui rem alienam a fisco emerunt, aut a Principis vel Augustæ domo: eo quod hi statim securi sunt; sola adversus fiscum actione intra quadriennium indulta iis, qui pro rei alienatæ dominio putaverint aliquam sibi competere petitionem §. *ult. Instit. de usucapionibus*, *l.* 2. *l.* 3. *C. de quadriennii præscriptione. DD. ad d. ll.* Respons. JCtorum Holl. *part.* 4. *consil.* 128. *quæst.* 2. Similiter nec isti rei vindicatione conveniendi sunt, qui, cum possessionem nunquam fuissent adepti, dolo malo fecerunt, quo minus eam, cum possent, adipiscerentur: quod non leviter ex eo firmatur, quod is, qui tantum non acquisivit dolo malo, seu duntaxat omisit possessionem, non teneatur actione in factum ad id quod interest, quasi fecisset alienationem judicii mutandi causa, *l. item* 4. §. *itemque* 1. *in med. ff. de alienat. judic. mut. caus.* junct. *l. non alienat.* 119. *ff. de reg. juris*, quæ sane in eum danda fuisset actori, si actor adversus eum ob id, quod possessionem omiserat, potuisset rei vindicationem movere; cum utique parum referret, utrum actor omissione an amissione possessionis agere impeditus esset: sic ut nec alia probabilis ratio reddi possit, cur adversus eum, qui tantum omisit possessionem adipisci, denegetur ista in factum actio, quam, quia actori necdum erat natum jus rei vindicationis adversus ipsum movendæ, ut dixi *tit. de alienat. jud. mut. causa*. Et licet alibi definitum inveniatur, eum quoque, qui rei hereditariæ possessionem non est adeptus dolo malo, teneri petitione hereditatis, *l. sed & si* 25. §. *perinde* 8. *ff. de petit. hered.* id tamen ad rei vindicationem producendum non est: cum enim hereditatis petitione is conveniatur, qui pro possessore jam possidet jus hereditatis, juri isti possesso cohærebat necessitas acquirendi possessionem rerum hereditariarum ad jus illud hereditatis pertinentium; at in rei vindicatione res singularis spectatur, quam nemo, sciens alienam esse, tenetur occupare vel acquirere. Alter scilicet jam possessor hereditatis erat, alter nullatenus rei singularis. Et quod in petitione hereditatis disposita de dolo præterito, etiam haud absurde ad specialem in rem actionem dicuntur reducenda, in *l. sin autem* 27. §. *sed & is* 3. *ff. h. t.* ad facti speciem in *d.* §. 3. propositam de eo, qui dolo possidere desiit, restringenda sunt.

24. Ut tamen hac actione rem actor obtineat, necesse est, ut primo quidem rei vindicandæ notas exprimat ac qualitates, quibus illa a rebus aliis di-

gnosci potest & segregari, pro rei cujusque natura: veluti materiæ infectæ pondus, factæ formam seu speciem, signatæ numerum, vestis colorem, fundi nomen, si quod habeat, ac situm, & alia id genus plura recensita, in *l. si in rem* 6. *ff. h. t. l. in actione furti* 19. *pr.* & §. 1. 2. 3. 4. *ff. de furtis*. Si tamen quis juret, pro certo se colorem, aut pondus, aut jugerum quantitatem, aut nomen proprium aliamve quam designationem specificam haud posse dicere, non adeo videtur coarctandus actor, nec illud ipsi fraudi erit, si de cetero in ipsa non defecerit dominii probatione, *d. l. in actione* 19. §. *de veste* 4. *ff. de furtis*, junct. *l. idem Pomponius* 5. §. *pen.* & *ult. l.* 6. *in med. ff. h. t.* Etenim præter hujusmodi rerum designationem ante omnia incumbit agenti probatio dominii: quam si adimplere nequiverit, possessor absolvendus est, quippe cujus meliorem esse oportere in pari causa conditionem, in aperto est, *l. officium* 9. *ff. h. t. l. a possidentibus* 21. *C. h. t.* arg *l. cogi* 11. *C. de petit. hered. l. qui accusare* 4. *C. de edendo*, *l. in pari causa* 128. *ff. de reg. Jur.* Probatur vero dominium, si doceatur dominium auctoris, simulque causa seu titulus habilis translati per eundem in actorem dominii, arg. *l. traditio mihi* 20. *ff. de acquir. rer. domin.* idque vel testibus vel instrumentis vel aliis quibuscunque legitimis probandi modis, *novell.* 18. *cap. illud quoque* 10. *in pr.* Quin imo, ex quo his in regionibus obtinuit, non aliter, quam coram lege loci facta solemni traditione rerum immobilium transferri dominia, sufficere visum fuit, si petitor hanc ipsam solemnem traditionem a domino sibi factam probet, etiamsi forsan aliunde ipsum traditionis & acquisiti dominii titulum non posset docere; eo quod præsumendum in dubio est, illum præcessisse actum, qui præcedere jure debuit, factamque fuisse traditionem ex vi præcedentis contractus, sine quo non potuisset subsistere, arg. *l. cum in testamento* 37. *ff. de hered. instituend.* §. *si scriptum* 17. *Instit. de inutil. stipulat.* Henricus Kinschot *responso* 98. *num.* 1. 2. 3. 4. 5. (*in edition. ann.* 1653. Franciscus Kinschot *Responso* 12. *in pr.* & *num.* 1. 2. 3. 4. 5.) Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 5. Menochius *de præsumtion. lib.* 6. *præsumt.* 5. & 7. nisi ipsum traditionis solemnis instrumentum falsitatis fraudisque interpositæ suspicione laboret; cujus specimen insigne est apud Neostadium *curiæ supremæ decis.* 66. Ubi autem per actorem probata est dominii acquisitio, secundum jam dicta, necesse non est, ut jus illud dominii etiamnum in se continuatum esse demonstret; sed magis ex facta dominii probatione præsumitur continuatio ejus, donec possessor docuerit, illud iterum ab eo recessisse; cum id ipsum facti sit, dum ex vulgato juris axiomate id quod meum est sine facto meo ad alium non potest transire: atque insuper meram facti negationem contineat illud, *dominium non recessisse*, cujus per rerum naturam probatio nulla est, *l. actor.* 23. *C. de probation.* Qua ratione, cum actor probasset patrem suum fuisse rei petitæ dominum, & se patris sui hæredem, rescriptum fuit, adversarium possessorem ad id, ut doceat, quonam jure dominus ipse factus sit, compellendum esse, *l. sive possidetis* 16. *C. de probation.* Menochius *de præsumtion. lib.* 6. *præsumt.* 82. Quibus vero ex circumstantiis, quibusque ex factis, quisque vel præsumatur vel probetur dominus esse, prolixissime tractatum vide apud Mascardum *de probationibus ad verbum* dominium *conclus.* 536. & *multis seq. usque ad conclus.* 553. Signorum utique impositionem, aut insignium gentilitiorum, solam sufficientem non facere probationem, tradit Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit* 14. *defin.* 47. nec elocationem longo tempore factam, *d. lib.* 4. *tit.* 14. *definit.* 14.

25. Quod si hac conventus actione non tantum jus dominii adversario competere neget, sed & se possidere eat inficias, ac mendacii convincatur, possessione privatur in actorem transferenda, etsi ille rem suam esse non adprobaverit; sic ut deinceps reus eam contendens suam esse, actoris partes teneatur obtinere, *l. ult. ff. h. t.* Nec est quod cum Groenewegen *ad l. qui petitorio* 36. & *l. ult. ff. h. t.* statuatur, in desuetudinem moribus abiisse hanc mentientis pœnam. Non enim hæc pœna proprie dici potest, sed potius possessionis abdicatio, & juris sui qualisqualis renunciatio, dum judicio contendere non vult: sic ut possessionis ademtio ei secundum suam eveniat voluntatem. Cui accedit, quod quæ Romanos ad hujus juris definitionem ratio movit, ea etiamnum ubique remanserit, quod nempe *in rem actionem pati nemo compellatur*, *quia licet ei dicere se non possidere*, ut Jurisconsultus in *d. l. ult.* raciocinatur. Ac denique non parum roboris huic nostræ addit sententiæ, quod & usu hodierno receptum sit, reum conventum actione in rem, ac ante sententiam in contumacia hærentem, possessione privandum esse, actore in rei petitæ possessionem mittendo: licet eo casu id reo datum sit, ut intra annum se sistens, refusis impensis & præstita de in posterum sistendo cautione, possessionem possit recuperare; post annum vero frustra id petierit, actoris quippe partes tunc tantum, si ita videtur, obtenturus. *Instruct. Curiæ Holland. art.* 110. Merula *prax. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 2. Anton. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 10. *in med.*

26. Vindicatur hac actione res corporales, mobiles, immobiles, sese moventes, sive singulares sint, sive rerum universitates; si modo corporum, non jurium sint universitates: sic enim recte quidem in hanc deduxeris actionem armentum aut gregem, solis quippe constantem corporibus; aut non peculium, aut hæreditatem, cum hæc non corporum, sed jurium nomina sint, & juris intellectum habeant, nec tantum res comprehendant vindicantium proprias, sed & alienas, depositas, commodatas, pignori datas, & plures alias, *l.* 1. §. 3. *l. vindicatio* 56. *ff. h. t.* junct. 1. *hereditas* 50. *pr. ff. de petit. hered.* Et quamvis in grege quoque oves alienæ esse possunt, nec tamen ob id impedita sit gregis vindicatio, *quia grex, non singula corpora vindicantur*, ut ait Ulpianus *in d. l.* 1. §. 3. *ff. h. t.* considerandum tamen, non obstante eo, quod alienæ oves in grege inveniantur, nos gregem nostrum vindicantes nostras tantum persequi oves gregem nostrum constituentes, non item ceteras, nostro licet gregi permixtas; quippe quæ neque pertinent ad eum, cui miscentur gregem, neque pars ejus sunt, sed a suo domino vindicari possunt, *l. sed si part.* 2. *l. in rem actio* 23. §. *item quæcunque* 5. *vers. at in his ff. h. t.* §. *quod si frumentum* 28. *Inst. de rer. divis.*

27. Vindicat autem quisque vel rem totam, si ex

asse dominus sit, vel partem ejus, si pro parte, *l. qua de tota* 76. *pr. ff. h. t.* eamque regulariter certam, non incertam, nisi justam habeat ignorandi causam, quanta ad ipsum portio pertineat; quo casu & incertæ partis vindicatio permissa est: veluti si legatarius corpus legatum petat, in quo falcidiæ quidem locus est, sed incerta est detractionis mensura seu modus, *l. qua de tota* 76. §. 1. *ff. h. t.* & *si non* 8. §. *si incertum* 1. *ff. communi dividund.* arg. *l.* 1. §. *ult. ff. si pars hæred. petat.* vel si res plurium dominorum ita confusæ sint, ut deduci & separari nequeant; vel etiam commixtæ ita, ut difficilis sit separatio, & incertum sit, quæ rei cujusque bonitas fuerit, quæve quantitas aut pondus, *l. Marcellus* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* §. *quod si frumentum* 28. *in fine Inst. de rerum divis.*

28. Quod si res nostra pro parte perierit, eam saltem partem vindicamus, quæ superest; veluti aream & rudera, destructa domo; corium, carnes, cornua, peremto animali, *l. solum* 49. *pr.* & §. 1. *h. t* *l. si servus* 14. §. *bove* 2. *ff. de condict. furt.* Ant. Matthæus *de auctionib. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 8. cui tamen graviter obloquitur Paulus JCtus, bove legato, & extincto, neque corium neque carnes deberi contendens, *l. mortuo* 49. *pr. ff. de legatis* 2. & Ulpianus *l. quid ergo* 53. *sed animal* 5. *ff. de legatis* 1. Verum haud inepte responderi potest, in legato animalis aliud obtinere, quia dominium naturaliter & vere ad legatarium non pertinuit ante traditionem, sed tantum civiliter ex juris fictione. Neque hanc responsionem subvertit, quod Pomponius scripsit, grege legato & ad unam ovem redacto, eam deberi, quamvis grex desiisset, & destructa domo legata, aream posse vindicari, *l. si grege* 22. *ff. de legatis* 1. Quod enim area debeatur, id inde est, quia in proprietatis legato area principalior legatæ domus pars est, cum notum sit, inædificata areæ seu solo cedere, *l. qui res suas* 98. §. *ult. ff. de solution.* æquum ergo non fuit, pereunte eo, quod erat accessorium, extingui legatum ejus, quod principale est. Et gregem quod attinet, licet ad unam ovem pervenerit, & ita naturaliter grex esse desierit, tamen, quia civiliter grex manet, & in uno capite superstite stat nomen universitatis, *l. sicut municipium* 7. §. *ult. in fine ff. quod cujusque universit. nomine*, fas erat, ovem, in quam jus & nomen gregis reciderat, præstari. Quæ si cui minus arrideant, recurri forte poterit ad diversitatem antiqui juris inter vindicationis & damnationis legata, ita ut in legatis quidem vindicationis, extincta re, id quod superesset peti potuerit, tanquam in legatarii constitutum dominio; quo de casu agit *d. l.* 22. bis *vindicationis* expressionem habens; in damnationis vero legatis, tanquam non dominium sed debilius obligationis personalis jus legatario tribuentibus, ejus, quod superesset, nec retinuisset nomen totius, petitio non fuerit indulta, sed vel totius æstimatio præstanda fuerit, si culpa intervenisset, vel nihil, si merus mortalitatis casus. Et de his accipi debere *d. l.* 53. §. 5. *ff. de legatis* 1. & *l.* 49. *pr. ff. de legatis* 2. non inde tantum colligi potest, quod in *d. l.* 49. *debendi* mentio fiat, proprie ad actiones in personam, non ad vindicationes relationem habens; sed & præcipue ex eo, quod tum in subjuncto §. 3. *d. l.* 49. tum in præcedente §. 2. *d. l.* 53. nominatim *dare damnatus* & *dare jussus* dicatur hæres.

29. Non tamen recte vindicantur commerciis hominum exemtæ res; non liberi homines, nisi liberi a patre, in cujus erant potestate, & quadam quasi proprietate, ex *jure Quiritium* vindicentur, *l.* 1. §. *per hanc* 2. *ff. h. t.* junct. *l. interdictorum* 4. §. *quadam* 2. *in verbis*, *velut proprietatis ff. de interdictis sive extraord. act.* Non etiam res sacræ, tanquam ex privato dominii jure, cum magis divini juris, & ita nullius in bonis sint, *l. in rem actio* 23. §. *loca sacra* 1. *ff. h. t.* junct. §. *nullius* 7. *Inst. de rer. divis.* quæ tamen, in quantum ecclesiæ bona sunt, & ad eam pleno dominio, ususfructus ac proprietatis jure dicuntur pertinere, *l. raptores* 54. *in med. C. de episcop. & clericis* junct. *d. l.* 2. §. 2. *ff. de interdict. sive extraord. act.* iniquo possessori per œconomos ecclesiæ aliosque similes extorqueri, & ita generaliter vindicari possunt, *l. sancimus nemini* 21. *C. de sacrosanct. eccles.* Non denique res alienis junctæ rebus, sic ut separari facile nequeant, natura, vel legis dispositione; natura, dum juncta per ferruminationem, non item per applumbaturam, *l. in rem actio* 33. § *item quacumque* 5. *ff. h. t.* lege, dum tignum ædibus aut vineæ junctum est, nec urbs ruinis deformetur, neve vinearum turbetur cultus, *l.* 1. *pr. ff. de tigno juncto*, *d. l. in rem actio* 23. §. *tignum* 6. *ff. h. t.* licet extrinsecus vindicatio talis tigni, si dolo junctum fuerit, impedita non sit, dum ejus æstimatio ab eo petitur, qui junctum habet, tanquam qui dolo desiit possidere, *d. l.* 1. *in fine* & *l.* 2. *ff. de tigno juncto*, *d. l.* 23. §. 6. *h. t.*

30. Restituendæ veniunt ex hac actione res una cum fratribus, de quibus ex professo agendo *tit. de acquir. rerum dominio*, omnique insuper causa, id est omni eo, quod petitor habiturus esset, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, res fuisset restituta, *l. præterea* 20. *ff. h. t.* junct. §. *si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judic.* & eo quidem in loco, in quo sunt ac petuntur; adeo ut, si dolo rei fuerint alio translatæ res mobiles vindicatæ, sumtibus ejusdem atque periculo ad locum judicii reducendæ sint; sine dolo ejus, impensis victoris, *l. si res mobilis.* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. h. t.* Nec indultum hic condemnatis quadrimestre spatium, sed in continenti facienda restitutio, nisi alio in loco res mobilis existat, quo casu modica arbitrio judicis foret concedenda dilatio reo, cautionem de re intra tempus præfinitum reddenda præstanti §. & *si* 2. *Instit. de officio judic.* Quemadmodum & ad rem cum fructibus & deteriorationis æstimatione restituendam condemnatus non ita fructuum intuitu, uti quidem respectu rei principalis, præsentem patitur executionem, sed prius summarie seu de plano ventilatione, inter actorem reumque intercedente, judex definiet liquidumque efficiet quantum fructuum damnique nomine præstandum sit, cujus judicii summarii modum & ordinem tradit Wassenaar *pract. judic. c.* 22. *n.* 12. 13. 14. & 15.

31. Quod si possessor condemnatus contumaciter restitutionem adimplere detrectet, manu militari res ei auferri potest; adeo quidem, ut non minus hodie, quam jure civili victor per apparitorem auctoritate judiciali constituatur in rei restituendæ possessione, reo inde exturbato, *l. qui restituere* 68. *ff. h. t.* arg. *l. si finita* 15. §. *ubi autem* 23. *ff. de damno infect.* *l. si suis missus* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. missus erit.* *Instruct. Curiæ Hollandicæ art.*

172. *Curia Ultrajectina titul.* 16. *van executie artic.* 1. Neque hanc rei vindicatæ restitutionem aut faciendam manu militari ablationem moratur aut impedit, quod reus sese jus pignoris aut superficiei aut ususfructus habere contendat; cum de his alio succumbentem oporteat judicio experiri, arg. *novell.* 18. *cap. illud quoque* 10. arg. *l. si quis conductionis* 25. *C. de locato.* Uti nec, quod tertius rem eandem a reo eodem jam condemnato vindicare allaboret; si enim pendente lite, ex qua reus recessit victus, posterior vindicatio moveri cœpta sit, vel alia inchoata, ita judex rem petitori jubebit restitui, ut is possessori superato caveat de indemnitate, seu *si alter rem posteriore evicerit judicio, eam præstare.* Sin lite jam per sententiam finita alius demum de eadem se litigare desideret, ne cautione quidem præstita res victori restituenda foret, victorque ipse nova illa per tertium actione conveniendus; non victus, utpote qui neque possidet, neque dolo vel culpa sed auctoritate judiciali desit possidere, *l. is, a quo* 57. *l. a quo servus* 58. *ff. h. t.* Covarruvias *practic. quæstionum cap.* 16. *num.* 3. Sed & si reus ratione rei restituendæ caverit, veluti, damni infecti nomine vicino ob vitium ædium, non probabiliter restitutionem sententia comprehensam facere detrectat, si modo ei de indemnitate cautio fiat, *l. ipsi quoque* 19. *ff. h. t.* junct. *l. aliud est capere* 71. §. 1. *ff. de verbor. signif.* in quibus legibus formula *bis rebus recte præstari*, non aliud denotat, quam viri boni arbitratu promissa præstari; sic enim eo sensu voculam *recte* formulis multis inseri solitam fuisse, vide apud Brissonium *antiquit. lib.* 1. *cap.* 9. Plane pro impensis recuperandis quin possessor jam condemnatus jure retentionis gaudeat, extra dubitationem positum est, §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. si area* 33. *in fine ff. de condict. indeb.*

32. Verum si ex adverso rei instituendæ facultatem reus non habeat, videndum an dolo ac culpa ejus, an casu id contigerit. Si enim dolo possidere desierit, in quantum adversarius in litem juravit, præstare cogitur, *l. qui restituere* 68. *ff. h. t.* Adde *tit. de in litem jurando.* Nec eo in casu cedendæ ei, contra quem juratur, actiones rei istius nomine competentes, nec publiciana ei accommodanda est, nec de evictione præstanda cautio, in doli pœnam, *l. & ex diverso* 35. §. *petitor* 2. *l. si culpa* 63. *l. is, qui dolo* 69. *l. nec quasi* 70. *ff. h. t.* Nec obstat, quod agens actione de servo corrupto, si duplicatam totius servi, tanquam nihil valenti, æstimationem consecutus fuerit, cedere cogatur corruptori actiones de dominio servi competentes, *l. ut tantum* 14. §. *ult. ff. de servo corrupto*, id enim ideo illo in casu receptum, quia dominus ex eo fundamento totam servi æstimationem adeptus fuerat, quod diceret, nullius eum pretii esse & plane inutilem: ne ergo, si adhuc retinere vellet, fateri videtur superesse etiamnum aliquam in servo corrupto utilitatem, evitandæ illius suspicionis causa recede debuit jus omne, quod in eo habeat. Sic nec adversatur, quod in depositi aut commodati judicio, cum res dolo adversarii abest, condemnato tamen succurri soleat, ut ei actionibus suis dominus cedat, *l. in depositi* 12. *ff. de re judicata*, nam (ut sileam, esse, qui distinctione inter æquitatem & jus strictum interposita conciliationem tentant inter *d. l.* 69. & *d. l.* 12. Gothofredus *ad d. l.* 12.) considerandum insuper, aliud non immerito in actionibus personalibus, quales sunt commodati & similes definitum fuisse, quam in rei vindicatione: cum enim dominii major vis sit quam obligationis, atque adeo gravius quoque peccet, restitutionem dolo non faciens, quando reali actione convenitur ex jure dominii quam quando personali ex obligatione, quis quæso absurdum arbitretur, dolum admissum in uno etiam casu durius fuisse quam in altero coercitum?

33. Aliud observatum si quis non dolo sed culpa desierit possidere; tunc enim simplicem tantum, non vero ex affectione vindicantis, æstimationem præstat, arg. *l. qui petitorio* 36. §. 1. *ff. h. t.* idque si vel malæ fidei possessor ante litem contestatam culpa possidere desierit; vel post litem contestatam (non item ante) possessor bonæ fidei; quippe per litis contestationem in mala constitutus fide; nec ab alio, ab initio in mala fide posito, deinceps separandus, *l. si a bona fidei* 21. *l. fructus* 33. *l. si homo* 45. *l. si culpa* 63. *ff. h. t.* Eoque casu non modo cedendæ condemnato reo actiones rei nomine competentes, sed & sine cessione utilem publicianam tum contra tertium, tum contra dominum ei prætor accommodat; ut nec facile dominus, qui litis æstimationem consecutus est, audiendus sit, si velit restituere pecuniam antea ex judicati causa receptam, *d. l. si culpa* 63. *ff. h. t.* cum litis æstimationem præstans emtoris loco habeatur, *l.* 1. *l.* 3. *ff. pro emtore*, & possessionem rei ex domini voluntate nactus, etiam rei dominium acquirat, *l. ejus rei* 46. *l.* 47. *ff. h. t.* Observandum tamen, id quod infans vel furiosus possessor perdiderit corruperitve suo facto, impunitum esse, *l. quod* infans 67. *ff. h. t.*

34. Sed si sine dolo & culpa possessoris res casu fortuito perierit aut desierit possideri; si quidem ante litem contestatam, nec bonæ nec malæ fidei possessor tenetur, arg. *l. si novis* 62. *ff. h. t.* sed solus fur aut prædo quoties is domino non obtulit restitutionem, *l. si pro fure* 7. §. *ult. l.* 8. *ff. de condict. furtiva.* Sin post litem contestatam, malæ fidei possessorem, qui prædo est, non minus post, quam ante litem contestatam teneri, manifestum est, tum arg. *l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hæred.* tum etiam ex eo, quod actor litem contestando deteriorem non soleat facere conditionem suam, sed plerumque meliorem, *l. non solet* 86. & 87. *ff. de regul. jur.* qui vero mala fide possidet quidem, sed prædo non est, ita demum præstare debet interitum rei, si illa penes actorem non eodem modo fuisset peritura; dum forte is se distracturum fuisse docet, *l. item si verberatum* 15. §. *ult. l.* 16. *ff. h. t.* arg. *l. de eo* 12. §. *si post* 4. *ff. ad exhibend. l. item si* 14. §. *quid si homo* 11. *ff. quod metus causa*, *l. cum res* 47. §. *ult. ff. de legatis* 1. At possessor bonæ fidei ne eo quidem casu tenetur, *d. l. illud quoque* 40. *ff. de petit. hæred.* nisi insuper satis intelligens, rem ad se non pertinere, litigare maluerit, quam restituere, arg. *l. nemo rem suam* 82. §. 1. *ff. de verbor. obligat. l. quod te mihi* 5. *ff. de rebus creditis.* Adde *tit. de petit. hæred. num.* 17. Nec hisce distinctionibus refragatur, quod generaliter legibus traditum invenitur, rem post moram factam perire moratori, & periculum omne rei post moram ad debitorem spectare, *l. si servus legatus* 108. §. *si ser-*

gus 11. ff. de legatis 1. l. si ex legati 23. ff. de verbor. oblig. Neque enim novum est, leges generalius loquentes, per alias distinctius rem tractantes explicationem recipere ac restrictionem. Neque hic cum Bachovio in no.is ad Treutl. vol. 1. disp. 15. thes. 7. lit. B & aliis confugiendum existimo ad distinctionem inter actiones in rem & in personam; quasi in actionibus in personam mora sine distinctione moratorem ad periculi & casus fortuiti præstationem obstringeret, in actione in rem non ita indistincte. Etenim primo quidem in ipsis in personam actionibus non promiscue moram omnem reddere debitorem periculo rei obnoxium, sed demum, si non solvat interpellatus, cum aliqua appareret justa causa, propter quam intelligere debebat, se dare oportere, constat ex d. l. quod te 5. ff. de reb. credit. & d. l. nemo rem 82. §. 1. ff. de verbor. oblig. l. cum res 47. §. ult. ff. de legat. uti &, si non eodem modo penes actorem fuisset peritura; alioquin actori rem perire, reumque absolvendum esse, in materia depositi respondit Cajus l. si plures 14. §. 1. in fine ff. depositi, junct. l. si in Asia 12. §. ult. ff. eod. Sed & secundo, nulla reddi potest sufficiens differentiæ ratio, cur magis in actionibus in personam, quam in actionibus in rem, mora reum oneraret: cum utique manifestum sit, potentius esse dominii quam obligationis jus, adeoque magis peccet non restituens domino jus firmissimum dominii habenti, quam si non solvat creditori nullum habenti jus in re. Nam quod Bachovius d. loco ait, moram perpetuare obligationem, actiones vero in rem non esse ex obligatione, id captiosum profecto est, nec dubium, quia, si tanta obligationis vis sit, ut periculum in obligatum derivet ex mora, longe major esse debeat vis dominii ad periculum in possessorem iniquum transferendum. Quemadmodum & frivolum illud est, quod dominium, cujus probatio difficillima, in incerto sit, &, ut maxime de suo jure dubitet possessor, non tamen protinus petitorem dominum esse sequatur; id vero secus esse in actionibus in personam, quæ ex conventionibus cum ipso debitore initis descendunt. Quis enim, quæso, ignarus est, posse hæredem conveniri ex facto defuncti, cujus merito allegat ignorantiam; posse conveniri quemquemque ex quasi contractu, & non sine causa dubitare, an ex quasi contractu, indebiti solutione, hæreditatis aditione, ac similibus, debitor sit; denique justam sæpe dubitandi causam esse, an is, qui debitorem ad solvendum interpellat, habeat agendi jus, licet interpellatus se debitorem esse haud eat inficias, l. si debitor 42. ff. de petit. hered. Ut proinde frustra sint, quotquot inter actiones in rem & in personam hac in parte differentiæ rationes confingere allaborant.

35. Sive autem de interitu rei post litem contestatam contingente possessor teneatur, sive non, non tamen ideo fructuum aut operarum omnisque utilitatis post litem contestatam inde perceptæ controversia peremta est: nam si res lite pendente casu perierit, præstanda fructuum & operarum omnisque utilitatis perceptæ vel honeste percipiendæ æstimatio, usque ad tempus illud quo res ita interiit, computanda, l. pen. ff. h. t. l. utique autem 16. ff. h. t. sin dolo vel culpa, solvenda foret operarum fructuumque æstimatio, quos re non perempta ad sententiam usque possessor fuisset percepturus, l. fructus 33. ff. h. t.

36. Ceterum, si quas possessor in rem reddendam impensas fecerit, nullam quidem pro earum sive illiquidarum, sive liquidarum restitutione actionem habet; sed retentione sola sibi potest consulere, ut latius dictum tit. de pe i. hered. Nec tamen pro impensis quibuscunque retentio indulta est: etenim voluptuarias quidem tam malæ quam bonæ fidei possessor tollit, quoties id fieri potest sine rei detrimento, ac id quod tollitur, utile post separationem tollenti futurum est; nisi paratus sit dominus tantum dare, quantum possessor in his rebus seu impensis ablatis fuisset habiturus, l. in fundo 38. ff. h. t. l. pro voluptuariis 9. ff. de impensis in rem dotal. factis, arg. l. utiles 39. §. 1. in fine ff. de pe.it. hered. Necessarias uterque in totum deducit, l. domum 5. C. h. t. nisi fur in rem mobilem furtivam erogasset, dum infantem aluit furto subductum, l. 1. C. de infantibus exposit. l. ex argento 13. ff. de condict. furtiv. Cujus ratio videtur, quod omni momento continuetur furtum, nec tantum infantis, sed & adolescentis, adeoque jam impensa furis educati, furtum fiat: cum ergo furtum adolescentis factum esset, & ita adolescentis æstimatio per furem fuerit præstanda, d. l. ex argento 13. ff. de condict. furt. l. inficiando 67. §. infans 2. ff. de furtis, absurdum fuit, impensæ talis repetitionem dari, & ita ob furtum adolescentis inspecto non adolescentis, sed infantis tantum solvi æstimationem, & per consequens solum infantis surrepti quadruplum duplumve pœnæ nomine præstari. Adde Fachinæum controv. lib. 2. cap. 54. vel dici potest, esse jus singulare, odio furum sic inductum, ut alia multa, uti post alios Wurmserus nucleo juris ad tit. Inst. de rer. divis. quæst. 11. Utiles vero impensas quod spectat, eas possessor bonæ fidei in totum recuperat, quatenus inde res vere pretiosior facta est, dum gravior forte impensa fuit, quam est utilitas seu melioratio etiamnum superstes; quod ut plurimum contingit in ædificatis, l. in fundo 38. ff. h. t. arg. l. domus 58. ff. de legatis 1. l. sum.us 48. verb. meliore prædio facto ff. h. t. Nisi hæ nimis graves sint, nec eas ipse dominus fuisset facturus: quo casu vel tantum tollit eas, quatenus potest, vel a domino tantum recuperat, quantum in ipsis impensis ablatis fuisset habiturus: sic ut hic multum arbitrio judicis relictum fuerit, qui varie ex personis causisque constituere hac in parte jussus est, l. in fundo 38. ff. h. t. l. adeo 7. §. ex diverso 12. ff. de acquir. rer. domin. Si tamen impensa utilis minor sit, quam est utilitas præsentis temporis inde producta, non meliorationis totius æstimatio, sed id solum, quod vere impensum, recuperari potest; quod in implantatis frequentius accidit, quorum incrementum cum ex soli pinguedine & nutritione proveniat, domino soli potius, quam possessori plantanti prodesse rationis fuit, arg. §. si Titius 31. Instit. de rerum divisione, Frederic. a Sande de feudis Gelriæ tract. 2. tit. 2. cap. 3. num. 15. Joh. a Sande decis. Frisic. lib. 3. tit. 15. defin. 4. Abrah. a Wesel de connub. societate tract. 2. cap. 2. num. 169. 170. 171. 172. Adde Ant. Thesaurum decis. 251. Andr. Gayl. lib. 2. observ. 121. n. 12. Peregrinum de fideicommissis art. 50. n. 51. & seqq. Sed qui mala possedit fide, regulariter tantum tol-

lendarum impensarum utilium facultatem habet, quatenus potest sine læsione status prioris ipsius rei, si non donandi animo doceatur impendi se, *l. si inferiorem* 2. *l. domum* 4. *C. h. t.* An vero in alieno solo scienter ex sua ædificans materia tignum iterum dissolutum vindicare queat, quod dum junctum erat, sine rei detrimento tollere non poterat, non sua caret hæsitatione: vindicari enim posse, ait *d. l.* 2. *C. h. t.* negat §. *ex diverso* 30. *instit. de rer. divis. l. adeo* 7. §. *ex diverso* 12. *ff. de acquir. rer. domin.* Non improbabilis tamen est eorum sententia, qui tignum solutum vindicari posse arbitrantur, si domino fundi sciente & patiente ædificaverit in alieno malæ fidei possessor; eo quod talis etiam, non obstante mala fide, impensas utiles in ædificationem factas retentionis & exceptionis jure potest servare, in quantum dolo facit, qui patitur alium in suo ædificare, nec reddit impensas, *l. pure mihi* 8. §. *si donavi* 2. *ff. de doli mali & met. except.* & de hoc casu accipienda *d. l.* 2. *C. h. t.* quippe quæ de inædificatis parti inferiori alienarum ædium tractans, commode satis illam admittit facti speciem, quod ædium subjectarum dominus easdem possederit, inhabitaverit, adeoque inædificationis non fuerit ignarus. Sed si domino ignorante id factum sit, soluti vindicationem non esse permittendam, juxta *d.* §. 30. & *d. l.* 7. §. 12. Fachinæus *controv. lib.* 1. *cap.* 55. Sed &, si quis ab initio fundum alienum bona fide justoque titulo nactus fuerit, postea vero in illo fundo ædificaverit eo tempore, quo jam sciebat alienum, hoc ei concedendum Ulpianus censuit, ut sine dispendio domini areæ tollat, quod posuit, *l. Julianus* 37. *ff. h. t.* quasi non debeat haberi per omnia possessor malæ fidei, qui & usucapiendi & actione Publiciana experiendi facultate gaudet; magisque propter usucapionis implendæ spem præsumi possit impendisse, ut sibi negotium gereret, quam ut domino fundi inædificata donaret. Ceterum cum rationi naturali repugnet, alium cum alterius jactura reddi locupletiorem, *l. nam hoc* 14. *ff. de condict. indeb.* etiam malæ fidei possessoribus consuli solet, ut utilium impensarum habeant repetitionem, nec hactenus ab illis separentur qui bona fide impenderunt utiliter, Groenewegen *ad l.* 5. *C. h. t. & ad* §. 30. *Instit. de rer. divis.* Simon van Leuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap* 11. *num.* 7. 8. Ut tamen in furibus in rem furtivam utiliter impendentibus Romani juris rigorem nonnulli servandum putent, Carpzovius *defin. Forens. part.* 4. *const.* 39. *defin.* 8.

37. Quid de impensis in fructus factis servandum sit, petendum ex iis, quæ *tit. de hereditatis petitione* dicta, *num.* 22.

38. Quoties autem de impensis deducendis quæstio est, facienda prius fructuum perceptorum cum impensis non in fructus tantum, sed & in rem ipsam factis compensatio; ac si quid ultra fructuum quantitatem inveniatur erogatum, id demum vel tolli vel deduci juxta determinationes ante traditas potest, sive fructus tempore litis contestatæ etiamnum extent, sive ante consumti sint; cum generaliter & sine distinctione de fructibus ita Papinianus definiat, *l. sumtus* 48. *l. emtor prædium* 65. *ff. h. t.* Quamvis enim verum sit, bonæ fidei possessorem fructus consumtos irrevocabili acquirere dominii jure, & plenissime lucrari, utut locupletior inde factus fuerit; id tamen non impedit, quo minus fructus percepti protinus in impensarum compensationem cedant, atque ita illud demum in lucro vere sit, quod ultra impensarum quantitatem possessor percepit. Sic enim & fructuario statim fructus (inter quos etiam fœtura animalium) irrevocabili jure acquiri manifestum; nec tamen eo minus illa fœtura, quæ mutilato grege nata est, in gregis supplementum, atque ita proprietario cedere debet, grege scilicet ex agnatis supplendo, *l. vetus fuit quæstio* 68. §. 1. 2. *l.* 69. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* prolixe Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 15. *defin.* 2. post plures alios ibidem citatos.

39. An autem etiam cum expensis compensandi sint fructus ex ipsa melioratione per bonæ fidei possessorem facta percepti, non satis constat, quibusdam id affirmantibus, inter quos Molinæus *ad consuet. Paris. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 5. *num. mihi* 99. Covarruvias *lib.* 1. *var. resolut. cap.* 8. *num.* 4. Menochius *de recup. possess. remed.* 15. *n.* 610. aliique allegati a Johanne a Sande *d. lib.* 3. *decis. Frisic. tit.* 15. *defin.* 3. in quorum sententiam etiam majore suffragiorum numero ivisse ipsam Frisiæ Curiam ibidem testatur. Sed cum & in contrarium judicata extent, magis ratione subnixam existimo eorum sententiam, qui meliorationum fructus cum ipsis meliorationibus compensari iniquum censent. Si enim hæc admitteretur compensatio, non illa tantum inde flueret absurditas, quod bonæ fidei possessori sua solveretur melioratio ex re sua suisque fructibus, sibi jure dominii ex propria pecunia ad utilitatem collocata perceptis; atque adeo effectu inspecto bonæ fidei possessor, durante toto tempore possessionis bonæ fidei nullum prorsus ex sua pecunia spe lucri erogata perciperet utilitatem; eamque solus sentiret rei dominus. Sed &, si consideres possessorem bonæ fidei nunquam majorem recuperare meliorationum æstimationem quam quanti illæ valent restitutionis tempore, sic ut impensa tota sit periculo bonæ fidei possessoris, & ille aut parum aut nihil consequatur, prout aut parum aut nihil superest ex facta melioratione; eveniret certe, admissa compensatione, ut lucrum quidem omne erogatorum cederet domino rei melioris factæ, periculum vero eorundem gravare unice bonæ fidei possessorem; quod neque bonæ fidei natura favorque insignis patitur, neque vulgata juris regula, dictans, secundum naturam esse, ut commoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur incommoda, *l. secundum* 10. *ff. de regul. juris*, eique usuras pecuniæ debere acquiri, cujus periculo credita fuerit ipsa sors, *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. pro socio.* Quibus accedit, quod, quo diligentior fuit bonæ fidei possessor, & tanquam bonus paterfamilias studiosior ad rem, quam suam putat, in statum meliorem perducendam, eo deterioris esset futurus conditionis; at, quo negligentior, eo plus lucraturus; quod quantum a naturali recedat æquitate, nemo non perspicit. Atque ita sentiunt Garsias *de expens. & meliorat. cap.* 23. *num.* 58. Matth. de Afflictis *decis. Neapol.* 87. *circa fin.* Respons. JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 157. *quæst.* 3. Muenos de Escobar *de ratiocin. tom.* 2. *cap.* 15. Marta *digestii juris novi* r. *tom.* 3. *tit. compensatio cap.* 12. & *tom.* 4. *tit. fructus cap.* 43. 49. Parum movet, quod, cum melioratio ipsa

tanquam accessoria rei principalis domino cesserit jure dominii, fructus ex melioratione percepti non ex re, possessoris amplius propria, sed plane aliena, nati & acquisiti sunt. Etenim corporum quidem per meliorationem adjectorum, velut inædificatorum aut implantatorum, dominum naturali ratione dominio soli cessisse, non eundum inficias; sed, quia corporum istorum æstimatio possessori bonæ fidei red denda est, juris interpretatione & effectu ita se res habet, ac si dominium non esset dominio fundi quæsitum, quamdiu meliorationis æstimatio necdum fuerit restituta. Pari fere modo, quo id in rerum venditione contingit; quarum dominium per traditionem a venditore factam naturali ratione in emtorem transire, verius est, licet neque pretium solutum sit, nec de eo fides habita, cum propositum in mente retentum, non in tradendo declaratum, naturali ratione nihil operetur; sed juris civilis interpretatione ita consideratur, ac si dominium non transivisset, adeo ut & rei traditæ vindicatio tali in casu venditori permissa sit, §. *vendita* 41. *Inst. de rerum divis. l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tributor. act.*

TITULUS II.

De Publiciana in rem actione.

SUMMARIA.

1. *Quotuplex sit actio Publiciana: quid sit ea, quæ ad exemplum rei vindicationis inducta fuit?*
2. *Hujus actionis fundamentum esse jus possessionis; & quid distet jus possessionis a naturali possessione, ac quod jure nostro notum sit jus* possessionis *plenius adstruitur.*
3. *An vero domino Publiciana detur?*
4. *Ut hac actio detur, non requiritur, ut pretium numeratum sit, nec ut eo tempore, quo agitur, agens in bona fide sit, sed sufficit, quod ab initio adfuerit.*
5. *An Publicianam habeat, qui emit a furioso, quem putabat sanæ mentis esse?*
6. *Datur contra omnes jure debiliori possidentes, & illos, qui juris interpretatione pro possessoribus habentur; non contra possidentem æquali jure, sive ab eodem, sive a diversis non dominis res utrique tradita sit, nec hic potior est is, cui priori res est tradita, cujus contrarium erat in rei vindicatione.*
7. *Non possident æquali jure, cum alter ex oneroso titulo possedit, alter ex lucrativo possidet.*
8. *Non datur regulariter contra verum dominum; recensentur tamen casus excepti.*
9. *Petuntur hac actione res corporales & incorporales, si modo usucapi vel præscribi longo tempore possint; non furtiva, per testatorem vel legem alienari prohibita, & quæ nunquam possessa.*
10. *Respectu fructuum & impensarum idem hic, quod in rei vindicatione.*
11. *Actio Publiciana adhuc hodie in usu est.*

1. Publiciana actio, (ita dicta a Publicio prætore) duplex est; alia, qua prætor fingit, usucaptum non esse id, quod revera usucaptum fuit; qua intentata, sic pristino domino rem usucaptam restitui jubet, quasi usucapta non fuisset, rescissa scilicet usucapione jam impleta, *l. honorariis* 35. *ff. de oblig. & act. l. mandatum distrahendorum* 57. *mandati*, de qua in titulo *ex quibus causis majores* 25. *annis restit.* alia, qua prætor fingit usucaptum jam esse illud, cujus tamen usucapio vere necdum impleta est, §. *sed ista* 3. *in fine*, & §. 4. *Inst. de action.* quæque ad exemplum rei vindicationis dari dicitur, *d. l. in honorariis.* 35. *ff. de obligat. & act.* & in qua omnia eadem esse, quæ in rei vindicatione, Ulpianus notat *l. sed & si* 7. §. *in Publiciana* 8. *ff. h. t.* Quæ & ipsa hujus tituli materia est; ac non inepte describi potest, quod sit actio prætoria in rem arbitraria, qua quis in rem cujus possessionem justo titulo & bona fide nactus erat, ac rursus casu amiserat antequam usucepisset, recuperat a quovis jure debiliori possidente, *d.* §. 4. *Instit. de action.* junct. *l.* 1. & *ult. ff. h. t.*

2. Actionis hujus fundamentum est fictum dominium, vel (quod eodem redit) jus possessionis, quod ex bono & æquo descendens prætorem movit, ut dominum fingeret eum, qui hoc jure possidendi instructus erat, *d.* §. 4. Adipiscitur autem unu quisque hoc jus possidendi ex traditione per non dominum facta, concurrente justo titulo & bona fide accipientis, sic ut usucapiendi potestatem nactus sit. Scilicet, uti re per verum dominum ex justa causa tradita, jus dominii acquiritur accipienti; ita si a non domino res tradita fuerit ex justo titulo ac bona fide; jus possessionis accipiendi censetur quæsitum. Et ut verus dominus amittendo naturalem rei possessionem, non excidit propterea jure dominii, sed potius ex eo jure rei, apud quemcumque existentis, vindicationem habet, ad recuperandam quam amiserat, naturalem detentionem: ita &, qui jus possidendi semel nactus est, amittendo naturalem possessionem, quæ facti est, non amittit ipsum possidendi jus, sed magis ex eo jure adhuc retento per hanc actionem persequitur ipsam illam naturalem possessionem, quam sine sua amiserat voluntate factoque. Et hoc ipsum est, quod in *l. bona fides* 136. *ff. de reg. juris*, traditum fuit, *bonam fidem tantundem præstare possidenti, quantum veritas, quoties lex impedimento non est*: *veritate* ibidem pro *vero dominio* posita, ad oppositionem dominii ficti & juris possidendi, ex bona fide justoque titulo profluentis: quodque Ulpianus in *l. in hac actione* 3. §. *Pomponius* 12. *ff. ad exhibendum* scripsit, unius rei plures ad exhibendum agere posse; forte, *si homo primi sit* (id est, si primus rei dominium habeat) *secundi in eo ususfructus sit, tertius possessionem suam contendat*; id est, contendat se habere possidendi jus, ex quocum intentare possit publicianam actionem, merito quoque rei mobilis, forte non apparentis, exhibitionem sibi fieri desiderat. De naturali sane possessione quo minus Ulpianum accipiamus, dum dicit, *tertius possessionem suam contendit*, ipsa natura actionis ad exhibendum manifesto evincit; quippe quæ non illis, qui possident, sed potius non possidentibus contra possessores ac detentores data est. Et quamvis non adeo frequentata in jure sit denominatio *juris possessionis*, atque quidem *juris dominii*; non tamen ignota prorsus, sed simul cum jure dominii proposita in *l. qui agros* 8. *C. de omni agro deserto*, ubi, cum permisissent Imperatores, agros desertos per quemvis occupari ac coli, pri-

minis tamen agrorum possessoribus servarunt licentiam recuperandi intra biennium agros illos ab alio jam occupatos cultosque; sed si biennii fuerit tempus emensum, *omni possessionis & dominii cariturum jure qui siluit*, ab iisdem sancitum est. Adeoque, sive dominus fuerit, carebit dominio, sive bonæ fidei possessor, carebit jure possessionis: neque enim illic de naturali possessione seu detentione sermo erat; quippe quam & antea propria desertione desierant habere pristini possessores. Confirmat quoque jus hoc possessionis Marcianus in *l. ubi cœtu* 5. §. 1. *ff. ad leg. Jul. de vi publica*, ubi a D. Pio decretum ait, ut, *si de vi & possessione vel dominio* quæstio sit, *prius de vi quæratur, quam de jure dominii sive possessionis*; indigitans scilicet (uti plenius explicui *titulo de judiciis*) si quis vi de possessione rei dejectus sit, & judicio possessorio ac petitorio experiri cupiat, prius debere spoliatum restitui, adeoque momentaneæ possessionis quæstionem per interdictum *unde vi* prius terminandam esse; tum deinde petitorium tanquam principale oportere tentari, sive de *jure dominii* quæstio per intentatam rei vindicationem ventilanda sit, sive de *jure possessionis* per hanc Publicianam in rem actionem. Nec huic juri possessionis tanquam actionis Publicianæ fundamento, obloquitur Ulpianus in *l. sed & si* 7. §. *Publiciana actio* 6. *ff. h. t.* dum asserit, *Publicianam actionem ad instar proprietatis, non ad instar possessionis, respicere*: cum non aliud hisce indigitet, quam Publicianâ actione non sit judicium aliquod præparatorium, temporarium, respiciens possessionem, uti pleraque interdicta; sed quod sit judicium principale, totam litem finiens, ad instar actionum aliarum proprietatis causam concernentium; quodque (ut Hermogenianus loquitur) *ad exemplum vindicationis* detur, *l. in honorariis* 35. *ff. de obligat. & act.* Minus urget, quod hac actione quandoque agant & illi, qui possessionem nunquam fuerint adepti, *l. cum sponsus* 12. §. 1. *l. si servus* 15. *ff. h. t.* quod enim attinet, *l.* 15. per servum nostrum in fuga existentem, & ab alio non possessum, naturalem quidem possessionem nobis haud acquiri verum est; eo quod nec ipsum fugitivum naturaliter possidemus: & de tali possessione agit *d. l.* 15. interim, uti animo nostro retinuimus servi talis possessionem, ita & per eum adipiscimur possessionem civilem, quæ animo proprio, corpore & ministerio alieno apprehenditur, *l. rem* 15. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Ratio vero, cur jure singulari heres, licet necdum possessionem rerum nactus Publiciana experiri possit, in *d. l.* 12. §. 1. non alia est, quam hæc, quod hæres, uti ex jure successionis dominium adipiscitur, cujus vi rei vindicationem habet adversus possidentem; ita quoque jus possessionis, quod penes defunctum fuit: dum is rem alienam justo titulo & bona fide nactus erat cum usucapiendi facultate, ex quo jure possessionis & defunctus ipse possessionem naturalem Publiciana persequi potuit, & eo defuncto heres, in omnia succedens defuncti jura.

3. Cum autem hac actione persequamur rem nondum usucaptam, merito inde inferri potest, verum dominum non desideraturum esse hanc actionem honorariam, cum habeat civilem, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* & si maxime desideraret, non esse audiendum, nisi in probatione dominii deficiens, ad hanc confugiendum censeat, atque ita (dum paria sunt in jure non esse & non apparere) non dominium sed bonam fidem, justumque titulum, & rei necdum usucaptæ amissionem alleget. Præsertim cum & his, qui prius in rei vindicatione mota succubuerat ob dominii non probati defectum, deinceps ad Publicianam possit actionem transire, *l. minor* 39. §. *si servus* 1. *ff. de evict.*

4. Ut huic actioni locus sit, non interest, utrum actor pretium numeraverit, cum ex causa emptionis rem nactus esset, nec ne: licet enim rei venditæ ac traditæ dominium in emtorem non transeat, ac proinde nec rei vindicatio emtori danda, nisi pretio numerato, vel fide de eo habita, §. *venditæ vero* 41. *Instit. de rer. divis. l. quotiens* 15. *C. de rei vindicat.* quin tamen possessio sine pretii numeratione transferatur, dubium non est: quod ipsum sufficit, ut Publicianæ actioni locus fiat, *l. de pretio* 8. *ff. h. t.* Similiter nec interest, utrum tempore litis contestatæ actor in bona an in mala fide sit: id quod significare videtur JCtus in *l. sed etsi* 7. §. *Publiciana* 14. *ff. h. t.* dum ait, *Publiciana tempus emtionis continet; & ideo neque quod ante emtionem* (cœptam scilicet & traditione consummatam, arg. *l. pen. ff. de usurpat. & usucapion.*) *neque quod postea dolo malo factum est, in hac actione deduci, Pomponio videtur.* Imo, eo ipso, quo quis Publiciana experitur, fateri videtur, se dominum non esse atque ita malam fidem ac conscientiam alienæ rei vel agnoscit ipse, vel saltem supponit: sed hoc unum inspicitur, an initio bona fides adsit cum ceteris ad usucapionem inchoandam requisitis, *l. sed etsi* 7. §. *pen. & ult. ff. h. t.* Scilicet, ut mala fides superveniens non interrumpit usucapionem, ita nec Publicianæ actioni impedimento est; unde & heres ejus, qui bona fide rem nactus est, ut usucapere possit, hac actione recte experitur, licet ipse in dolo ac mala fide sit, *d. l.* 7. §. *in hac actione* 12. arg. *l. pro emtore* 2. *si defunctus* 19. *ff. pro emtore*, §. §. *diutina possessio*, 12. *Instit. de usucapion.* nec continuatio usucapionis impeditur scientia hæredis, ut ait Papinianus in *l. hæres ejus* 43. *ff. de usurpat. & usucapion.* ubi pro *continuatione* rectius legi *continuatio*, suadet sensus legis, ac Hothofredus in notis observat; Haloandri editione etiam istam lectionem firmante. Quibus non adversatur Ulpianus in *l. si ego emi* 11. §. *interdum* 3. *ff. h. t.* requirens, ut, si hac contendere velim actione de partu ancillæ furtivæ, *eo tempore, quo experiar, matrem ejus furtivam ignorem.* Etenim cum Cujacio emendationem adhibendam existimo, ut pro *experiar*, legatur, *ea pariat*; cum ex aliis constet juris partibus, usucapi non posse partum ancillæ furtivæ, nisi conceptus fuerit ac editus apud bonæ fidei possessorem. Sic Julianus verbis prope iisdem auctor est, partum usucapi, *si apud eum* (bonæ fidei possessorem) *conceptus & editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem ejus ignorabat*, *l. non solum* 33. *ff. de usurpat. & usucap.* Et licet ille, qui in mala jam fide positus est, ac Publiciana possessionem recuperat, neque ex priore possessione, quippe jam interrupta, usucapionem implere possit, neque ex posteriore per Publicianam recuperata, quia initium secundæ possessionis vitio non caret, *l. qui fundum* 7. § *qui bona fide* 4. *ff. pro emtore*, non tamen ei actio prorsus inutilis est, cum recuperata possessio

saltem ad longissimi temporis præscriptionem prosit, ad quam bona fides necessaria non est.

5. Quod si a furioso quis emerit, quem sanæ mentis esse putabat; quamvis summo jure nec usucapere rem emtam, nec Publiciana eam vindicare potuerit, *l. pro emtorem* 2. §. *si a furioso* 16. *ff. pro emtore*, ex æquitate tamen utrumque potest, *l. sed etsi* 7. §. *Marcell.* 2. *ff. h. t.*

6. Datur hæc actio contra quemvis possessorem sive bonæ sive malæ fidei, qui jure debiliori possidet, aut dolo malo possidere desiit, litive se obtulit quasi possideret, ad exemplum rei vindicationis: cum in Publiciana actione eadem omnia dicantur esse, quæ & in rei vindicatione obtinere dictum est, *d. l. sed etsi* 7. §. *in Publiciana* 8. *ff. h. t.* Quod si non debiliore, sed æquali jure possessor rem teneat; non dubium, quin pari in causa melior esse debeat possidentis, quam petentis conditio, ac ob id possessor absolvendus sit, arg. *l. sive autem* 9. §. *si duobus* 4. *in fine ff. h. t. l. in pari causa* 128. *ff. de reg. juris*, veluti si bonæ fidei emtor, amissa possessione, adversus alium itidem bonæ fidei emtorem ac possessorem experiretur; sive possidens reus et non possidens actor ab eodem non domino rem nacti fuerint, sive a diversis cum illa diversitas non plus aut minus juris præstet possidenti, aut possessionis prærogativas in actione Publiciana tollere queat vel diminuere; quod & a Neratio observatum in *l. si ea res* 31. §. *ult. de Act. emti.* Licet enim ab Ulpiano scriptum sit, eum, qui dominium in fundo habuit, id tradendo transferre; si non habuit, nihil ad eum, qui accipit, transferre, *l. traditio* 20. *de acquir. rer. domin.* id tamen non nisi quantum ad dominii translationem intelligi potest, cum ex notissimis juris principiis in aperto sit, per traditionem a non domino factam jus usucapiendi fructusque percipiendi, jus denique ipsum possessionis acquiri. Nec est, quod quis existimet, potiorem debere haberi eum, cui priori res tradita est; quasi in Publiciana idem obtinere debeat, quod in rei vindicatione, cujus exemplum Publiciana adinventa est, quamque imitatur *l. sed & si* 7. §. *in Publiciana* 8. *ff. h. t.* in rei autem vindicatione ita juris fit, ut potior sit, cui priori res tradita est pretio numerato aut fide de eo habita, *l. quotiens* 15. *C. de rei vindicatione.* Dispar enim hac in parte rei vindicationis & Publicianæ actionis causa est. Potior scilicet esse debebat in rei vindicatione is, cui priori res tradita est, quia is solus erat; non item is, cui postea res eadem ex causa emtionis tradita fuerat, sed tantum ad summum bonæ fidei possessor, quem a vero domino ex jure dominii conveniri posse, in confesso est. At cum de Publiciana quæstio est, ubi uterque a non domino rem nactus fuit, neuter dominus dici potest, sed uterque tantum bonæ fidei possessor; atque adeo ejusdem uterque juris ac potestatis, & pari in causa constitutus; cui consequens erat, ut posita pari causa melior possidenti conditio esse debuerit, quam petentis: juxta *d. l.* 128. *ff de reg. jur.* Nec obstat, quod in *d. l.* 9. §. 4. *ff. h. t.* dicitur, si quidem ab eodem non domino separatim duo emerint, *potiorem fore eum, cui priori res tradita est.* Penitus namque legem intuenti patebit, agi ibidem de ea facti specie, qua duobus quidem res vendita fuerat, verum non utrique, sed uni tantum tradita; respondet enim Ulpianus ad quæstionem ita propositam; *quis Publiciana uti possit, utrum is, cui priori res tradita est; an is, qui tantum emit*; ut proinde mirum non sit, potiorem esse eum, cui res tradita est, cum sine traditione jus possidendi, quod actionis hujus fundamentum est, non possit videri acquisitum. Et quamvis id non adeo dubium videri possit, tamen & minus dubia & certa quoque jura legibus definiri, abunde constat. Interim, quod in *d. l.* 9. §. 4. Jurisconsultus distinguit, quasi aliud obtineret, si ab eodem, aliud si a diversis non dominis duo separatim emissent (quam etiam distinctionem in re aliena duobus oppignorata habeat *l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pignore*) ejus rationem ab aliis reddi video, sed sufficientem assequi me non posse libens profiteor: imo eam omni ratione destitui quantum ad hanc Publicianam, ex superius adductis ratiociniis & Neratii auctoritate demonstratum opinor: atque adeo in id quoque proclivis sum, ut in distinctionis rejectione Neratium in *d. l.* 31. §. *ult. ff. de act. emt.* a Jurisconsultis ceteris dissensisse credam. De cetero nec Neratium aliud sensisse puto, quam quod possessoris potior esse debuerit conditio in pari causa: quod enim ille in *d. l.* 31. §. *ult.* eum ait potiorem esse, *cui prius res tradita est*; ita intelligendum est, *si etiam possideat*: id quod ex eo colligi potest, quod *luendi* verbo usus est, *is* inquit *ex nobis tuendus est &c.* Tuemur autem proprie & accurate loquendo eum, qui etiamnum in possessione constitutus est, ac per alium actione intentata vel violentia illa patitur turbationem. Confer Cujacium *lib.* 18. *observat.* 31. Hilsigerum *Donell. enucleat. lib.* 20. *cap.* 8. *lit.* Z. Ant. Fabrum *rationat. ad d. l.* 9. §. 4. *ff. h. t.* aliter sentientes.

7. Non tamen par possidentis & petentis causa videtur, si reus ex titulo lucrativo nunc possideat, actor vero ex oneroso titulo, velut emtionis aut permutationis, ante possederit: cui proinde & Publiciana contra possidentem titulo lucrativo danda foret: cum de damno evitando agat, potioremque jura jubeant esse in pari causa conditionem contendentium de damno evitando, quam eorum qui de lucro captando, agunt; arg. *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

8. Contra verum dominum hæc actio non competit, quippe qui, etsi non possideret, contra possessorem justo licet titulo & bona fide munitum rei vindicationem habiturus esset; dum jus dominii fortius atque potentius est, quam ullum possessionis jus. Nisi tamen rem a non domino propter damnum illatum noxæ datam dominus inceperit possidere: tunc enim ei, qui læsus fuerat, cuique erat facta noxæ deditio, prætor Publicianam pollicetur contra dominum, litis æstimationem haud offerentem, *l. & generaliter* 28. *ff. de noxal. action.* Vel nisi dominus litis æstimationem ab eo, qui rem culpa possidere desierit, acceperit, ac postea rei istius possessionem fuerit consecutus: cum enim litis æstimationem præstans, dominium eo solo non acquirat, deficiente traditione vera aut ficta, arg. *l. ejus rei* 46. *l.* 47. *ff. de rei vindic.* (licet emtoris loco habeatur) nec facile permittendum sit ei, qui litis æstimationem accepit, pecuniam restituere: & tamen solventi litis æstimationem prætor contra dominium accommodet in rem actionem, *l. si culpa* 63. *ff. de rei vindicat. l. si propter* 22. *ff. de act. rer. amotar.* vix est, ut aliam, quam hanc Publicianam existimemus in *ll.* denota-

tam. Nam & si a Titio fundum quis emisset, qui Sempronii erat, isque ei traditus fuisset, mox Titius Sempronio heres existens fundi illius possessionem fuisset adeptus, Publicianam emtori contra venditorem nominatim ab Ulpiano tributam constat: in quantum venditor quidem naturaliter dominus esse non desiit ex venditione ac traditione, quæ dominii acquisitionem antecessit, & ita antiquior est dominio acquisito; sed tamen prætor fingit, rem venditam acquisito postmodum per venditorem dominio ex bonis ejus recessisse, emtorique adjectam esse, *l. apud Celsum* 4. §. *si a Titio* 32. *ff. de doli mali & metus except.* Adde *l. si quis rem* 24. *ff. de except. rei judicatæ*, & *l. sed & si* 7. §. *si petenti mihi* 7. *ff. h. t.* in quibus propter jurisjurandi aut rei judicatæ auctoritatem prætor fingit, dominum esse, qui se talem esse juraverit, aut judicis sententia fuerit declaratus; & ideo contra veros dominos hisce Publicianam censuit concedendam esse.

9. Petuntur Publiciana non res tantum corporales, sed & incorporales, veluti servitutes sive reales sive personales, *l. si ergo* 11. §. *si de usufructu* 1. *ff. h. t.* si modo res tales sint, quarum procedere potest usucapio, *l. sed & si* 7. §. *ult. l. sive autem* 9. §. *pen. ff. h. t.* vel præscriptio, quæ in emphyteusi & vectigali agro ac superficie, usucapionem proprie dictam secundum jus Pandectarum respuente, locum habet, *l. cum sponsus* 12. §. *in vectigalibus* 2. & §. 3. *ff. h. t.* junct. *l. si finita* 15. §. *sed in vectigali* 27. *ff. de damno infecto*, Rævardus *lib.* 1. *varior. cap.* 5. uti & in servitutibus, præscriptione potius quam usucapione acquirendis, arg. *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. servitutes* 14. *ff. de servitutibus*, *l. si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vindic.* Proinde nec in furtivis locum hæc actio invenit, *l. sive* 9. §. *pen. ff. h. t.* Nec in rebus per legem aut per testatorem alienari prohibitis, utpote quarum usucapio non est, *l. cum sponsus* 12. §. *si res* 4. *ff. h. t.* arg. *l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. communia de legatis*. Nec denique in iis, quæ neque vere neque ficte sunt tradita; etiamsi talia essent, quorum fictum dominium sine traditione posset transire; veluti res legatæ & necdum traditæ aut sine vitio occupatæ, arg. *l. pen. ff. pro legato*, cum utique usucapiendi potestas in hac actione necessaria sit, nec sine possessionis acquisitione ea procedat, aut habeat initium. Suffecerit autem vel momento possedisse, ut hac liceat actione experiri, *l. cum sponsus* 12. §. *ult. ff. h. t.* Ratione tamen singulari eum, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti Publiciana posse, supra dictum est, *l. cum sponsus* 12. §. *is, cui* 1. *ff. h. t.*

10. De cetero, respectu fructuum, impensarum, & similium, eadem in Publiciana, quæ in rei vindicatione servanda sunt, arg. *l. sed & si* 7. *in Publiciana* 8. *ff. h. t. l. in honorariis* 35. *ff. de oblig. & act. l. in speciali* 73. *ff. de rei vindic.*

11. Nec abolita usu fori censenda est hæc Publiciana actio: licet enim non semper actionum nomina in judiciis nunc exprimi soleant, nulli tamen dubium, quin actionum singularum in judicium deducendarum termini, quibus a se mutuo distant, etiamnum supersint, atque adeo hæc quoque Publiciana in praxi vigeat, usque adeo, ut a pragmaticis disputari videas utrum cum rei vindicatione hæc Publiciana possit cumulari, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 62. *num.* 5. Minsingerus *ad* §. 4. *Inst. de act. num.* 36. & *seqq.* Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 5. *in fine*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 4. *Inst. de act. num.* 3.

TITULUS III.

Si Ager Vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur.

SUMMARIA.

1. *Agri emphyteuticarii directum & utile dominium quis vindicet, & contra quos? Non differt ager vectigalis ab emphyteuticario.*
2. *Differt tamen a prædiis tributariis & stipendiariis, uti & a prædiis elocatis.*
3. *Emphyteusis variis modis accipitur. Si sumatur pro contractu, consensu perficitur, nec scriptura ad substantiam, sed probationem pertinet.*
4. *Cum accipitur pro jure in re, quibus tunc modis illud jus in re constitui possit; conventionibus; ultima voluntate; præscriptione.*
5. *Quanto temporis spatio hodie acquiratur per præscriptionem? an præsumatur emphyteusis in dubio, si quis longissimo tempore uniformem annuam, vel difformem seu variantem præstiterit pensionem?*
6. *Qui dare in emphyteusin possint, an minores, prælati ecclesiæ rem ecclesiæ, an habens beneficium ecclesiasticum fundos istius beneficii ultra tempus, quo ipse frui potest? Qui accipiant in emphyteusin?*
7. *Conceduntur in emphyteusin solæ res immobiles, non mobiles. An domus? An molendina? an annui reditus tales, qui solent in immobilium classem referri?*
8. *Canon an etiam in certa fructuum ponderatione consistere possit?*
9. *Emphyteusis vel secularis est, vel ecclesiastica. Ad quos olim & jure novo ecclesiastica transire potuerit?*
10. *Emphyteusis hodie vel simpliciter conceditur, certa familia certisve personarum gradibus. Quid inter hæc duo intersit?*
11. *Habet emphyteuta commoda fere omnia, quæ fructuarius. Amplius ei cedit utilitas insulæ ante fundum emphyteuticum natæ, uti & thesaurus in eo fundo repertus.*
12. *Fert etiam onera eadem, quæ fructuarius, nisi circumstantiæ aliud suadeant.*
13. *An habens emphyteusin ecclesiasticam exemtus sit oneribus illis, quibus & ecclesia in emphyteusin concedens exemta est?*
14. *Perit emphyteusis lapso tempore, ad quod concessa, deficiente familia aut gradu, cui concessa. An tunc dominus directus cogi possit, ut rem ad se reversam ipsis rursus illis emphyteutis, vel proximis eorum agnatis, in emphyteusin det, aut eos tantundem offerentes extraneis præferat; & quid juris in Hollandia?*
15. *Si lapso tempore dominus directus anni sequentis canonem acceperit: an tacite repetita censeatur emphyteusis?*
16. *Perit totali interitu rei, non partiali: canon di-*

minuendus ob partis interitum, nisi per singula jugera canon constitutus sit; vel in definienda canonis quantitate fructuum ratio habita sit.

17. An emphyteuta possit emphyteusin derelinquere, si fructus fundi, qui pro parte periit, non sufficiant ad canonem, nec dominus eum velit pro parte remittere?

18. Derelinquere nequit, si a fisco in emphyteusin acceperit, vel emphyteuticaria res per manifestam emphyteutæ negligentiam pro parte perierit. Si emphyteuta fructus non perceperit a tertio vi dejectus aut aliter impeditus, non ideo minus canonem solvere debet.

19. Canonis remissio peti non potest ob insolitam sterilitatem, incursum hostium, tributa graviora imposita, nisi canon fructibus proportionatus sit.

20. Potest tamen peti remissio, si totus ager emphyteuticarius per hostes captus, & ita hostium factus sit.

21. An etiam propter inundationem?

22. Perit alienatione, quæ facta est, non facta domino directo denunciatione, idque pro ea parte, quæ alienata est; sive a fisco sive a privato emphyteusis concessa sit. Quid hic moribus obtineat? An dominus directus sine denunciatione emphyteutæ facta, jus suum alienare possit?

23. An & pœna commissi locum habeat, si venditio nulla sit, vel conditionalis? vel traditio necdum facta?

24. Sub alienatione, non sine denunciatione facienda, non continetur oppignoratio, aut servitutis impositio; & hæc non nocent domino directo.

25. Non etiam donatio, permutatio, legatum, hæredis institutio.

26. Sive denunciatio necessaria sit, sive non, domino directo debita per emtorem pretii pars quinquagesima, in Hollandia duplicatus canon: & vulgo laudemium dicitur.

27. Cui laudemia præstanda & denunciatio facienda, si emphyteuta per contractum libellarium emphyteusin dederit, & secundus emphyteuta alienet?

28. Ad quid teneatur emphyteuta, si apud emtorem dissimulaverit laudemiorum onus?

29. An si pœna debeatur ob moram in præstandis laudemiis, etiam ignorantes in eam incidant?

30. Si emphyteusi reditus annuus sit impositus, & emphyteusis vendatur cum illo reditus onere, sors reditus istius pretio addi debet, ut quinquagesimæ ratio ineatur.

31. An duplicata laudemia solvenda sint, si emphyteusis vendita cum pacto de retrovendendo, postea per venditorem redimatur?

32. Quid juris sit circa laudemia, si emphyteusis vendita redhibeatur ob vitium, vel redeat ex addictione in diem vel lege commissoria, vel retractus fiat? remissive.

33. Si emtori emphyteuseos post soluta laudemia lis a tertio moveatur, & transactio sequatur, non iterato debentur laudemia, licet in actorem emphyteusis ex transactione transeat; nisi fraus domino directo fiat, vel is probet, eum, qui cessit, emphyteutam fuisse.

34. Si quis alieno nomine emerit, non bis sed semel laudemia solvenda, sive mandatum habuerit sive non, secus, si suo nomine emisset, & postea alium sui loco substitui faciat, licet tunc ab initio instructus fuerit mandato emendi pro illo tertio.

35. Nec denunciatione opus est, nec laudemia solvenda, si divisio vel adjudicatio fiat per judicia divisoria: secus, si post divisionem aut adjudicationem alter alteri partem suam aut totam emphyteusin adjudicatam vendat.

36. Perit emphyteusis non soluto canone intra tempora legitima. An mora ista jure civili, canonico, aut moribus purgari possit? an contra pœnam commissi restitutio impetrari? qualis pœna moræ hodie frequentior sit?

37. Si pars tantum canonis soluta sit, sive per unicum emphyteutam, sive per unum ex pluribus unius emphyteutæ heredibus, tota emphyteusis in commissum cadit.

38. An non canon per partes solvi possit, cum emphyteuta partem vendidit, & onus canonis pro rata divisit, & an idem obtineat in emphyteusi fiscali, quod in privata.

39. An emphyteuta interpellandus sit ad solutionem? an sufficiat sola oblatio canonis intra legitimum tempus ad evitandam pœnam commissi, si desit depositio? An canon per compensationem solvi possit, si ea oblata non sit? an per alium pro emphyteuta canon solvi sine mandato? an in antecessum canon invito domino solvi?

40. An mora abbatis vel œconomi noceat monasteria vel ecclesiæ? An mora mariti noceat uxori ex jure Hollandico & Trajectino?

41. An emphyteuta fructus anni quarti perceptos reddere teneatur, si dominus demum post eorum perceptionem declaraverit animum avocandi emphyteusin?

42. Cessat pœna commissi ob moram, si dominus eam remiserit. An censeatur remisisse, si sciens acceperit vel exegerit canonem anni quarti?

43. An & remisisse censeatur, si triennii solius canonem receperit, sine caducitatis declaratione, & an postea caducitatem declarare possit?

44. An tacite fiat remissio pœnæ commissi, cum alia pœna conventionalis in casum non soluti canonis apposita est?

45. An ob non solutum canonem jus commissi per heredem aut contra heredem exerceri possit, si defunctus non declaraverit avocandi voluntatem, aut ea contra defunctum declarata non sit?

46. An ob insignem deteriorationem ac corruptionem dolo malo vel manifesta lata culpa emphyteutæ factam etiam secularis emphyteusis adimi possit?

47. Finitur etiam præscriptione. Non tamen præscripsisse censetur, qui tantum cessavit in canonis solutione per tempus præscriptioni necessarium, si non actu aliquo sese pro domino pleno gesserit.

48. An dominus directus avocare possit emphyteusin ob ingratitudinem emphyteutæ, vel quia re indiget ad proprios usus?

49. An etiam ob inficiationem juris emphyteutici?

50. Emphyteusis finita redit ad dominum directum, sive privatum, sive fiscum, etiamsi fiscus generaliter omnes reditus fiscales una mercede publiciana elocasset; quia commissum tale reditus fiscalis non est.

51. Finita emphyteusi dominus directus emphyteutam non privata, sed judicis auctoritate, expellere de-

bet; & ad id non possessorio sed petitorio judicio contendere.

52. *Finita emphyteusi, an & quales impensas ac meliorationes emphyteuta repetere possit?.*
53. *Posita facultate repetendi meliorationes, quid juris sit, si impensa vel major sit, vel minor quam est ipsa melioratio?.*
54. *De Censu, & libellario contractu; remissive.*

1. Actio in rem utilis, seu utilis rei vindicatio, etiam datur emphyteuticarium aut vectigalem agrum habentibus, ut dictum *tit. primo*, adversus quosvis possessores, etiam ipsos municipes aliosque similes in emphyteusin dantes, si nedum tempus constitutum elapsum fuerit, & vectigal seu canon solvatur, *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t.* Ut tamen ipsi in emphyteusin concedentes directum possint vindicare dominium, sic ut directi quidem domini in vindicando dominio directo potiores emphyteutis sint, emphyteutæ vero in utili potiores domino directo, ac emphyteutæ utile dominium etiam a dominis directis jure sibi vindicent; directi domini directum ab ipsis emphyteutis. Nec differre videtur fundus vectigalis & emphyteuticarius, nisi quod frequentius municipia in emphyteusin concedentia *vectigal* dicantur percipere; quod, si privati pro emphyteusi accipiant, *canon* appellatur, arg. *l. sciendum est* 15. §. 1. *ff. qui satisd. cog.* Quod & satis innuit nostri tituli inscriptio, *si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, cum tamen nulla de agris per privatos in emphyteusin concessis mentio occurrat in ulla huius tituli lege.

2. Differt tamen ab agro vectigali seu emphyteuticario prædium stipendiarium aut tributarium, eo quod stipendiaria aut tributaria prædia erant ea, quæ ab hostibus capta pristinis possessoribus seu colonis fuerant relicta, tributo imposito. Theophilus & DD. vulgo *ad §. per traditionem* 40. *Instit. de rer. divis.* de quibus latius *tit. de acquir. rer. domin.* Distat quoque emphyteusis multifariam a locatione agrisque conductis, quatenus emphyteuta utile habet dominium, utilem in rem actionem, canonem solvit non proportionatum quantitati fructuum, ad meliorationes tenetur, remissionem canonis ob sterilitatem, aliudve damnum particulare petere nequit. Quæ aliter in locatione obtinere, ex juris nostri principiis certum est. Ut proinde non nisi abusive emphyteutæ dicantur fundum habere *in perpetuum aut ad tempus conductum in d. l.* 1. *&* 3. *ff. h. t.* nisi dicamus, tempore auctorum *d. l.* 1. *&* 3. emphyteusi per Imperatorem Zenonem a locatione necdum separata, Jurisconsultos promiscue conductione & emphyteusi usos esse, illos saltem, qui emphyteusim ad locationem maluerunt, quam ad emtionem referre.

3. Occasione hujus actionis in rem de agro vectigali subnectenda plenior emphyteusios tractatio, tanquam juris in re: quam alii ob magnam ejus cum locatione affinitatem putant in titulum *locati* conjiciendam, tunc eam ut contractum considerantes. Emphyteusis enim vel ipsam rem in emphyteusin datam denotat, vel contractum emphyteuticarium, vel denique ipsum jus in re constitutum. Si tanquam contractus consideretur, commode describi potest, quod sit contractus juris gentium, bonæ fidei, nominatus, consensu constans, quo prædium alicui fruendum conceditur in perpetuum, aut ad tempus non modicum, sub lege meliorationis & præstationis annui canonis. Qualis conventio nostra lingua *Erfpacht* dicitur, licet aliquando in antiquis instrumentis reditus irredimibiles appellati inveniantur *Pachton* & *Erfpachten*, ut notatur in *Respons. Jurisc. Holland. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 331. (*revera*) 231. *pag.* 662. Quod autem emphyteusis sit bonæ fidei, juris gentium, consensu constans, id vel inde recte collegeris, quod veteres omnes emphyteusin, vel ad emtionem vel ad locationem reduxerint; cumque ea tum de emtione tum de locatione extra controversiam posita essent, nulli etiam dubium esse potuit, quin illa, quæ emtioni locationique communia erant, optimo quoque jure ad emphyteusin fuerint transferenda. Erroneum proinde est, a Zenone Imp. primitus hunc contractum adinventum fuisse; cum & ante Zenonis tempora soliti fuerint domini agros suos, squallidos præsertim & incultos aut longe dissitos, in emphyteusin concedere. Neque aliud a Zenone præstitum, quam quod illam sustulit inter jurisconsultos disputationem, qua alii emphyteusin emptioni, alii locationi contendebant accensendam esse, & propriam hujus contractus constituit naturam, neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam; cum varias animadverteret intercedere inter hanc conventionem & emtionis locationisque contractum diversitates; intacta de cetero relicta emphyteusios natura, ac in nullo innovata, §. *adeo autem* 3. *Instit. de locat. & conduct. l.* 1. *C. de jure emphyt.* Et quamvis *in d. l.* 1. scripturæ mentio fiat, dum sancitum, ut omnia *quæ pactionibus*, *scriptura interveniente habitis*, *placuerint*, *firma illibataque custodiantur*, ac inde communiter antiquioribus placuerit scripturæ necessitas, teste Carpzovio *defin. forens. part.* 2. *const.* 39. *def.* 7. *num.* 5. 6. 7. 8. Julio Claro §. *emphyteusis quæst.* 4. eam tamen non ad contractus hujus substantiam, sed evidentiorem tantum gestorum, & in perpetuum ac immemoriale aut saltem longum tempus vim habiturorum, probationem pertinere, verius est, tanquam fidelissimam memoriæ custodem & adjutricem: ne alias lapsu temporis gesta excidant, & vacillare incipiat contractus fides, dum labilis hominum memoria est, atque etiam deficit testium mortalitate: & hoc convenienter aliis legibus, generatim dictantibus, solitas fieri scripturas, ut quod actum est facilius per eas probari possit; valere autem & sine his quod actum est, si modo habeat probationem *l. contrahitur* 4. *in fine ff. de pign. & hypt. l. in re* 4. *ff. de fide instrument.* Radelantius *Curiæ Ultraject. dec.* 24. Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 22. *num.* 2. Christinæus *volum.* 3. *decis.* 119. *n.* 5. Vinnius *ad §.* 3. *Instit. locatione num.* 8. Parens *p.* m. Paulus Voet *ad d. §.* 3. *num.* 1. vers. *an consensu*, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 16. 17. perperam notatus ob id a Sim. van Leeuwen, contendente *in censur. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 23. scripturam hodie saltem esse necessariam, quantum nullum jus in re immobili constitui potest, nisi coram lege loci, de ea autem constitutione scripturam fieri. Quid enim, obsecro, contractui commune cum translatione juris in re? etiam rei im-

mobilis vendita dominium non nisi coram lege loci transferri apud nos certum est; nec tamen ullus ad emptionis substantiam propterea scripturam necessariam esse opinatus est. Constat potius & emtio & emphyteusis solo consensu, ac sine scriptis perficitur, efficax futura ad actionem producendam, & impetrandum implementum eorum, quæ consensu placuerant; adeoque ad faciendam solemnem coram loci lege traditionem.

4. Quod si emphyteusis consideretur ut ipsum jus in re, emphyteutæ constitutum, & utile dominium vel jus dominio proximum interpretibus appellatum; acquiri potest non tantum per contractum emphyteuticum, accedente traditione; eaque ex nostris moribus solemni, coram lege loci, secundum jus nostrum commune in immobilium alienationibus receptum, sed & per alios contractus ac pactiones, quibus servitutes constitui possunt; per ultimam insuper voluntatem, ac denique per longi temporis præscriptionem, arg. *l. ult. in fine C. de longi temp. præscript.* sive quis rem alienam ut emphyteuticariam possederit non vi clam vel precario, arg. *l. si quis diuturno* 10. *ff. si servitus vindic.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.it.* 38. *defin.* 15. sive rem suam propriam longo tempore tenuerit tanquam emphyteuticam, altero canonem acceptante, & ita exercente dominii directi jura: sive ei a non domino emphyteusis constitutam a vero domino emphyteusin a non domino acquirat emtionis, donationis, legati, aliove quo titulo, ad usucapiendum sufficiente, arg. *l. si finita* 15. *§. si de vectigalibus* 26. *&* 27. *ff. de damno infecto.* Neque turbare nos debet, quod a Paulo traditum est, vectigalia prædialia usucapi non posse, *l. cum sponsus* 12. *§. in vect.* 2. *ff. de public. in rem actione.* Etiamsi enim usucapio, quæ tunc biennio implebatur in immobilibus, in hisce prædiis vectigalibus non processerit; processit tamen longi temporis præscriptio, secundum *d. l.* 15. *§.* 26. 27. Nec id diffitetur, sed magis innuit ipse Paulus, dum Publicianam in his admittit, si modo bona fide tradita sint; quæ admittenda non fuisset, si non proxima usucapioni præscriptio in his fuisset a jure probata. Habentque hæc jura novo minorem hæsitationem, ex quo longi temporis præscriptio, & usucapio immobilium exæquata fuit in *l. unic. C. de usucap. transformanda. l. ult. C. de longi temp. prascript.* Longissimum tamen annorum quadraginta spatium in fundis Cæsaris patrimonialibus exigitur, ut emphyteuticarii ex temporis possessione fiant aut contra, *l. ult. C. de fundis patrimonial.*

5. Apud nos præscriptione tertiæ partis centum annorum acquiri emphyteusin testatur Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 19. Ant. Matthæus *paræm. Belgarum JCtor.* 9. *n.* 12. Et, si tanto temporis spatio uniformem quis præstiterit annuam solutionem pro prædii usu, in dubio præsumendum est, eum jure emphyteuticario rem possedisse, sic ut ad annum illud in posterum exsolvendum paratus, expelli nequeat, nisi prædii dominus non jure emphyteusios, sed locationis, illud annum se recepisse probet: quod & abunde censeri debet probasse, si vel ante centum annos illum fundum majoribus ejus, qui nunc jure hereditario eum colit, elocatum fuisse doceat: tunc enim magis est, ut ex continuato per utriusque silentium locationis titulo, juxta *l. item quæritur* 13. *§. ult. ff. locati*, solutio annua credi debeat intervenisse, nec præscriptioni utilis aut directi dominii locus esse possit, arg. *l. male agitur* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Idemque est, si in quantitatis annuæ præstatione variatum appareat, dum aliis annis minor, aliis major pensio soluta est; etsi tunc ne de locationis quidem titulo interposito dominus fundi docere possit; cum enim canonis annui obligatio in emphyteusi eadem semper maneat, quamdiu durat emphyteusis, nec augeri minuive soleat, magis est, ut ex illa variatione pro locatione identidem renovata præsumendum sit. Hieron. Pantschmannus *part.* 1. *quæst.* 22. *n.* 40. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 108. Berlichius *part.* 2. *conclus. pract.* 48. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 40. *defin.* 1. 2. Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 11. *& seqq.*

6. In emphyteusin concedere possunt & ecclesiæ, & municipia, & privati liberam habentes rerum suarum administrationem ac alienandi facultatem. Non ergo minores 25. annis sine decreto, arg. *l. non solum* 4. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand.* nec aliter prælatus ecclesiæ rem ecclesiæ, quam ex consensu capituli, vel majoris partis ejus; adhibitis iis, quæ ad rerum ecclesiasticarum alienationem ex jure civili vel canonico requisita sunt, *DD. ad tit. juris Canonici extra, de reb. eccles. non alienand.* Zoesius *ad tit. ff. locati num.* 58. *in fine*, Covarruvias 2. *variar. resolut. cap.* 17. *n.* 5. Nec quisquam fundum beneficii ecclesiastici ultra tempus, quo ipse illo beneficio fruitur; sic ut, mortuo illo beneficii possessore, prædium liberum ab omni emphyteusios onere transeat in beneficii successorem. Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 23. Accipiunt in emphyteusim omnes illi, qui contrahendo se possunt obligare; adeoque etiam pupilli auctore tutore, etsi decretum magistratus desit; cum ita nulla fiat immobilium alienatio, sed sola obligatio ad annuam pecuniæ seu canonis solutionem nascitur.

7. Dantur in emphyteusin res solæ immobiles, non item mobiles; tum quia nuspiam in legibus mobilium mentio est; tum quia res mobiles non ita recipiunt meliorationem per insitionem, implantationem, similemque culturam. Parens p. mem. Paulus Voet *tract. de immobilib. cap.* 22. *n.* 2. Et primam quidem emphyteusios originem a fundis seu rusticis prædiis incepisse, satis ipsa evincit denominatio, & inscriptio hujus tituli *si ager vectigalis &c.* ad urbana tamen prædia ipsaque ædificia usum emphyteusios fuisse porrectum, vix est ut dubitemus, nam & ruinas domorum in emphyteusin perpetuam dari posse ad reædificationem, patet ex *auth. si quas ruinas C. de sacrosanct. eccles. novell.* 120. *cap.* 1. *ult. & cap. & hoc quidem* 6. *§.* 2. & demum domuum vectigalium mentio est in *l. si finita* 15. *§. si de vectigalibus* 26. *ff. de damno infecto*, ac licet per domum vectigalem etiam improprie intelligi possit *superficiaria* in alieno fundo ex consensu aut ratihabitione domini ædificata, cujus nomine *solarium*, quod & *vectigal* appellatur, exsolvendum est, *l.* 2. *§. si quis nemine* 17. *ff. ne quid in loco publico fiat*; tamen nulla juris ratio obstat, quominus etiam ædes vectigales in sensu proprio pro emphyteuticariis accipiamus, maxime cum in dubio a propria vocabu-

lorum significatione haud videatur recedendum, arg. *l. non aliter* 69. *ff. de legatis* 3. Cujacius *ad nov.* 7. Anton. Matthæus *de obligationib. disp.* 22. *num.* 2. atque ita molendina in nostra Hollandia in emphyteusin concedi certum est, *Instructie voor de Heeren van de rebeninge der domeynen van Holland.* 27. *Martii* 1593. *art.* 92. *vol.* 3. *placitor. Holland. pag.* 732. In annuis reditibus illis, quos immobilibus rebus accenseri placuit (de quibus *tit. de rerum divisione*) emphyteusin constitui, non patitur propria emphyteusios natura requirens scilicet legem meliorationis, qualis melioratio incorporalibus nequit rebus adhiberi, Mantica *de tacitis & ambig. lib.* 22. *tit.* 6. *num.* 8. Zoesius *ad tit. ff. locati n.* 60.

8. Solvendus in emphyteusi canon annuus domino directo, in reservati dominii agnitionem & argumentum: qui utrum in numerata pecunia, an vero in fructibus pendatur ex conventione, parum refert; cum utique agriculturæ promovendæ causa potissimum emphyteusin adinventam constet, adoque eadem hic quoque ratio militet, quæ in prædiorum locatione pensionem in certa fructuum mensura vel ponderatione dari permisit, *l. si olei* 21. *Cod. de locato.*

9. En vero emphyteusis vel secularis, quæ in rebus secularibus, vel ecclesiastica, quæ in rebus ecclesiasticis constituitur: &, an secularis an ecclesiastica dicenda sit, non ex accipientium vel dantium persona, sed ex sola rei datæ conditione æstimandum est. Ac olim quidem ecclesiastica tantum ad tertiam usque generationem utriusque sexus constitui potuit, sic ut primus acquirens eandem haberet cum liberis ac nepotibus; his autem defunctis, aut deficientibus, res iterum ad ecclesiam, unde profecta, rediret, exclusis in universum primi acquirentis hæredibus extraneis, exclusa & ipsa ejus uxore, nisi nominatim in contractu emphyteuticario uxoris aut mariti mentio facta esset, *novel.* 7. *cap. emphyteusim* 3. *in pr.* Sed jure novissimo etiam rerum ecclesiasticarum emphyteusin in perpetuum posse constitui, sic ut ad cujuscumque heredes sive cognatos sive extraneos devolvatur, sancitum est, solis ecclesiæ Constantinopolitanæ rebus exceptis, *novell.* 120. *cap. & hoc quidem* 6.

10. Obtinuit insuper usu inductum, ut emphyteusis vel simpliciter concedatur, quodque eodem redit, *pro se & heredibus*, vel certæ familiæ certarumve personarum aut graduum intuitu. Illa ad quosvis etiam extraneos hæredes transmittitur; hæc familiam aut personas designatas non egreditur: illa in materia successionis & similibus allodiis ceteris similis est; hæc magis feudalibus comparata, sic ut & multis in locis individua sit, & non omnibus ejusdem gradus, sed primogenituræ jure uni cedat, feudorum exemplo, atque etiam renovatio quædam investituræ petenda sit, sub pœna caducitatis; in quibus tamen admodum variant regionum mores, ut suo loco in materia successionis ab intestato latius dicendum erit. Videatur interim Anton. Matthæus *in paræmiis Belgar. jurisconf. param.* 2. *n.* 37. Hugo Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 2. 3. 4. 7. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 1. & 23. Rodenburch. *de jure conjugum in tract. pralimin. de statutor. diversit. tit.* 2. *cap.* 2. *num.* 1. *pag. mihi* 33. Respons. JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 43. Zoesius *ad Pand. tit. locati num.* 64. & *multis seqq.* Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num.* 4. 5. 6.

11. Juris emphyteutici constituti effectus est, quod emphyteuta plenissimum habeat fruendi jus, adeoque ad eum omnia fere pertineant, quæ ad fructuarium pertinere, libro sequenti trademus, ut puta, venationum, piscationum, aucupiorum commoda, alluvionis utilitas; modo in his omnibus ut bonus paterfamilias versetur, arg. *l. item.* 9. *pr.* & §. 1. 4. 5. 6. *l. usufructuarium* 62. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Et quamvis ad fructuarium neque thesaurus in fundo repertus pertineat, neque usufructus insulæ ante fundum fructuarium natæ, *d. l. item* 9. §. *huic vicinus* 4. *ff. de usufructu*, arg. *l. fructus* 7. §. *si fundum* 12. *ff. soluto matrimon.* emphyteutæ tamen plus juris hac in parte afferendum, haud dubio: cum enim eundem omne particulare damnum gravet, & ad integri canonis præstationem devinctus maneat, non obstante interitu partis majoris, *l.* 1. *C. de jure emphyteut.* fas est, ut & augmenta ei jure emphyteusios accedant, adeoque & emphyteusis insulæ ante fundum emphyteuticarium enatæ; ut ita commoda rei habeat, quem & incommoda sequuntur, *lib. secundum naturam* 10. *ff. de regulis juris*, Anton. Matthæus *de obligation. disput.* 22. *n.* 4. Nec animadverto, quid virum doctissimum commoverit, ut *in d. disp.* 22. *num.* 5. in thesauro reperto aliud, quam in insula ante fundum nata, statueret; cum non magis insula talis, quam thesaurus, in fructu sit, nec minus quam thesaurus, jure dominii in fundo competentis, acquiratur; domini autem nomine is quoque veniat, qui agrum emphyteuticarium, & ejus exemplo, feudalem habet: nam & dominos fundorum talium esse emphyteutas, asseritur, *l. possessores* 12. *C. de fundis patrimonial.* &, cum ex catalogo illorum, qui bonorum immobilium possessores dicebantur, eliminati essent tum usufructum prædii habentes; contra, bonorum immobilium possessoribus, id est, dominis accensiti, qui vel plenam vel nudam habebant proprietatem, vel vectigalem, id est, emphyteuticarium agrum possidebant, ac propterea a satisdatione de sistendo erant immunes, *l. sciendum est* 15. *pr.* & §. 1. *ff. qui satisd. cog.* quibus adde, thesaurum esse fortunæ donum, *l. si is, qui* 63. §. *si communis* 1. *ff. de acquir. rer. domin.* quæ vero felicitate fortunæ contingunt, ad emphyteutam spectant, *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut.* Placuitque hæc de Thesauro sententia Argentræo *ad consuet. Britann. art.* 53. *not.* 2. *num.* 6. Corasio *ad l.* 1. *C. de emphyt. num.* 17. Rosenthalio *synopsi feudali cap.* 5. *concl.* 92. Burgundo *ad consuetud. Flandriæ tract.* 12. *num.* 15. Vinnio ad §. *thesauros* 39. *Instit. de rer. divis. num.* 3. Parenti p. m. Paulus Voet *ad d.* §. *thesauros num.* 5. Non tamen emphyteutæ licitum, effodere ex agro emphyteuticario terram fictilem figulinæ exercendæ causa, aut terram combustibilem, longeque minus metallifodinas aut lapicidinas lapidum haud renascentium instituere vel exercere. Quamvis enim hæc fructuario concessa sint, *l. si cujus rei* 13. §. *inde est* 5. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. venit* 6. *ff. de servitut. præd. rustic.* in quantum pretio rutorum cæsorumque utitur fructuario quodam quasi usufructus jure, sed cum onere ac sub cautione de eo re-

stituendo post usufructus finem, ut dictum in *tit. de usufructu num.* 24. tamen ad emphyteutam id extendendum non est; quippe qui vel sub lege meliorationis rem in emphyteusin accipit, vel saltem eam secundum mores hodiernos deteriorem vero redderet, pretiique minoris, per metallorum & terræ fictilis similiumque eductionem. Nec hic ita quasi emphyteusis in numerata pecunia, ex rutis & cæsis redigenda, concipi aut fingi sine lege potest, uti quidem quasi usufructus senatusconsulto inductus fuit, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 165.

12. Ex opposito, onera quoque emphyteutam fructuarii exemplo ferre nomine rei emphyteuticariæ, necesse est; quem in finem huc reducenda, quæ plenius *tit. de usufructu*, tanquam propria sede, traduntur: nisi canonis indictionisque magnitudo suadeat, onus inter emphyteutam & dominum directum dividendum esse; uti post Jul. Clarum §. *emphyteusis quæst.* 4. Hug. Grotius *manuduct. ad Jurisprud. lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 14. *& seqq.* aliosque observat Anton. Matthæus *d. disput.* 22. *n.* 8. *de obligationibus*, Responsa Jurisc. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 531. (*revera*) 231. *pag.* 662.

13. Posito autem, quod res ecclesiasticæ oneribus fiscalibus, domino temporali (ut loquuntur) solvendis, exemtæ sunt, etiam oneribus hisce exemtum fore emphyteutam nomine fundi ab ecclesia in emphyteusin concessi, defendit cum aliis Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 91. & hæsitanter Christinæus *vol.* 3. *decis.* 120. *n.* 6. ea potissimum moti ratione, quod ubicunque aliquis rem possidet sui natura immunem ab hujusmodi tributis & pensitationibus, ipse quoque easdem solvere non sit compellendus; quodque in casibus, quibus dominus directus ab oneribus hujusmodi publicis immunis est, emphyteuta quoque ab eo causam habens immunitate eadem debeat gaudere, arg. *l. privatæ rei* 10. *C. de excusation. munerum.* Adde Tuldenum *ad. tit. C. de emphyteusi numer.* 6.

14. Extinguitur emphyteusis variis modis, puta, lapso tempore, ad quod concessa est; vel deficiente familia aut gradu, cui & cujus contemplatione constituta fuerat: adeo ut nec post finitum tempus emphyteuta ipse, nec proximiores ultimi possessoris agnati, qui vi primæ concessionis haud admittendi erant, cogere dominum invitum possint, ut is emphyteusin apertam, & ad se reversam, rursus iis sub ejusdem canonis lege concedat, & aliis idem forte offerentibus anteponat. Licet enim nonnullis placuerit, inter descendentes ultimi possessoris & collaterales distinguere, & illis quidem, at non his tribuere talem præ aliis prælationem, ut videri potest apud Jul. Clarum §. *emphyteusis quæst.* 43. vix tamen est, ut ex nostri juris ratione opinio ista defendi queat; cum utique fas simul et æquissimum videatur, ut unusquisque suo arbitratu et de re sua pleno jure ad se reversa disponat, et voluntate libera quærat vel probet, uti emtorem ac conductorem, ita et emphyteutam; nec rei suæ desinat arbiter ac moderator esse, dum de re sua cogeretur aliquid facere invitus, arg. *l. pen. C. de contrah. emt. l. in re mandata* 21. *C. mandati, l. ne cui liceat* 32. *C. de locato.* Nec adversatur *l. congruit pen. C. de locatione prædior. civilium*, cum jus singulare comprehendat in utilitatem veterum possessorum prædiorum civilium idem offerentium: ut commodo hoc pensetur incommodum, quod publicani, qui publico fruuntur, etiam quandoque inviti in conductione ultra constitutum tempus retinentur, *l. cotem* 11. §. *ult. ff. de publicanis*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 148. *num.* 3. Zoesius *ad Pand. tit. locati num.* 115. Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 100. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num. cæterum* 14. Et hæc ita, nisi contrarium consuetudine inveterata firmatum sit. Andr. Gayl. *d. n.* 3. uti de eo jure, quasi per Hollandiam recepto in casu deficientis familiæ aut gradus, non item temporis elapsi, testatur Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 23. et ibi Groenewegen *in not.* Quo tamen casu non aliter ista coacta renovatio videtur admittenda, quam si res adhuc integra sit, dum necdum in alterum rei istius emphyteusin extinctam esse, renovatio petatur; ac denique dominus directus rem nolit pro se retinere, sed alteri rursus in emphyteusin concedere. Vide Jul. Clarum §. *emphyteusis quæst.* 43. *n.* 3.

15. Quod si, finita emphyteusi temporali, dominus directus anni sequentis canonem acceperit, ex eo solo, quasi tacito consensu, repetita censeri non debet in dubio emphyteusis; etsi in locatione id ita obtinere constet ex *l. item quæritur* 13. §. *ult. ff. locati*, et Menochio *de præsumt. lib.* 3. *præsumt.* 85. Neque enim a locatione ad emphyteusin hac in parte argumentum duci potest; cum in locatione tantum de temporis brevioris usu, adeoque minori domini præjudicio agatur, conductione tantum in annum in rusticis prædiis ex tacito consensu continuata, *d. l.* emphyteusis contra non nisi ad minimum in longum tempus deberet videri repetita. Quo majus ergo apparet domini præjudicium, eo difficilius in illud tacita voluntate consensisse præsumendus est. Treutlerus *vol.* 1. *disput.* 29. *th.* 20. *lit. B.* ibique Bachovius *in not.* Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 84.

16. Interitu insuper rei perit emphyteusis, et eo quidem totali, non vero partiali: adeo ut ne pars quidem canonis diminuenda veniat, etiamsi fundi pars major perierit: cum tanta requiratur clades, *quæ prorsus ipsius rei, quæ per emphyteusin data est, faciat interitum*, ut ait Imp. in *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut.* §. *adeo autem* 3. *in fine, Instit. de locat. conduct.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 43. Corasius *ad l. C. de emphyteusi n.* 15. Carpzovius *def. for. part.* 2. *const.* 38. *defin.* 19. Si tamen canon per singula jugera constitutus sit, etiam pro jugerum ex agro emphyteutico pereuntium numero seu quantitate canon diminuendus esset; eo quod tunc tot diversæ videntur esse emphyteuses, quot jugeribus prædium emphyteuticarium in prima emphyteusios concessione divisum est, arg. §. *quoties plures* 18. *Instit. de inutil. stipulat.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 8. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 32. et 52. Idemque statuendum, si apparet, in determinanda canonis quantitate habitam fuisse fructuum rationem. Etsi enim emphyteusis originem traxisse videatur ab incultis et sterilibus agris qui colonum non reperientes mercedem fructibus speratis congruam offerentem, in longissimum tempus aut in perpetuum, modicæ tantum pensionis annuæ, ad conservandam veri domini memoriam solvendæ,

lege concedebantur; constat tamen, postmodum etiam cultissimos ac fertilissimos fundos incepisse in emphyteusin concedi, canone majore in conventionem deducto pro fundi bonitate ubertateque; eum potissimum in finem, ut diligentius colerent, ac curarent impensius emphyteutæ, scientes se in suam impendere utilitatem; dum canonem solventes non ita metuere debebant dejectionem, atque quidem coloni, quippe post finitum modicum locationis tempus locatoris arbitrio depellendi, atque ita non sibi sed successoribus opera sua sumtuque profuturi. Hoc ergo in casu, uti canon annuus a mercede non distat, ita & ad exemplum mercedis diminutio canonis propter partis interitum haud videtur deneganda, Jul. Clarus *d. loco*, Grotius *de manuduct. lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 7. 8. 9. Ant. Faber *C. lib.* 4 *tit.* 43. *defin.* 36. dissentit Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 89.

17. Quod si canon fructibus rei ab initio non responderit, ager tamen emphyteuticarius eo usque deinceps diminutus sit, ut pars reliqua non sufficiat annui canonis solutioni; indulgendum emphyteutæ videtur, ut vel canonem arbitrio viri boni diminutum in posterum præstet, vel saltem emphyteuticum agrum in universum derelinquat, atque ita sese annuo subducat oneri vectigalis, Ant. Faber *C. d. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 11. *&* 36. *in pr.* Zoesius *ad Pand. tit. locati num.* 74. *&* 88. Charondas *ad consuet. Paris. art.* 109 110. Louet *lit. D. arrest.* 41. *& ibi* Brodeau, Responsa Jurisconsult. Holl. *part.* 5. *consil.* 36. ibique alii plures citati, Sim. van Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 17. quod & consuetudine receptum esse testatur Tyraquellus *de retractu gentilit.* §. 34 *gloss.* 1. *num.* 3. *&* 4. Quamvis enim etiam ex conventione jus emphyteuseos inducatur; qua alter ad dominii utilis concessionem, alter ad canonis præstationem sese devinxit, nec obligationi semel constitutæ renunciare liceat, adversario non consentiente, *l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & action.* quo fundamento plures derelictioni locum non reliquerunt, Tyraquellus *de retractu gentilit. d.* §. 34. *gloss.* 1. *n.* 1. *& seqq.* Treutlerus *vol.* 2. *disput.* 29. *th.* 13. *lit. D.* ibique Bachovius: non tamen ea tanti sunt, ut quemquam movere debeant. Etenim, aut canonem concipimus habita fructuum ratione constitutum fuisse; & tunc frustra de emphyteusis derelinquendæ potestate disputatur; cum canonis remissio tunc impetrari possit ob partis interitum, secundum ante dicta. Aut tantum in agnitionem dominii directi canonis præstationem impositam apparet; & eo casu nihil vetat, ab emphyteuseos contractu, invito etiam domino directo, resilire, emphyteusin derelinquendo; cum nullam emphyteuta tunc domino injuriam faciat, sed ita plenissime agnoscat directum dominium, ut & totum utilis dominii jus cum directo efficiat consolidatum. Emphyteutæ beneficium est, uti feudum dicitur beneficium vasallo a domino concessum, licet feudum quoque militiæ & servitiorum onera adjuncta habeat; ac proinde jus suum derelinquens emphyteuta, totum beneficium sibi a domino collatum domino reddit. Neque insuper novum in jure nostro, ut is, qui rei alicujus intuitu ad onus aliquod & impendia subeunda devinctus est, rem eandem pro derelicto habendo ab onere illo in posterum liberetur. Nam & qui oneris servitutem, adeoque simul parietis vel columnæ refectionem suo vicino debet jure servitutis, pactionibus & stipulationibus aut aliter constitutæ, rei servientis derelictione nec potest evitare reficiendi necessitatem, *l. & si forte* 6. §. *etiam* 2. *ff. si servit. vindic.* Nec minus fructuarius, cui dudum incubuerat rei fructuariæ reficiendæ onus, si ad refectionem a proprietario jam judicio conventus fuerit, vel ob impensam a negotiorum gestore in refectiones jam erogatam actione negotiorum gestorum contraria interpelletur, absolvendus est ab omni etiam præteritæ refectionis cura sumtuque, si usumfructum derelinquere paratus sit, *l. si absente* 48. *l. cum fructuarius* 64. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.*

18. Si tamen prædium emphyteuticarium non a privatis, aut iis, qui privatorum jure utuntur, sed a fisco concessum fuerit, jure singulari obtinuit, non posse emphyteutam liberari a canone, etsi derelinquere paratus sit, *l. quicunque* 3. *C. de fundis patrimonial.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 11. *in fine*, Respons. JCtor. Holl. *d. part.* 5. *consil.* 36. *in med.* Idemque est, si non casu aliquo fortuito, sed manifesta emphyteutæ negligentia perierit emphyteusis maxima sui parte, veluti fluminis edacitate, quam emphyteuta potuisset ripæ munitione, boni patrisfamilias more arbitrioque facienda, impedire; vix enim est, ut tunc pro derelicto habendo id, quod flumen ex prædio reliquit intactum, canonis solutionem in posterum subterfugiat: ne alioquin impunita sit culpa aut dolus ejus, qui boni viri arbitratu debuerat re frui, arg. *l. is, cum quo* 7. *ff. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ*, *l. sed cum fructuarius* 65. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 37. *n.* 7. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 19. *n. ult.* Facitque huc, quod sancitum est, emphyteuta refugiente retinere rem emphyteuticam, quam dolo suo reddiderat deteriorem, posse præpositos loci venerabilis, ad quem directum pertinet dominium, indemnitatem venerabili loco ex reliquis emphyteutæ rebus impetrare, *novell.* 120. *cap. si vero quis* 8. *in fine*. Neque de injuria queri potest, quod fructus non percipiens ad canonem tamen obligatus maneat; cum culpæ propriæ acceptum ferre debeat, quod congruum ex re emphyteuticaria non capiat emolumentum; jure nostro & ratione naturali dictante, illum, qui culpa sua damnum sentit, non intelligi damnum sentire, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de regul. juris*. Quibus consequens est, ut, si emphyteuta, cui vel ædificia vel molendina in emphyteusin data sunt, ea corrumpi patiatur, ac ex refectionis defectu in universum collabi, ad integri tamen canonis solutionem obstrictus maneat; sibi quippe imputaturus, quod labefactata atque ruentia non fulserit, vel alia non reposuerit in locum collapsorum, atque ita ex restitutis idem, quod ex pristinis, percipiat emolumentum, Anton. Faber. *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 37. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 18. Quin &, si emphyteuta fundum emphyteuticarium possidere desierit, dum ab alio vi de possessione dejectus est, sine domini directi consensu aut facto, ideoque fructus non potuerit percipere, non tamen ideo jure canonis annui detrectat solutionem; cum vel interdictis vel ordinariis actionibus impetrare potuerit rei restitutio-

nem, nec re carere videatur, qui actionem habet ad rem recuperandam, *l. is, qui actionem* 15. *ff. de reg. juris*. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 5. Ant. Faber. *Cod. d. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 35.

19. Quæ de partis interitu dicta, etiam tunc obtinent, cum insolita sterilitas, aut hostium incursus, aut extra ordinem imposita agris majora tributa atque pensitationes, solitum impediverunt emphyteusios proventum; eo quod hæc quoque omnia damno particulari, emphyteutam, non dominum, gravanti accensenda sunt, arg. *d. l.* 1. *C. de jure emphyteut.* Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 19. Zoesius *ad tit. ff. locati num.* 74. Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 10. *n.* 1. 2. 3. Nec adversatur *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *ff. locati*. Perperam enim verba *hoc idem & in vectigalis damno*, de sterilitate fructuum agri vectigalis plures interpretati sunt: cum potius de vectigalium conductoribus accipienda sint, qui, si solito minora longe vectigalia receperint durante tempore suæ conductionis, conductorum aliorum proprie dictorum exemplo impetrare possunt pensionis promissæ remissionem, quasi ob inexpectatam vectigalium sterilitatem. Plane, si non exiguum, sed fructibus speratis congruum canonem concipiamus constitutum, mercedi in locatione assimilandum, etiam ob sterilitatem insolitam vi divina vel hostium incursu procuratam, remissio canonis concedenda foret, eadem tunc in canone, quæ in mercede, ratione militante. Neque enim alia in locatione causa est, cur ob sterilitatem remissio impetretur, quam quia pensio fructibus speratis respondere solet: si ergo & canon iisdem respondeat, iniquum esset diversum statuere in emphyteusi quam locatione. Nihil in contrarium operante, quod & tunc, cum canon non modicus præstatur, nihilominus emphyteusis appelletur, cum non tam nomen conventionis inspiciendum sit, quam potius natura atque conditio negotii, quod gestum est, arg. *tit. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 18. *num.* 7. 8. 9. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 36. Zoesius *ad Pand. tit. locati num.* 74. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 23. *num.* 24. *& seqq.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 6. 7. dissent. Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 89. Tuldenus *ad tit. C. de emphyteusi num.* 4.

20. Quod si per incursum hostium non turbata tantum fuerit agri emphyteuticarii cultura, sed emphyteuta in universum expulsus sit, sic ut nec colere nec fructus percipere potuerit, quia possidere desierat fundum ab hostibus jure belli occupatum; procul dubio, durante illa hostili occupatione, a canone liber erit, quasi rei interitu. Neque enim emphyteuta videri potest, qui rem possidere nequit, non injusta privatorum quorundam invasione occupatam (quæ per imploratam judicis auctoritatem impediri vel reparari potuisset) sed jure belli, plenoque adeo dominii jure ad hostes translatam. Agros sane per hostes occupatos desinere in priorum dominorum potestate esse, & hostium fieri, expeditum est ex iis, quæ vulgo ab interpretibus ad §. 17. *Instit. de rer. divis. & ad tit. ff. de captiv. & postlim. reversis* traduntur, Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 90. Jul. Clarus *d.* §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 6. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 27. & *lib.* 3. *cap.* 18. *num.* 8. Zoesius *ad tit. Pand. locati num.* 89. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num.* 12. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 19. *num.* 8. *& seqq.* Anton. Matthæus *de obligat. disput.* 22. *th.* 10. *in fine*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 21. Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 10. *n.* 3. *& seqq.*

21. Simile de inundatione agri emphyteuticarii judicium esto; non breviore illa, qua aqua torrentium fluminumve subito intumescens detumescensque annuam non omnino impedit fructuum perceptionem, sed diuturniore, in annum integrum longiusve tempus continuata, omnemque interim utendi fruendi facultatem denegante. Quamvis enim, aqua deinceps iterum recedente, & proprietario proprietas, & fructuario ususfructus, & eorum exemplo emphyteutæ quoque suum restituatur emphyteusios jus, *l. si ager* 23. *l.* 24. *ff. quib. mod. ususf. amitt.* inundatione tamen durante, possessio penes emphyteutam non potest videri constituta, arg. *l. cum unus* 12. §. *ult. ff. de reb. auctor. jud. possideri* 3. §. *Labeo* 17. *l. qui universas* 30. §. *item, quod mari* 3. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* maxime si cogites, ab utilitate percipienda potissimum emphyteutam utilem dominum appellari, quæ utilitas inundationis tempore non modo penitus impedita est, sed & omnis commodi interim percipiendi spes, quæ aliter se habent, ubi possessio ac cultura fundi libera fuit, sed conceptam agricolæ spem inopinatus elusit sterilitatis eventus, Wesel *de remissione mercedis cap.* 10. *n.* 3. *& seqq.*

22. Præterea emphyteusis finitur, si emphyteuta suam emphyteusin alienaverit, non facta domino directo denunciatione, *l. ult. C. de jure emphyteut.* in totum quidem, si tota, pro parte vero, si pars alienata fuerit: res enim talis est aut jus tale, quod divisionem recipit, eo modo, quo & ususfructus jus dividuum est, ideoque pro parte amitti, pro parte retineri potest, *l. excepta* 14. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Quo facit & argumentum a feudo desumtum, quod in totum amittitur, si in totum, pro parte vero, si pro parte tantum alienatum sit, *lib.* 2. *feudor. t.* 38. de *vasallo, qui contra constit. Loth. Reg. benefic. alienav.* Et quamvis verum sit, non in omnibus a feudo ad emphyteusin ratiocinium procedere; in hoc tamen tertio cum eadem ratio sit, & alienationis illicitæ pœna in amissione rei alienatæ utrobique consistat; nihil impedit quo minus idem in emphyteusi observetur, quod de feudo manifeste cautum, Jul. Clarus §. *emphyteusi quæst.* 13. *n. ult.* Tyraquellus *de retractu gentil.* §. 23. *gloss.* 1. *num.* 23. Besoldus *delibat. juris ad Pand. E. t. num.* 8. *pag.* 105. dissent. Sande *de prohibit. alienat. part.* 1. *cap.* 4. *num.* 14. 15. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 22. *th.* 16. Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 18. *num.* 37. Adde quæ in *seqq. h. t.* de parte canonis non soluta. Inductum autem fuit hoc denunciationis requisitum novissima Justiniani constitutione, si non aliud pactis emphyteusi adjectis cautum sit, *l. ult. C. de jure emphyteut.* nulla inter emphyteusin a fisco aut privatis concessam distinctione adhibita, quam quidam admittendam credidere, putantes, emphyteutis fiscalibus remansisse alienandi potestatem sine denunciationis necessitate; ut videri potest apud

Ant. Matthæum *de auc ion. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 18. & *seqq.* cum potius verum sit, ante Justiniani constitutionem omnibus emphyteutis, & a privato & a fisco emphyteusin tenentibus, potestatem competiisse emphyteusin alienandi, nulla imposita denunciationis necessitate, §. *adeo* 3. *Instit. de locat. conduct. l.* 1. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *C. de fundis patrimonial.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 2. *in pr.* sed id in omni emphyteusi fuisse mutatum. Ceterum illud antiquum jus apud nos hodiernis moribus iterum reductum est, alienatione nunc rata existente sine hac denunciationis solemnitate; salvo tamen dominis directis circa rem emphyteuticam alienatam jure retractus faciendi intra tempora consuetudine recepta, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 39. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 8. 9. 10. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 13. Groenewegen *ad l. ult. Cod. de emphyteusi* Ant. Matthæus *parœm. Belgarum Iuriscons.* 2. *num.* 37. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 5. Adde d' *Instructie voor de Heeren van de rekeninge der Domeynen van Holland.* 27. *Martii* 1593. *art.* 91. *in fine vol.* 3. *placit. Holland. pag.* 732. Quemadmodum ex adverso dominus directus, tum Romano, tum hodierno jure, dominium directum in alium transferre potest, etsi emphyteutam propositi sui non reddiderit certiorem; cum lex nulla civilis hujus denunciationis habeat mentionem, Ant. Matthæus *parœm. Belgar. Jurisconsult.* 2. *n.* 39. Hartmannus Pistor *lib.* 3. *quæst.* 22. *num.* 17. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *const.* 39. *def.* 10.

23. Posita autem Romani juris observantia circa denunciationis necessitatem in alienatione per emphyteutam facienda, dicendum videtur, pœnæ commissi locum non esse, si venditio nulla sit ob solemnitatum defectum; eo quod odiosa in dubio restringenda sunt, ac pœnæ minuendæ, *l. pen. ff. de pœnis*, &, quod nullum est, nullos potest effectus, adeoque nec caducitatem emphyteusios producere, dominio scilicet apud emphyteutam eundem remanente. Nec aliud dicendum, si conditionalis sit venditio; quippe qua dominium non transit, *l.* 2. *in fine*, *l.* 3. *l.* 4. *ff. de in diem addict.* vel res vendita quidem; sed traditio nondum facta; cum ne sic quidem res alienata dici possit, arg. *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 98. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 22. *n.* 14.

24. Sed nec sub alienationis appellatione oppignoratio hic comprehensa est; cum jure veteri emphyteusis æque ac superficies pignori dari potuerit, sine ullo denunciationis talis requisito, *l. tutor* 16. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. lex vectigali* 31. *de pignor. & hypothec. l. etiam* 15. *ff. qui pot. in pignore*, nec ulla per Justinianum in *d. l. ult. C. de emphyteusi*, mutatio circa pignus facta appareat: quippe quæ de illa loquitur emphyteusios translatione, quæ pretio interveniente contingit. Neque eadem pignoris, quæ venditionis, ratio est, dum ex pignoris constitutione fieri quidem potest, ut alienatio deinceps subsequatur, de præsenti tamen nulla juris emphyteutici translatio sit, nec alius emphyteuta in locum prioris succedit, Julius Clarus §. *emphyteusis qu.* 18. Neostadius *Curiæ Holland. decis.* 59. Radelantius *Curiæ Ultraject. dec.* 17. *num.* 17. Idemque de servitutum prædialium impositione dicendum est: nam & superficiario licet sine domini consensu servitutes imponere; & ipsi quoque vasallo; cui alioquin difficilius, quam quidem emphyteutæ, alienatio permissa est, *l.* 1. §. *ult. ff. de superficiebus*, *lib.* 2. *feudor. tit.* 8. vers. *rei autem*, Jul. Clarus *d.* §. *emphyteusis quæst.* 24. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 35. *defin.* 14. Zoesius *ad tit. ff. locati num.* 109. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 14. 15. Neque tamen ea pignoris constitutio vel impositio servitutis, dominio directo damnosa est; cum, emphyteusi in commissum cadente, pignoris quoque aut servitutis jus evanescat, juxta vulgatum illud, resoluto jure dantis jus quoque accipientis resolvi, *d. lib.* 2. *feud. tit.* 8. vers. *rei*, *l. lex vectigalis* 31. *in fine ff. de pignor. & hypothec.* Zoesius, Clarus, & Carpzovius *d. locis*.

25. Non etiam donatio, aut permutatio, aut legati datio, aut institutio heredis, ad alienationem non sine denunciatione faciendam referenda; ad id scilicet, ut dominus directus donatarium, legatarium, heredem, aut ex permutatione tenentem, oblato justo emphyteusios pretio, depellere posset, sibique rem revocare; eo quod in *d. l. ult. C. de jure emphyt. venditionis*, *comparationis*, *pretii*, *ejusdem quantitatis præstandæ*, similiumque, a donatione institutione ac legato alienorum, mentio est: atque insuper legibus anterioribus, tum legatum, tum donatio circa rem emphyteuticam permissa fuit, salvo domini directi jure, *l.* 1. *C. de fundis patrimonialibus*, *l. in conventionibus* 219. *ff. de verbor. signif. l. si domus*. 71. §. *ult. ff. de legatis* 1. Præterea in permutatione quidem insignis ei, qui ex permutatione emphyteusin nancisci voluit, injuria inferretur, dum frustraretur non tantum prædio emphyteuticario, sed & suo proprio in emphyteutam ex permutatione translato, quod forte nunquam venditurus fuisset, neque justo neque duplicato aut majore pretio, emphyteuticarii tamen fundi obtinendi causa carere voluit, emphyteuticum suo anteponens; ex affectione quam multis variisque de causis in rem quandam mortales duci constat. In legato vero & donatione atque institutione per dominum directum, oblato pretio, infirmanda iniquitas haud absimilis est; dum non modo donatarius vel legatarius, præcipuo sæpe privaretur commodo donationis, ubi in acceptanda liberalitate qualitatem agelli emphyteuticarii, situm usum sibi necessarium, aliaque affectionem in rem provocantia, consideravit magis, quam modicum ac forte spernendum sibi valorem ejus; sed & is, qui liberalitatem exercet, fine suo excideret, qui esse poterat, ut in emphyteuticario prædio perenne extaret liberalitatis in donatarium similesque collatæ monumentum, qualis beneficii memoria in pretio, re fungibili, facile expendenda, aliisve miscenda, non ita solet aut potest conservari. Et hanc sententiam post Donellum *lib.* 9. *comment. jur. civil. cap.* 14. Manticam *de tacit. & ambig. lib.* 22. *tit.* 28. *num.* 56. & *seqq.* Tuldenum *ad tit. C. de emphyteusi num.* 8. Corasium *ad l.* 3. *C. de emphyteusi num.* 9. Bronchorst *cent.* 1. *assert.* 80. tuetur Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 2.

26. Sive autem denunciatio necessaria sit sive non, illud sane inter plerosque constat, per donatarium, legatarium, heredem, imo & emptorem, qui ab emphyteuta, liberam habente alienandi potestatem ex

speciali pacto constitutioni emphyteusios apposito, comparavit emphyteusin, præstandam esse, in dominii directi agnitionem, quinquagesimam pretii aut æstimationis partem: dum enim in *d. l.* 3. *C. de jure emphyteut.* pretii vel *æstimationis* mentio est, probabile, pretium ad emtionem, æstimationem ad donationem, legatum, permutationem, & alia, pretium proprie non recipientia, debere referri, Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 23. *num.* 2. 3. Corasius *ad d. l.* 3. *C. de emphyteusi n.* 9. Vinnius *d. lib.* 2. *quæst. select. cap.* 2. Et sane, cum omnibus his in casibus emphyteuta novus subintret in locum prioris, æquum fuerit, ut is, in quem emphyteusis alienata est, non autem alienans, quinquagesimam aut aliam, pro vario usu, pretii partem domino exsolvat, atque ita directum agnoscat rei dominum; ne videatur pleno velle jure fundum possidere: qualis præstatio *laudimiorum* aut *laudemiorum* venit appellatione; ac apud nos in Hollandia loco quinquagesimæ partis ex pretio, in duplicati canonis solutione plerumque consistit; Jul. Clarus *d. quæst.* 23. *num.* 4. Corasius *d. loco*. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 12. Mollerus *lib.* 4. *semestrium cap.* 4. *in pr.* Carpzovius *defin. part.* 2. *constit.* 39. *defin.* 13. 33. parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 3. *Instit. de locatione n.* 6. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *n.* 5. Groenevvegen *ad l. ult. C. de jure emphyteut. in fine*.

27. Habet vero hæc laudemiorum præstatio etiam tunc locum, cum emphyteuta suam emphyteusin rursus alteri in emphyteusin concessit (qualis concessio in jure feudali *per libellum* aut *libellario nomine* facta dicitur, & *contractus libellarius* ab interpretibus appellatur) si secundus emphyteuta suam deinceps emphyteusin vendat: eoque casu magis est, ut non emphyteutæ primo, sed primo domino directo cedere debeat, quicquid ab emtore velut laudativum solvi debuit in domini directi agnitionem: nam & primo domino directo denunciatio facienda fuit; ut, si velit, jus suum protimeseos exerceat, sibique eodem pretio rem habeat emtam; ne alioquin emphyteuta plus juris transtulisse videretur in emphyteutam secundum, quam ipse habet, idque cum domini directi, laudemiis ita fraudandi, damno. Vide Jul. Clarum §. *emphyteusi quæst.* 20. *& ibi in notis*.

28. Si tamen venditor in emphyteusios venditione dissimulaverit laudimiorum onus, æquum fuerit, emtori adversus venditorem regressum dari in id, quod eo nomine domino præstare obligatus fuit; cum videatur illud onus latentibus rerum venditarum vitiis accensendum, ob quæ quanti minoris actio ex ædilitio edicto comparata est; ac probabile sit, emtorem, si illud onus scivisset, tanto minorem pretii nomine quantitatem fuisse oblaturum, arg. *l. quotiens* 61. *ff. de ædilit. edict.* Carpzovius *d. part.* 2. *constit.* 39. *defin.* 33. *in fine*.

29. Quod si in prima emphyteusios constitutione id actum sit, ut pœna debeatur, laudemiis ob alienationem intra certum temporis spatium non solutis, emtores quidem similesque id ipsum scientes & solutionem consulto negligentes in pœnam incidere, expeditum est: ignorantibus tamen, quibus fundus ut liber distractus donatusve fuit, & ob id in laudimiorum solutione cessantibus, venia danda, si comperto errore præstare ea parati sint; neque enim facti ignorantia probabilis, quæ & prudentissimos fallere potest, cuiquam nocet, *l.* 2. 6. 8. 9. *ff. de juris & fact. ignorant.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 16.

30. De eo dubitatum fuit, si laudimium pro rata pretii solvendum sit, emphyteuta vero, cum annuum reditum emphyteusi imposuisset, emphyteusin cum illo annui reditus onere divendat, an pretio promisso accenseri debeat sors annui reditus, qui manet impositus, ut ita laudimium majus præstetur? affirmandum id merito censuit Argentræus *ad consuetud. Britann. art.* 61. *not.* 1. *num.* 6. 7. Anton. Matthæus *d. tract. de auctionibus lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 12. 13. cum eo ipso, quo emptor tale onus suscepit, etiam majus pretium videatur solvisse. Cui accedit, quod supra dictum fuit, emphyteutam posse onus rei imponere, ut sibi, non ut domino directo noceat; cui tamen nociturus esset, si ob impositum reditum annuum minoris distracta emphyteusi, non quinquagesimam veri pretii, sed minimæ sæpe partis (dum annuus reditus gravis est) toties penderet emtor, quoties identidem cum illo onere emphyteusis distrahitur. Ex quo etiam conficitur, iniquum non esse, quod ejusdem reditus nomine sic sæpius domino directo laudimium solveretur; neque enim reditus consideratur tunc qua talis, sed magis sors ejus, tanquam justi pretii pars. Ut ergo absurdum non est, pro repetita sæpius alienatione quinquagesimam sæpius solvi pretii partem; ita non injustum, pendi quoque pro ratione reditus impositi laudimium, quia sine adjecta reditus annui impositi sorte justum & proportionatum emphyteusi distractæ pretium non posset videri constitutum, parumque adeo interesset, utrum pro reditus ipsius prima impositione laudimium domino pro more regionis exsolutum fuerit, nec ne; uti pro irredimibili reditu illud deberi, non item pro redimibili, Ant. Matthæus *d. loco* observat ex Argentræo *ad consuetud. Britann. art.* 16. *not.* 1. *num.* 6.

31. Quia vero pro alienationum numero laudemia totidem quoque solvi necesse est; casu nonnulli non satis expediti sunt. Quid enim, si cum pacto de retrovendendo prædium exphyteuticarium distractum fuerit, ac redemtio deinceps vi pacti sequatur? Laudemium quidem pro prima deberi venditione, minus dubium esse potest, eo quod inficias iri nequit, quin talis venditio perfecta & pura sit, & accedente traditione dominium a venditore recedens in emtorem transferatur, adeoque vera sit alienatio, quæ laudemii obligationem inducit, seu ejus præstandi causa est, Ant. Thesaurus *decis. Pedemont.* 75. Tyraquellus *de retractu convention.* §. 6. *n.* 19. 22. Dan. Morellus *semestr. lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 1. Zoesius *ad Pand. tit. locati num.* 99. *in fine*. Sed pro redemtione postmodum interveniente non esse rursus alterum laudimium exsolvendum, pluribus arrisit, quia tunc res emphyteutica magis reddita, quam noviter acquisita videtur, ac retrovenditio facta ex necessitate, & in executionem pacti primæ venditioni adjecti; cui cum dominus semel assensum præbuerit, de novo consensu ejus opus non est, Tyraquellus *d. loco*, Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *n.* 36. Mollerus *d. loco n.* 2. 3. Quorum tamen opinioni vix est, ut acquiescas: etsi enim demus, rem magis redditam quam de novo acquisitam esse, in executionem pacti adjecti, ac in illud dominum jam tum pri-

mæ venditionis tempore consensisse, vicissim tamen & nobis dandum puto, redditionem illam ex nova profluxisse causa, nova scilicet venditione, quæ, licet ex precedente pacto fiat, a prima tamen venditione etiam ante redemtionem perfecta, & dominii translationem operata, diversa prorsus est; nec quemquam negaturum existimem, quin nova alienatio ac duplicata dominii translatio appareat; altera, qua res a venditore primo in emtorem transiit, altera, qua primus emtor mutata quasi scena venditoris partes obtinet, & in redimentem jus illud transfert, quod ipse prius sibi plenissime paraverat. Alioquin enim, si nudam diceres fieri venditionis prioris resolutionem, & omnia sic consideranda esse, ac si res ab initio mansisset inemta; futurum esset, ut ne semel quidem laudemia deberentur, quasi deficiente in universum alienatione. Cum ergo re ipsa duplex alienatio sit, ac cujusque intuitu dominus directus agnoscendus veniat, non potest non ad duplicis quoque agnitionis signum, id est duplex laudemium, jus domino directo videri quæsitum. Quibus accedit, quod in id omnes consentiunt, venditorem primum citra speciale pactum de retrovendendo redimentem, teneri rursus laudemium exsolvere, Pinellus *d. loco n.* 56. quo posito, non animadverto, cur pactum tale primæ venditioni additum, conditionem domini deteriorem redderet, aut jus duplicis perceptionis diminutum; cum pacto tali nulla duplici alienationi mutatio accedat, adeoque nec duplicis laudimii causa tollatur; sed id unum agatur, ut alienatio secunda certior expeditiorque sit, & ad eam faciendam emtor invitus cogi possit, qui, pacto omisso, voluntate arbitrioque suo fuisset distracturus. Nec consensus domini in pactum illud de retrovendendo primæ venditioni adjectum impedimento est duplici laudimiorum solutioni: nam quamvis uno actu consensus in venditionem redemtionemque interponatur, quia tamen in duas alienationes diversis temporibus faciendas conceptus est, tot separatæ considerari debent domini directi comprobationes, quot alienationes distinctæ sunt, ad quas consensus relationem habet; eo modo, quo tot stipulationes separatæ intelligentur, quot sunt in stipulatum deductæ res, etiamsi una fuerint verborum conceptione comprehensæ, §. *quotiens* 18. *Instit. de inutil. stipulat.* Et si a feudis hic argumentari libuerit, cui, obsecro, isthoc in jure versato ignotum est, posse dominum directum actu uno assentire vasallo non institutionem tantum, sed & substitutionem fideicommissariam facienti; neque tamen dubium, quin laudimia aliaque similia tributa toties exsolvenda veniant, quoties feudi possessor mutatur; utcumque uno consensus instrumento institutiones pariter substitutionesque, quorum necdum extiterat dies aut conditio, firmatas constet. Hanc de laudemio duplici ob redemtionem præstando sententiam defenderunt olim Baldus aliique, ut videre est apud Tyraquellum *de retract. convention.* §. 6. *gloss.* 2. *n.* 7. *& Seqq.* Sim. van Leeuwen *censura forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 14.

32. Quid in retractu gentilitio, in redhibitione ob morbum vitiumve, in addictione in diem legeque commissoria juris sit circa laudemiorum simplicem aut duplicatam præstationem vel restitutionem, ad *tit. de lege commissoria*, & *de adilit. edicto* dicetur.

33. Quod si emtori emphyteusios post solutum laudemium controversia de emphyteusi per tertium moveatur, ac ab ea deinde discedatur transigendo, laudimia domino directe præstanda iterato non sunt. Sive enim emtor pecuniam adversario dederit, ut is a lite desistat, atque ita penes emtorem res emphyteutica remanserit, nulla videri potest alienatio facta; sed tantum confirmata penitus ei, in quem ex præcedente causa habili cum dominii directi agnitione, per laudemii solutionem facta, jus emphyteusios translatum fuerat, Tyraquellus *de retract. gentilit. gloss.* 14. *num.* 63. Chassanæus *ad consuet. Burgund. rubric.* 11, *des censes* §. 1. in verbo, *retenue*, *fere in fine*, vers. *adverte*, Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 15. Sive ex adverso actori cesserit emtor, &, accepto aliquo transactionis causa, possessionem in eum transtulerit, ex ratione dominii utilis, seu juris emphyteuticarii alienationem contigisse, dici nequit; ne alioquin paratam concordiæ litibusque sopiendis viam præcludamus, duram adeo atque severam veris emphyteutis legem imponendo, ut vel ex pervicaci possessoris injusti contumacia graviores litis molestias sumtusque ad definitivam usque sententiam subire necesse habeant; vel modico ad vexam redimendam & possessionem ab iniquo possessore recuperandam soluto, quasi novi emtores obnoxii efficiantur laudemiorum præstationi. Quæ etsi Ant. Matthæus *d. loco* tum demum admittat, cum perspicua & plana prorsus est causa ejus, qui transactione interveniente possessionem recuperat, ad eumque casum restringat generaliora Chopini & Argentræi ibidem allegati asserta; idem tamen & in casu, quo dubium penitus incertumque actoris ac rei transigentis jus est, statuendum puto. Cum enim laudimium pro alienatione debeatur, quo, obsecro, colore alienatum dici potest, quamdiu non constat, utri ante transactionem vere competierit emphyteusios jus. Nec juvat dissidentium sententiam, quod alienationis appellatione transactio quoque comprehensa invenitur in *l. non solum* 4. *C. de prædiis & aliis reb. minor.* Etenim id ita, si de prædiis minoris quæstio sit, quæ ne temere aut fraudulenter a tutoribus in pupillorum necem in alios transirent, non ad venditiones tantum aliasque alienationes proprie dictas decretum magistratus ex oratione Imp. Severi accedere debuit, sed & ad ea, quæ non nisi improprie & latiori sensu alienationis veniebant appellatione, inter quæ procul dubio est & de lite dubia transactio. Qua ratione etiam servitutum prædialium concessio aut remissio inter alienationes in præjudicium minorum non sine decreto permissas numeratur, *l. sed si pecunia* 3. §. *nec ususfructus* 5. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, sine decreto non alienand.* neque tamen ideo pro prædialis servitutis impositione vel remissione laudemii prætendi jus domino directo natum esse, manifestum est, Argentræus *tract. de laudemiis* §. 30. Si tamen manifesta collatione id agant litigantes, ut dominum suo laudemiorum jure defraudent, tanta quantitate transactionis nomine data, quanta emphyteusios litigiosæ pretium posset conficere, nulli dubium erit, quin laudemia solvenda sint, dum plus valere debet quod agitur, quam quod in necem alterius simulate concipitur, *tit. C. plus valere quod agitur &c.* Idemque erit, si dominus directus, in ta-

l. Celsus 23. §. *ult.* junct. *l.* 24. *ff. de receptis.* Et sane, si sola oblatio moram jam ante commissam purget, *l. si servum* 91. §. *sequitur* 3. *ff. de verbor. obligat. l. qui decem* 72. *ff. de solution. l. interdum* 73. §. *ult. ff. de verbor. obligat.* quid ni longe magis impediat, ne ab initio videatur debitor in mora esse, Ant. Faber *Cod. l.* 4. *tit.* 43. *defin.* 22. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *n.* 10. Nec obloquitur Imp. *in l.* 2. *C. de jure emphyt.* Quamvis enim dicat, emphyteutam pecunias offerentem, iisdem non acceptatis, ac ob id consignatis & secundum legem depositis, minime dejectionis timere periculum; non tamen ad exclusionem nudæ oblationis, sed quia per depositionem indubitata securitas emphyteutæ parata erat. De cetero solam quoque oblationem sufficere, lex illa non negat, & generalia aliarum legum fundamenta evincunt: sic ut ob id frustra dissentiat Corasius *ad d. l.* 2. *C. de emphyt. num. ult.* Nuda tamen non potest sufficere compensatio, quæ ipso jure contingit, dum emphyteutæ ad canonem obligato vicissim dominus directus pecuniam ex alia liquida causa debet; eo quod agnitio directi dominii, & conservatio memoriæ domini directi præcipua canonis solvendi ratio est; eamque ipso jure citra factum emphyteutæ intervenisse dici nequit; adeoque, cum obligatio emphyteutæ non tantum ad debiti pecuniarii præstationem, sed & ad facti implementum pertineat, dominii scilicet agnitionem, consequens est, idoneos deesse terminos compensationis, sola quantitatum seu rerum fungibilium, non item factorum, debita perimentis. Plane si emphyteuta compensationem domino obtulerit solutionis loco, oblatione tali satis dominum directum videtur agnovisse, Zoesius *ad Pand. tit. locati n.* 80. 81. Simili ratione, etsi regulariter non ipse tantum debitor, sed & alius quilibet pro eo vel jubente, vel ignorante, vel invito, solvere possit, ut liberatio contingat, *pr. Instit. quib. mod. tollitur obligat. l. solvere* 53. *ff. de solution.* non aliter tamen hic emphyteuta a caducitatis pœna liber erit, quam si vel ipse solverit, vel alius ex mandato ejus. Cum enim dominii directi agnitio voluntatis & animi sit; non recte dixeris, agnitum esse ullo modo dominum directum ab emphyteuta, pro quo ignorante aut repugnante canon ab alio solutus est, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 15. Quin imo quamvis in diem debita ante diem creditori etiam invito exsolvi queant, dum dies plerumque in gratiam debitoris adjici consuevit, qui proinde juri pro se introducto recte renunciat, *l. quod certa die* 70. *ff. de solution. l. cum tempus* 17. *ff. de reg. juris*, *l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *ff. de verb. obligat.* vix tamen est, ut emphyteutæ permittatur annorum plurium futurum canonem in antecessum domino directo invito obtrudere: quippe cujus interest, singulis magis annis, aut saltem intra unumquodque triennium, canonis solutionem fieri; ne interrupta longiore tempore præstatio induceret forte dominii directi & emphyteusios oblivionem, & emphyteuta aut saltem successores ejus rem teneant ut pleno jure ad se pertinentem: sic ut dies hic potius in creditoris quam debitoris gratiam censeatur appositus, Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 12. *n.* 2. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 18. *n.* 12.

40. Ceterum mora in solvendo canone per abbatem commissa, aut per œconomum, monasterio vel ecclesiæ nocet, cui emphyteusis concessa fuerat; sic ut tantum adversus œconomum ecclesia regressum habeat, Molinæus *ad consuet. Paris. tit.* 1. *fiefs.* §. 43. *gloss.* 1. in verb. *qui denie le fo fief. num.* 63. 73. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 38. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 172. vers. *Waibelangt.* Nec minus mariti mora in canone solvendo ex prædio uxoris emphyteuticario, uxori damnosa est, non in Hollandia tantum, ubi amplissima mariti in res uxorias potestas est, sed & Ultrajecti, si forte maritus improlis, qui immobilia uxoris illic alienare sine uxoris consensu non potest, hanc moram commiserit, cum hæc alienatio non veniat nisi ex consequentia actus, & mala administratione mariti: sic ut nec restitutione uxor adversus hanc læsionem videatur juvanda, Rodenburc *de jure conjug. parte priore tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 13. *pag.* 227. post Louet *en ses. arrests lit. F. arrest.* 15. ibiq. Brodeau.

41. Posita autem caducitate emphyteusios ob moram triennii, dubitatum, an emphyteuta fructus anni quarti, ante declaratam domini directi voluntatem de emphyteusi avocanda perceptos, restituere teneatur? Non teneri, suadet invicta juris ratio: fructus enim rei cujusque domino acquiri, præsertim si & rei suæ possessionem habeat, certum est, *l. qui scit.* 25. *de usuris*, arg. *l. bona fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin.* §. *item ea* 19. *Instit. de rer. divis.* retinet autem emphyteuta dominium tamdiu, donec dominus directus voluntatem declaraverit de utendo jure commissi adversus ipsum in mora solvendi hærentem, *l.* 2. *C. de jure emphyteutico.* Neque in contrarium faciunt desumta a rerum possessoribus ac fructuariis argumenta, qui finito usufructu, vel mala fide superveniente, mox desinunt suos facere fructus rerum fructuariarum aut ab initio bona fide possessarum, *l. qui bon. fide* 33. §. *tamdiu* 1. *l. bona fidei* 48. §. *in contrarium* 1. *ff. de acquir. rer. domin. l. si fundum* 17. *C. de rei vindicat. l. si pater* 5. *C. de usufructu & habit.* cum diversa plane fructuarii vel malæ fidei possessoris, quam veri domini, circa fructuum acquisitionem ratio sit, quia emphyteuta dominio non excidit ante factam a domino voluntatis declarationem, *d. l.* 2. *C. de emphyt.* Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 94. Molinæus *ad consuet. Paris. tit.* 1. *des fiefs* 43. *gloss.* 1. in verb. *qui denie le fief. num.* 34. 35. 49. Perezius *ad lit. C. de jure emphyteut. num. accedit quod* 15. Berlichius *conclus. pract. par.* 2. *conclus.* 46. *n.* 48. *& seqq.* Minsingerus *cent.* 6. *observ.* 83. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 12.

42. Cessat caducitatis, seu commissi poena, si dominus directus eam remiserat. Remissio vel expresse fit, quod expeditum; vel tacite, veluti si dominus post lapsum triennii sciens receperit vel exegerit canonem anni quarti, cum ita non possit non videri continuare emphyteutæ jus emphyteuticum, dum canon sine emphyteusi esse nequit, nec vicissim caducitatis declaratio consistere simul canonis exactione, arg. *l. Celsus ait* 23. *pr. ff. de receptis qui arbitr. recep. l. post diem* 7. *ff. de lege commissoria.* Eoque facit, quod res in commissum cadit eam præcipue ob causam, quod dominus, qui canonis solutione agnosci debuerat, ex mora tali spretus ac injuria affectus est; injuria autem dissimulatione abo-

letur, §. *ult. Instit. de injuriis*, *l. non solum* 11. §. *injuriarum* 1. *ff. de injuriis*, Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 10. *num* 1. Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 99. Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. quæst.* 10. *in med.* Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *tit.* 43. *defin.* 16. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 6. & 7. Menochius *de præsumtion. libr.* 5. *præs.* 112. *num.* 19. 20. 21. Neque his contrarium est, quod supra traditum, non videri repetitam emphyteusin, si dominus directus finito tempore, ad quod ea concessa fuerat, anni sequentis canonem receperit. Etenim peribat eo casu emphyteusis ex conventione, ac apparebat ex prima concessione voluntas domini, finem emphyteusi post tempus adjectum imponentis. At hic per modum pœnæ emphyteusis extinguitur, qualis poena, tanquam odiosa, facile remissa præsumitur; ac præterea necdum erat hic manifesta voluntas domini de emphyteusi finienda, sed adhuc declaranda erat: atque adeo illic jam finita erat per lapsum temporis, ideoque difficilius redintegranda: hic demum per declarationem domini finienda erat, ac propterea facilius continuatio ejus videbatur admittenda. Adde Fachineum *d. lib.* 1. *controversiar. cap.* 84. *in fine.*

43. Quod si nil præter triennii ipsius præteriti canonem anno quarto dominus directus acceperit, si quidem nulla caducitatis mentione habita, aut reservato per protestationem commissi jure, magis est, ut & tunc remissa censeri debeat commissi poena, & emphyteusis ob non declaratam in contrarium domini directi voluntatem continuata. Sed si prius caducitatem sibi placere declaraverit, tum deinde triennii præterlapsi canonem exigat, emphyteusin semel vi declaratæ voluntatis ademtam, renovasse eo modo credendus non est, præsertim, cum nulla pugna intercedat inter jus commissi in futurum, & exactionem canonis ratione temporis illius, quo emphyteusis duravit, fructusque jure utilis dominii per emphyteutam percepti sunt, *novell.* 120. *cap. si vero quis* 8. Aug. Barbosa *Collect. Cod. ad l.* 2. *de jure emphyteut. n.* 22. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 112. *n.* 18. Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 10. *n.* 2. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 31. Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 3. Christinæus ad Bugnon *de legib. abrog. lib.* 1. *satyr.* 224. Nec est, ut cum Fachineo *lib.* 1. *contr. cap.* 99. *in med.* quis existimet, in emphyteusi seculari exactionem aut acceptationem canonis triennii præteriti omni in casu ac sine distinctione involvere caducitatis remissionem, neque simul commissi poenam & triennalis canonis exactionem posse consistere; cum contrarium evidenter patescat ex *d. nov.* 120. *cap.* 8. & frustra excipiatur, illic de sola agi emphyteusi ecclesiastica, in eaque id singulare esse, quia jus quæsitum ex caducitate prælatus remittere non debet in præjudicium ipsius ecclesiæ, ut ait Fachineus *d. loco.* Etsi enim emphyteusis ecclesiasticæ mentio fiat in *d. nov.* non tamen ad exclusionem ejus quæ secularis est. Ecclesiasticæ mentio est, quia Justiniani tempore frequentata magis erat; de cetero eadem in seculari ratio est, ac proinde idem quoque jus. Quod enim obtenditur singularis ratio emphyteusios ecclesiasticæ, quia prælatus non potest remittere caducitatis jus in ecclesiæ præjudicium, gratis assumitur, ac liquido falsum est, cum magis ex voluntate præpositorum id dependere dicat *novell.* 7. *cap.* 3. §. 2. vers. & *volentibus præpositis sacrarum domuum licebit prædia aut domos &c.* & manifestius in *nov.* 120. *cap.* 8. ubi licentia datur venerabili domui ejicere de emphyteusi; si vero noluerint expellere emphyteutam, emphyteuta rem ad tempus definitum retinere dicitur, &, quæ placita sunt, dare.

44. Tacite insuper remissa censeri debet caducitatis pœna, si pœna pecuniaria, aut alia, in conventionem deducta sit tempore constitutæ emphyteusios, in casum canonis suo tempore non soluti. Tollit enim provisio hominis provisionem legis, quoties provisio legis tantum facta est in subsidium, seu defunctum provisionis hominis, arg. *l. ult. C. de pactis conventis*. Vide Aug. Barbosam *axiomat. juris usufrequent.* 195. verbo, *provisio.* Pœnam autem caducitatis demum tunc locum habere, cum alia conventio interposita non est, apparet ex *l.* 2. *C. de jure emphyteut.* ubi, cum in principio sancitum fuisset, pactiones in emphyteuticis instrumentis conscriptas, etiam in casum solitarum pensionum non præstitarum, debere servari, subjungitur: *sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit, neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a prædiis emphyteuticariis repellere.* Eodem modo, quo & pœna amissionis, ob venditionem emphyteusios sine denunciatione factam, tum demum obtinet, cum nulla pactio de alienatione concepta est, juxta *l.* 3. *d. tit. C. de jure emphyt.* Neque adversatur hisce, quod stipulationes pœnales non adjiciuntur, obligatio fiat infirmior, sed ut firmetur; quodque per subjunctam pœnæ stipulationem nulla prioris obligationis novatio inducitur, *l. prædia* 28. *ff. de act. emti*, *l. apud. Celsum* 4. §. *Labeo ait* 7. *ff. de doli mali & met. except. l. pacto convento* 15. & 16. *ff. de transaction. l. rescriptum* 10. §. 1. *ff. de pactis*. Quo moti plurimi contrariam sententiam amplexi sunt, inter quos Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 8. *num.* 12. Zoesius *ad Pand. tit. locati num.* 85. Perezius *ad tit. C. de jure emphyteut. num. quare improbanda* 25. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 22. *num.* 14. Etenim etsi per pœnæ stipulationem non fiat novatio obligationis principalis, sed ex ea nihilominus supersit agendi potestas, tamen id non impedit, quo minus per posteriorem pœnæ stipulationem tollatur obligatio ad pœnam priorem, quæ vel ex lege vel ex conventione fuerat constituta principalis negotii firmandi causa. Ne dicam, nullam hoc casu novationem esse, quippe quæ aliud debitum antecedens requirit, *l.* 1. *pr.* & §. 1. *ff. de novation.* at vero obligatio ad pœnam caducitatis ne nata quidem unquam fuit, sed demum fuisset nascitura, si nulla pactione pœnali in canonis non soluti eventum fuisset provisum. Ut proinde non tam nova subintret pœnæ obligatio in locum prioris, ex lege debitæ, quam potius per pœnæ conventionalis constitutionem impediatur nativitas obligationis ad pœnam legalem.

45. Quia vero declaratio domini directi requiritur ad id, ut exerceat adversus emphyteutam moratorem jus commissi, *l.* 2. *C. de jure emphyteut.* verbo, *volenti ei*, consequens hinc est, ut, si dominus directus ipse rem non avocaverit ab emphyteuta ob moram in solutione canonis admissam, nec

heres ejus id ipsum possit, si heredis intuitu nulla mora facta sit. Præterquam enim quod pœna commissi est vindicta injuriæ domino illata, qui spretus ac contemtui habitus videtur eo ipso, quod non fuit agnitus oblata tempestive canonis solutione, qualis injuriæ persecutio nec in heredem competit, nec datur heredi, §. 1. *Instit. de perpet. & temporal. action.* atque etiam concessio in emphyteusin quædam donationis & liberalitatis species est, cujus revocatio ob atrocem injuriam donanti a donatario illatam in primis tantum personis consistit, nec heredi donantis, nec in donatarii heredem tributa, *l. his solis* 7. *post med. l. ult. in fine Cod. de revocand. donationibus*, certum insuper est, ea, quæ voluntatem alicujus, seu voluntatis declarationem, desiderant (quod & hic desideratur) evanescere morte ejus ante voluntatis manifestationem contingente, arg. *l. si ita expressum* 69. *ff. de condit. & demonstrat. l. si ita legatum* 65. §. *illi* 1. *ff. de legatis* 1. Sed & ex iisdem fontibus ab injuriæ actione ac donationis revocatione petitis profluit, heredi moratoris litem ex mora defuncti non esse movendam ad exercendum commissi jus, si heres ipse in mora non sit, Mysingerus *cent.* 3. *observ.* 97. Perezius *ad tit. Cod. de jure emphyteut. numer. accedit quod* 15. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 38. *defin.* 9. Wassenaar *Pract. judic. cap.* 2. *num.* 19. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 5. *in fine*, dissent. Zoesius *ad tit. ff. locati num.* 92.

46. Præterea inter modos, quibus emphyteuta jure suo emphyteuseos cadere, aut saltem exui potest, numerata quoque insignis deterioratio, corruptio & abusus enormior rei in emphyteusin datæ, dum arbores frugiferæ exscinduntur, aliis haud repositis, terra paludosa effoditur, aliudve simile detrimentum notabile infertur, scienter dolo malo, aut culpa lata. Quod quidem in ecclesiastica extra dubitationem positum est, *d. novell.* 120. *cap.* 8. *auth. qui rem C. de sacrosanct. eccles.* sed tamen ad secularem idem quoque non male produxeris; præsertim si emphyteuta, spreta domini directi prohibitione, contumaciter perseveret: non ea quidem ratione, quod & conductor, si male utatur re conducta, expelli ante tempus possit, *l. ædo quam* 3. *C. de locato*. Vix enim est, ut a conductore jura debiliora habente, & pensionem fructibus convenientem retinente post expulsionem, argumentum procedat ad emphyteutam, jure fortiori dominii utilis, & nata inde in rem actione, munitum, quin & graviorem ex ademptione læsionem subiturum, ut mox plenius dicam. Sed potius, quod ex contextu *d. nov.* 120. *cap.* 8. non appareat, jus illud expellendi emphyteutam ob deteriorationem in ecclesiastica emphyteusi singulare esse, aut peculiariter ob favorem piæ causæ introductum; sed (ut & ante observatum) ecclesiasticæ emphyteuseos mentio passim in novellis fiat, quia Justiniani tempore frequentius pia loca, quam privati, solebant in emphyteusin dare, & oborientes de hisce dubitationes constitutionibus Justinianeis præcipue caussam præbebant: ut proinde, eadem ratione militante in emphyteusi seculari, quæ est in ecclesiastica, idem quoque jus admittendum sit. Quibus non obest, quod fructuarius ob solum rei fructuariæ abusum ante tempus regulariter expelli nequeat, ut latius dicam *tit. quib. mod. ususfr. amitt. num.* 5. Cum enim proprietario regulariter per cautionem fructuariam adversus omnem corruptionem & deteriorationem abunde provisum sit, necesse haud fuit, amissionis pœnam corruptioni rerum fructuariarum proponere: at nulla talis cautio per emphyteutam interponenda fuit; cui consequens erat, ut amissionis metu absterreretur emphyteuta ab emphyteuseos deterioratione, dum cautionis remedio, ad diligentiam in emphyteusi conservanda adhibendam non poterat moveri. Et hanc opinionem, aliis licet argumentis inducti, tuentur Pinellus *ad l.* 1. *Cod. de bonis maternis part.* 2. *num.* 60. *in med.* Christinaus *ad Leg. Mechlinienses tit.* 2. *art.* 18. *num.* 4. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 43. *defin.* 52. Zoesius *ad Pand. tit. locati num.* 110. Ant. Matth. *de obligation. disp.* 22. *n.* 18. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 165. Wassenaar *pract. jud. cap.* 2. *n.* 18. 20. & vulgo DD.

47. Præscriptione denique extingui potest emphyteuseos jus, dum vel dominus directus definito per leges aut municipalia jura tempore directi & utilis adeoque pleni dominii jure possedit; vel emphyteuta domino directo jus emphyteuseos denegavit, a domino interpellatus, aut rem ut liberam & pleno jure suam transtulit in alium, & ex tempore translationis vel abnegati juris emphyteutici præterierit præscriptioni implendæ sufficiens spatium. Nam si tantum illo tempore (veluti apud nos triente seculi) simpliciter cessasset emphyteuta in canonis solutione, nec sibi de cetero plenum actu aliquo arrogasset dominium, liberari quidem posset per præscriptionem a canonis præstatione respectu annorum tertiam seculi partem excedentium, sed plenum dominium acquisivisse, cum non suo sed alieno nomine rem emphyteuticam tenuerit, dici nequit, arg. *l.* 2. junct. *l. cum notissimi* 7. §. *ult. Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Ant. Thesaurus *decis.* 179. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 39. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 40. *n.* 24. *& seqq.* Ant. Matth. *parœm. Belgar. JCtor.* 9. *num.* 12. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *const.* 3. *defin.* 17. & *const.* 38. *defin.* 13. Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 16. *num.* 23.

48. Porro, ob ingratitudinem ab emphyteuta in dominum directum commissam emphyteusis revocari nequit; nec ob id, quod dominus directus re emphyteuticaria indigeat ex inopinata causa ad proprios usus: cum id neutro de casu uspiam cautum sit, nec juris analogia id suadeat, nec procedat argumentum a locatione ex *l. ædo quam* 3. *C. de locato* ad emphyteusin; quippe quæ magis donationi quam locationi hac in parte assimilanda est, licet non sit simplex donatio. Atque ita difficultatibus in utraque hac quæstione facile occurritur. Scilicet donatio simplex non est, & ideo revocari nequit ob ingratitudinem, cum revocatio talis in solis simplicibus donationibus, non quibusvis liberalitatis speciebus, locum habeat. Rursus ad donationem magis quam locationem hac in parte accedit, dum canonis modici solutione defungi potest emphyteuta, majorem sperans fructuum annuorum proventum canoni debito non respondentem, & ideo revocari nequit, ubi ipse dominus incipit re ad proprios usus indigere.

49. Sed nec ob inficiationem juris emphyteutici,

dum se emphyteutam esse negat, jure suo privandus est; cum nuspiam talis emphyteutæ proposita inveniatur inficiationis pœna, ideoque regulæ locus esse debeat, dictanti *neminem ex his, qui negant se debere, prohiberi etiam alia defensione uti, nisi lex impediat*, *l. nemo* 43. *ff. de reg. juris*. Adeo ut ne possessione quidem emphyteusios ob talem inficiationem, licet dolo factam, videatur spoliandus, eaque in dominum directum transferenda, uti sine fundamento statuit Zoesius ad *Pand. tit. locati num.* 112. post Manticam *de tacitis & ambig. convent. lib.* 22. *tit.* 31. Neque enim illud probatur per *l. ult. ff. de rei vind.* aut *per novel.* 18. *cap. illud quoque* 10. cum neutro textu generaliter inficiationis pœna dicatur esse possessionis amissio. Etenim in *l. ult.* solummodo spoliandus est possessor sua possessione, si se possidere neget, rei vindicatione conventus, neutiquam, si alia ratione mendacii convincatur; nec mirum ei id adimi, quo se sua propria exuit professione. Add. *tit. de rei vind. num.* 25. In novella vero decima octava *cap.* 10. de iis agitur, qui, cum pignorum possessores essent, ac a creditoribus hypothecariis convenirentur, negant rem ejus esse, cujus actor eam esse asseverat; quo probato, cum probata sit actoris intentio, jubentur possessionem in actorem transferre, nulla exceptione opponenda, se jure aliquo potiores esse; qui longe diversus a nostro casus est, ideoque, si lex ibi prohibeat alia defensione uti, in nostro tamen casu cum id non pateat, regulæ superiori standum est.

50. Finita emphyteusis ad dominum directum revertitur, sive a privato, sive a fisco res in emphytheusin data sit, etiamsi forte fiscus generaliter omnes reditus fiscales una mercede publicano elocasset, *non enim* (ut Ant. Matthæi verbis utar, *tract. de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 14.) *commissum tale reditus fiscalis est, sed obventio quædam ex contractu originem habens, cum proprietate consolidanda. Pensio quidem fisco quotannis præstanda ab emphyteutis & vasallis, est reditus fiscalis, sed commissum feudum vel emphyteusin nemo in reditu computat. Consolidatio illa est proprietatis & ususfructus; vel, ut DD. loquuntur, directi & utilis dominii, quam placuit fieri hac ratione, ne inutilis sit domino proprietas. Foret autem inutilis domino proprietas, vel potius interciperetur ei, si commissam emphyteusin interciperet conductor fiscalium redituum.* Ut tamen fructuum ex prædio emphyteutico commisso percipiendorum commodum conductori redituum fiscalium durante conductione assignandum omnino sit. *Etenim* (ut rursus ejusdem viri doctissimi verba mea faciam) *negari non potest, fructus, quos dominus singulis annis ex commisso percepturus erat, redituum quendam fiscalem esse. Unde, si reditus fiscales locaverit, ad conductorem hi fructus pertineant necesse est. Deinde, antequam committeretur emphyteusis, utique canon emphyteuticus ad conductorem pertinebat: æquum ergo, ut commissa emphyteusi pro canone fructus percipiat, ne delicto emphyteutæ fiat deterior conditio conductoris*. Vide plenius eundem, etiam dissentientium argumentis satisfacientem, *d. tract. de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 14. 15. 16.

51. Non tamen potest dominus directus emphyteusi finita emphyteutam propria expellere auctoritate, arg. *l. si cujus* 13. §. *sed si* 3. *ff. de usufructu & quemadmod. quis utat. l. non est singulis* 176. *ff. de R. J.* Eoque facit, quod & creditoribus hypothecariis, qui nominatim pacti sibi erant licentiam ingrediendi possessionem in casum pecuniæ non redditæ, non aliter quam auctoritate præsidis possessionem adipisci permissum fuit, *l. creditores* 3. *C. de pignor. & hypoth.* nec dotis possessionem soluto matrimonio apprehendere sine judicis competentis auctoritate possunt uxoris heredes, *l. dotis actione* 9. *Cod. soluto matrimon.* quodque dominii jure excidunt quicunque privata auctoritate res suas ab iniquis possessoribus, etiam furibus ac prædonibus, detentas rapere ausi fuerint, §. 1. *Instit. de vi bonor. raptor.* §. *recuperandæ* 6. *Instit. de interdictis*, *l. si quis in tantum* 7. *C. unde vi.* Ut proinde civiliter accipiendum sit, quod in *l.* 2. *Cod. de jure emphyteut.* dicitur, volenti domino directo licere emphyteutam a prædiis emphyteuticariis repellere; de ea scilicet repulsione, quæ secundum præcepta legum auctoritate publica interveniente fit, Fachineus *controvers. lib.* 1. *cap.* 95. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 2. Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 40. *num.* 30. Zoesius *ad tit. Pand. locati n.* 93. Perezius *ad tit. Cod. de emphyteusi num. hinc non existimo* 16. Groenewegen *ad l.* 2. *C. de emphyteusi*, & alii ibidem citati. Usque adeo autem judicis auctoritate opus est, ut & petitorio judicio agi oportere, nec possessorium admittendum esse, decisum fuerit; ut ita lis apud ordinarium judicem agitetur, quæ apud supremum ventilanda esset, si possessorio judicio licuisset experiri, ut argumentatur Coren *observ.* 5.

52. Impensas quod attinet & meliorationes ab emphyteuta emphyteusi durante facta, distinctione opus est. Aut enim secundum primam emphyteusios constitutæ legem melioratio facta est, aut ultra id, quod ex prima emphyteusios conventione impendendum ac in statum meliorem reducendum erat, alia utiliter erogata sunt. Priore casu sine ullo refusionis onere penes dominum directum eas remanere, rationis est, sive culpa emphyteutæ, sive sine culpa ejus, lapsu temporis, aut generationis defectu, emphyteusis extincta sit: cum eas ex conventione & natura rei emphyteuta fecerit, adeoque necessitate obligationis urgente; sic ut veluti canonis mercedisve pars esse videantur, canone scilicet viliore imposito, propter adjectam meliorationis conditionem, qua omissa potuisset justa merces in pactionem deduci, arg. *l. fundi partem* 79. *ff. de contrahen. emt. l. si venditor.* 6. §. 1. *in fine ff. de servit. export.* At casu posteriore deducere eas, emphyteusi finita, emphyteuta prohibendus non est, sive sine culpa ejus emphyteusis evanuerit, sive ob alienationem aut moram in solvendo canone commissam utili dominio emphyteuta ceciderit; cum nuspiam hæc culpæ pœna inveniatur proposita, sed magis ea, quæ in emphyteusios amissione consistit: neque æquum est, bis eum pœnam luere, rem amittendo simul & meliorationem, qui semel quidem deliquit rem alienando, canonemve non solvendo; sed impendendo in rem, cujus dominium utile impendii tempore habebat, nullius potuit videri culpæ reus. Qua ratione multis aliis in casibus receptum fuit, impendia repeti posse in rei meliorationem per eos facta, qui ex conventione non fuerant ad ea de-

vincti, ne contingeret, alium cum jactura alterius reddi locupletiorem: nam & colono ad meliorandum haud obligato repetitio data est, *l. dominus* 55. §. 1. & *l. penult. ff. locati cond.* Et commodatario ac creditori in rem commodatam aut pignus expendenti, *l. in rebus* 18. §. *possunt* 2. *ff. commodati*, *l. si necessarias* 8. *ff. de pignorat. act.* Vasallo quoque domum in prædio feudali ædificanti, secundum scriptas feudorum consuetudines, *lib.* 2. *feud. tit.* 28. vers. *si vasallus*, denique fructuario & fiduciario heredi impensas graviores in rem fideicommissariam aut fructuariam facienti, *l. domus* 53. *ff. de legatis* 1. *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars* 1. *ff. de condict. indeb. l. eum, ad quem* 7. *C. de usufr. & habit.* Quibus consequens est, ut dicamus, ea, quæ de meliorationibus haud repetendis in casu, quo per culpam jure suo emphyteuta ceciderit, traduntur *l.* 2. *Cod. de jure emphyteutico*, ad eas restringi debere, ad quas ex contractu emphyteusios emphyteuta devinctus erat, Fachineus *lib.* 1. *controvers. cap.* 92. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 45. Besoldus *delib. juris ad lib.* 6. *ff. h. t. qu.* 11. Zoesius *ad tit. Pand. locati num.* 114. Perezius *tit. C. de jure emphyteut. num. quibus verbis* 21. dissent. Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 6. & plures ibidem allegati.

53. In recuperandis autem meliorationum impensis videndum, utrum impensa gravior sit, quam melioratio, quæ inde provenit; an ex adverso melioratio major fuerit, quam quantum est id, quod vere impensum est; eodem modo, quo id in bonæ fidei possessore obtinere, supra *tit. de rei vindicat. num.* 36. probatum est; cum nulla inter emphyteutam & bonæ fidei possessorem ratio differentiæ hac in quæstione appareat. Adde Abrah. Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *c.* 2. *n.* 169. 170. 171. 172. 173.

54. Emphyteusios occasione, quæ de contractu censuali dici possent, tractanda magis in *lib.* 50. *tit. de censibus*. Et de libellario contractu, plura forte dicenda, ubi feudorum jura enarrabo.

LIBER SEPTIMUS.

TITULUS I.

De Usufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur.

SUMMARIA.

1. *Quid sit servitus in genere, & quotuplex; an detur servitus, qua persona servit rei?*
2. *Servitus personalis, ususfructus, usus & habitatio an in realem degenerare ex conventione possit?*
3. *Defenditur divisio ususfructus generaliter considerati in* causalem *&* formalem. *Quando ususfructus sit, vel non sit dominii pars? licet sit pars dominii, non tamen est pars fundi.*
4. *Quis sit in praxi usus hujus divisionis in causalem & formalem, maxime posito statuto, ne conjuges sibi invicem legent ultra bonorum usumfructum?*
5. *Constituitur ususfructus pure, in diem, sub conditione. Pendente die vel conditione, proprietarius usumfructum habet. Si quis alteri leget usumfructum in quinquennium, & eo lapso usumfructum, vel plenum rei dominium Titio cedere jubeat, quis usumfructum habet, fructuario maturius moriente? quis, si testator uni pure proprietatem, alteri usumfructum sub conditione, vel etiam inutiliter ac contra leges reliquerit?*
6. *Quibus in casibus acquiratur ususfructus ex legis dispositione?*
7. *Quomodo per præscriptionem, adjudicationem in judiciis divisoriis, conventionem, aut ultimam voluntatem?*
8. *Si Titio fundus legetur, Mævio ejusdem fundi ususfructus, quid Mævius sit habiturus jure Romano & moribus?*
9. *Non solus ususfructus, sed plena proprietas data creditur, si domus certa ad inhabitandum, fundus ad alimenta legetur, vel si fructuarius gravatus sit onere restituendi ex fideicommisso res fructuarias tertio.*
10. *Idem est, si legans usumfructum, addiderit prohibitionem alienationis, vel fructuario injunxerit, ut rei fructuariæ servitutem imponeret.*
11. *Idem, si ususfructus legetur cum libera alienandi potestate, quo casu ad dodrantem usque alienatio permissa est: secus, si tantum alienandi potestas in casu necessitatis vel indigentiæ adjecta sit. Si tamen non* ususfructus *sed* bona *legentur, & addatur prohibitio alienationis, vel licentia alienandi in casu necessitatis, proprietas cum onere fideicommissi legata videtur.*
12. *Quid juris sit secundum juris rigorem, & secundum æquitatem, si testator* Titium *in omnium suorum bonorum usufructu instituerit, vel legati titulo ei dederit, & adjecerit, se post Titii obitum instituere heredem Mævium?*
13. *Quid differat quantum ad effectus juris, utrum alicui nudus ususfructus intelligatur relictus, an vero proprietas cum onere fideicommissi?*
14. *In quibus rebus ususfructus constitui possit? etiam in sterilibus; etiam in feudalibus, adhibitis requisitis; etiam in omnibus bonis, modo nihil fiat in præjudicium legitimæ, aut falcidiæ, aut l.* 6. *C. de secund. nupt.*
15. *Quæ contineatur sub usufructu omnium bonorum, an & calendarii? an rerum demum post conditum testamentum quæsitarum? an rerum, quarum testator nudam habebat proprietatem, si post ejus obitum ususfructus prior demum ad proprietatem revertatur?*
16. *An, & quo usque id, quod ex memoriali tabellionis scriptura post ejus obitum redigi potest, si tabellio legaverit omnium usumfructum?*
17. *An ususfructus rei alicujus singularis, alteri*

simpliciter legata ante vel post legatum omnium bonorum usumfructum?

18. *An bonorum feudalium?*

19. *Non rerum per testatorem ex fideicommisso restituendarum extraneo, vel ipsi heredi instituto, nisi id nominatim testator voluerit. Quod tamen cum effectu velle nequit conjux, posito statuto, ne conjuges sibi invicem gratificentur ultra bonorum suorum usumfructum. Jus tamen plane singulare hac in parte obtinet Ultrajecti.*

20. *Constituto usufructu, proprietarius nihil agere regulariter potest in præjudicium fructuarii: an servitutem imponere rei fructuariæ? aut remittere eam, quæ prædio fructuario constituta est? jus tamen suum circa proprietatem exercere potest: quædam etiam facere, quæ fructuario nocent.*

21. *Qui habet usumfructum ædium, qualia commoda sentiat, an & stabulo in continenti posito & horto ædium causa parato uti possit? quid præterea facere vel non facere? an tollere ea, quæ non jure fecit, vel fructuarius vel proprietarius?*

22. *Recensentur plurima, ei cedentia, qui fundi vel horrei usumfructum habet: ubi & de cædenda arundine vel lignis ex sylva cædua; deque arboribus grandioribus ex sylva non cædua cadendis, de arboribus infrugiferis non extirpandis, ut frugiferæ reponantur, aliisque similibus.*

23. *De alluvione fundi fructuarii, & insula ante fundum fructuarium nata, deque reditu venationum, piscationum, aucupiorum, & in quo proprie hi reditus constiterint? & quo sensu in fructu sit venatio?*

24. *Quid juris circa fundi fructuarii metalla & lapides, metallifodinas jam apertas vel aperiendas, lapicidinas, in quibus lapides renascuntur, vel non? & an fructuarius fundo fructuario casam aut ædificium imponere possit?*

25. *Quantum cedat fructuario, cui reditus vitalitii usufructus competit? Quid juris in usufructu navis, vestis, jumenti?*

26. *Plenius enarratur, quid percipiat, quidve possit, qui usumfructum servi, jumenti aut pecoris habet, quibus ministeriis aut operis addicere? &c.*

27. *In usufructu castri vel territorii cum appendentiis, quid capiat fructuarius, an habeat jus patronatus, collationem bonorum, & an vis collationis per eum facta evanescat morte ejus? quid de mulctarum pœnarumque, census, canonis, laudimiorum, & aliis compendiis, bonis vacantibus, publicatis, bonis hominum adscriptitiorum seu talliabilium, ac ipsis prædiis talliabilibus, & emphyteuticariis ad dominum revertentibus?*

28. *Quando fructuarius fiat dominus fructuum; quando bonæ fidei possessor? & quæ sit ratio differentiæ inter hos? qua occasione de fructibus, qui tempore inchoati usufructus, vel ejusdem finiti, pendebant, sed maturi; & an impensa in sationem & similia tunc refundenda sint?*

29. *An & quando fructuarius, etiam fructus immaturos a solo separare possit?*

30. *Fructus civiles, id est, pensiones, & usuræ anni postremi, an, & quo usque cedant fructuario?*

31. *Quo tempore censeantur fructus percepti esse, ut cedant fructuario, cum de dignitatum munerumve collatione, laudimiorum, mulctarum pœnarumque compendiis, tanquam fructibus civilibus, quæstio est?*

32. *Potest fructuarius petere possessionem rei fructuariæ; usumfructum alteri vendere, locare, gratis concedere, pignori obligare, non tamen ultra durationem usufructus. An & judicati exsequendi causa ususfructus pignori capi possit?*

33. *Potest & omnia arcere, quæ usufructui obsunt. An opus novum nunciare? An damni infecti cautionem exigere, & cui prosit missio ex secundo decreto ob cautionem non præstitam? An, si usumfructum omnium bonorum legatum habeat, actiones hereditarias in rem & in personam contra possessores & debitores exercere utiliter sine speciali mandato proprietarii?*

34. *Quoties agere potest contra tertios possessores aut debitores hereditarios, etiam recte petit, sibi a proprietario edi instrumenta ad litem necessaria.*

35. *Quæ onera ferat fructuarius? impensas in fructuum perceptionem, mulctarum exactionem, juris sui fructuarii assertionem; non item in litem, quam pro rerum fructuariarum proprietate aut debitorum exactione sustinuit; quas finito usufructu deducit.*

36. *Modicam refectionem tenetur facere, non item graviorem impensam, si quæ vetustate corruant. Quid juris, si fecerit tamen?*

37. *Solvere tenetur tributa, stipendia, viarum, aggerum refectiones, canonem, solarium, an & annuos reditus personales aut reales? an alimenta debita ab eo, qui usumfructum legavit? annua a defuncto relicta tertio?*

38. *An & graviora tributa hostibus soluta incendii imminentis arcendi causa? vel impendia in novum aggerem, cum agri diutius a mari fuissent occupati? an vicesimam successionis collateralis; centesimam, ducentesimam &c. ex moribus Hollandiæ?*

39. *An fructuarius pensiones solvat, si testator fundos aut ædes in quinquennium conductas habens, usumfructum eorum alteri legaverit?*

40. *Fructuarius ex fructibus non solvit æs alienum defuncti, nec pensitationes, census, alia onera rei fructuariæ imposita, quorum dies cesserat vivo testatore.*

41. *Quam culpam præstet fructuarius? an derelinquendo usumfructum, possit se subducere reparationi damni culpa dati?*

1. CUm inter judicia in rem confessoria quoque ac negatoria actio numeretur, necesse fuit, ut exactior præmitteretur discussio servitutum, quæ confessoriæ actionis fundamenta sunt; ac in genere dici possunt jura in re alterius alteri constituta, quibus res alteri quam domino commodum adfert contra dominii naturam. Harum aliæ personales sunt, quoties scilicet res personæ servit; aliæ reales, quoties res servit rei, prædium prædio. Præter quas aliæ non dantur, quibus persona serviret rei: etsi enim ex Papiniani & Modestini responsis testatrix servis libertatem testamento ea potuerit lege dare, *ut monumento defunctæ alternis mensibus lucernam accendant, ac solemnia mortis peragant*, vel, *ut a monumento non recedant*, vel, *ut in certa civitate domici-*

lium habeant; adeo ut officio quoque judicis compellendi fuerint jussioni testatoris parere, jam liberi facti, *l. Mavia* 44. *de manumissis testam. l. Titio centum* 71. §. *Titio centum* 2. *ff. de condit. & demonstrat.* non tamen inde ullum recte elicueris servitutis jus; eo quod servitutum non ea natura est, ut quis quid faciat, sed ut aliquid patiatur, aut non agat, *l. quotiens* 15. §. 1. *ff. de servitutibus*, cum ex adverso libertis in specie dictarum legum ad factum obligatio imposita inveniatur, & judicialis ad illud implendum constrictio. Atque insuper ita statuendum foret omne legatum sub modo relictum servitutem in se comprehendere; quod absurdum. Leve vero est, quod de adscriptitiis servis adducitur; quippe qui, etsi glebæ addicti, tamen non tam fundo, quam potius fundi domino creduntur servire, arg. *l. quemadmodum* 7. *l. agricolarum* 18. *C. de agricolis & censitis.*

2. Personales servitutes præcipue tres sunt: ususfructus, usus & habitatio. Quamvis enim haud videatur eundum inficias, quin ex, quæ natura sua reales sunt, ex voluntate constituentium in personales degenerare queant, ut dicetur *tit. de servitutibus*; tamen, cum hæ tres ita personales sint, ut ne ex conventione quidem specifica fieri reales possint, ususfructu & usu personam desiderante, cujus ossibus inhæreat, & natura habitationis vel juxta sensum communem repugnante, quo minus prædio constituatur, merito etiam solæ personalium nomen per excellentiam sortitæ sunt.

3. Ususfructus in genere est jus percipiendi fructus ex aliqua re, sive propria jure dominii, sive aliena jure servitutis, ut colligi potest ex *l. si cum argentum* 21. §. *si fundum* 3. *ff. de except. rei judicatæ*, *l. necessario* 8. §. *ult. ff. de peric. et commodo rei vend. l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. et hypothec.* & a DD. recte in causalem & formalem distinguitur, ut multis docet Castillo Sotomayor *de usu cap.* 1. Causalem dicunt, quoties jure proprietatis fructus percipiuntur, adeoque ususfructus cum sua causa seu proprietate conjunctus; vel, ut Julianus ait, *proprietati mixtus est*, *l. si tibi* 4. *ff. de usu. accresc.* vel, ut Pomponius, *ex eadem causa, ex qua et fundus meus erat, meus est*, *d. l.* 21. § 3. *ff. de except. rei judicatæ*. Qualis ad servitutum genus haud pertinet, eo quod nemini res sua servit, *l. uti frui* 5. *pr. ff. si ususfruct. pet.* Formalem appellant, qui a proprietate separatus est, ac definitur, jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia, *l.* 1. *ff. h. t.* Si quis *causalis* & *formalis* denominationem velut horridam barbaramque non ferat, is cogitet, interpretes juris nostri veteres docendi causa nomina talia rebus in jure nostro occurrentibus imposuisse, quod hæc ad exponenda animi sui sensa & intelligenda veterum Jurisconsultorum scripta crediderunt aptissima, etsi forte non omnem redolentia elegantiam Latinitatis. Quanquam nec tanta, quantam nonnulli putant, barbaries in hisce est: etenim inter pretium *præsens* & *formale* distinxit Ulpianus, *l. in lege falcidia* 62. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* *Præsens* appellans, cum secundum rei veritatem res æstimatur, adeoque pretium rem comitatur; ita ut inter rem pretiumque cum re collatum justa proportio, ex communi hominum usu & utilitate præsente inveniatur; ac rem habens pretium intelligatur habere, dum omni tempore eam publice potest distrahere; nec pluris res valere censetur, quam quanti publice vendi potest; *formale*, cum non communi, sed ex affectu peculiari & utilitate vel arbitrio singularis personæ definitus; veluti si quis servum suum, simulque filium naturalem, magno æstimet, quod eum, si alius possideret, plurimo fuisset redemturus, *d. l.* 62. §. 1. junct. *l. pretia rerum* 63. & *l. quod bonis* 15. §. *ult. ff. eod. tit.* Sicut ergo formale pretium a re distinctum prorsus ac separatum erat, nec rei præsens, ita ad exemplum ejus, usumfructum quoque formalem appellari, qui a proprietate separatus est, nec quicquam cum dominii jure commune habet, quid quæso vetat? Sed ne ulterius de nomine disputatio protrahatur, vocabulis magis Latinis, magisque rei designandæ aptis hæc denotari facile patiar, si quis ea nobis suggesserit: illiberale enim scio de nominibus solis certamen esse, &, ut Cicero ait, *vitiosum esse, controversiam intendere propter nominum mutationem*: dum modo vicissim concedatur, rem ipsam, duplicem scilicet usumfructum Romanæ jurisprudentiæ auctoribus haud incognitum fuisse, alterum, qui a proprietate separatus est, alterum, qui eandem comitatur; de quo nec dubitare sinunt manifesta adeo juris loca: nam & Paulus *in l. si ita* 126. §. *Titius* 1. *ff. de verb. obl.* tradidit, *minus esse in eo usufructu, quem per se quis promisit* (id est separatum a proprietate) *quam in eo, qui proprietatem comitatur*; & de eo, qui primitus nudum habebat usumfructum, ac postea rei fructuariæ proprietatem adeptus fuit, Pomponius proponit, usumfructum peti, *qui ex illa causa, ex qua fundus meus erat meus factus est*, priorem alium, alium posteriorem usumfructum esse, *quoniam, postquam nactus sum proprietatem fundi, desinit meus esse prior ususfructus, et jure proprietatis, quasi ex nova causa rursus meus esse capit*, *l. si cum argentum* 21. §. *si fundum* 3. *ff. de except. rei judic.* Quibus similia occurrunt in *l. necessario* 8. §. *ult. ff. de peric. et comm. rei vend. l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. et hypoth.* Firmaturque id ipsum ex eo, quod ususfructus dicitur *a proprietate separationem recipere*, §. 1. *Inst. h. t.* & is, qui proprietatem habet, non habere *separatum utendi fruendi jus*, *l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. pet.* quæ sane ususfructus separatio præcedentem involvit ejus cum proprietate conjunctionem. Denique non leve momentum adfert, quod Paulus *usumfructum in multis casibus dominii partem esse* testatur, *l. ususfructus* 4. *ff. h. t.* Quod ut magis manifestum evadat, considerandum, toties usumfructum esse dominii partem, vel saltem *portionis instar obtinere*, ut Papinianus loquitur in *l. cum filius* 76. §. *dominus* 2. *ff. de legatis* 2. quoties cum proprietate conjunctus est: qui enim eundem habet cum proprietate conjunctum, plenum dicitur habere dominium, sic ut, ex quo ad proprietatem ususfructus reversus est, *nude proprietatis dominus incipiat plenam in re habere potestatem*, §. *ult. Inst. h. t. l. cum in fundo* 78. *ff. de jure dot.* plenum autem illud dominium, duabus quasi partibus integrantibus, proprietate scilicet & usufructu constare, evincitur aperte ex *l. qui usumfructum* 58. *ff. de verbor. oblig.* dum is, qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fundum, similis dicitur ei, *qui partem fundi stipulatur, deinde totum*; *quia fundus dari non intelligitur, si ususfructus detrahatur*, uti &

ex *l. si tibi* 6. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. si alii* 19. *ff. de usu et usufr. legato, l. si tibi proprietas* 4. *ff. de usufr. accres.* Atque hinc est, quod, ubi reus principalis fundum debet, fidejussor recte in usumfructum accipitur, in quem accipi non potuisset, si ususfructus non esset considerandus ut dominii promissi pars, *l. si a reo* 70. *§. si reo* 2. *ff. de fidejussor.* quodque testator, si primo *fundum legaveris, deinde vel solum possit* usumfructum adimere, proprietate nuda in legato remanente, vel vice versa adimere proprietatem, sic ut solus ususfructus in legato relinquatur, *l. fundo* 2. *pr. et §.* 1. *ff. de adimend. vel transf. legatis*, quod fieri non posset, si usufructu & proprietate, tanquam partibus, non constaret plenum dominii jus; cum adimi testamento nequeat pro parte vel in totum, nisi quod fuerit prius datum. Qua ratione, quia iter fundo debitum, non est vel proprietatis vel ususfructus pars, sed tantum nuda prædii qualitas, *l. quid aliud* 86. *ff. de verb. signif.* etiam fit, ut is, qui usumfructum fundi, vel nudam ejus proprietatem legat iter adimendo non minuat legatum, sed magis nihil agat: *l. si quis ita* 5. *§. si loci* 6. *ff. de adimend. vel transfer. legatis.* Etsi autem ususfructus secundum jam dicta dominii pleni pars sit, fundi tamen pars proprie non est; cum fundus corporalis sit, ususfructus incorporalis; incorporalia vero corporum partes vere nec sint nec esse possint: quo Papinianus respexisse videtur, dum ait, usumfructum *in jure, non in parte consistere, l. Mævius* 66. *§. penult. ff. de legatis* 2. & usumfructum *portionis instar* obtinere, *l. cum filius* 76. *§. dominus* 2. *ff. de legatis* 2. Ac proinde, quod Ulpianus scripsit, eum, qui fundum stipulatus est, usumfructum accepto ferendo nihil agere, quasi ususfructus non esset fundi pars, *l. et per jusjurandum* 13. *§. illud certum* 2. *ff. de acceptilat.* non tam videtur naturali niti æquitatis ratione, quam potius juris civilis subtilitate, quæ in acceptilatione, juri civili originem debente, spectatur, ne scilicet rei alterius pars accepto ferri possit, quam quæ nominatim deducta est in stipulationem; *d. l.* 13. *§.* 2. junct. *l. nisi consentiat* 14. *de acceptilat.* proponitur autem in d. lege promissus nominatim fundus, non item *dominium fundi*, quippe quod magis intellectu juris, quam verbis, in fundi promissione inclusum continetur; ideoque cum ususfructus deducti in stipulationem fundi pars non esset, etsi maxime dominii pars sit, per acceptilationem ususfructus non poterat sublata pro parte videri obligatio ad fundum, cujus fundi pars non erat ususfructus accepto latus, Donellus *comment. jur. civil. lib.* 9. *cap.* 9. *circa med.* Contra, si ususfructus a proprietate separationem receperit, non dominii pars, sed servitutis est; id est, seorsim consideratur ut jus servitutis; quod juribus ceteris in re, adeoque & juri dominii, oppositum est. Quo fundamento totum fundum recte dicimus nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. signif.* nec quasi plus petendo peccare quis censetur, qui simpliciter fundum petit, cum ei deducto usufructu, sola fundi proprietas veniret præstanda, *§. si cui fundus* 9. *Instit. de legatis.*

4. Neque inanis aut supervacua hæc de duplici usufructu, ex jure nostro jam adstructo, disputatio est: sed in ipsis causarum decisionibus, insignem aliquando utilitatem præbet; inter cetera, statuto posito, quo cautum, ne conjuges ultima voluntate ultra bonorum suorum usumfructum, & eum quidem non nisi reciprocum, sibi invicem gratificentur, uti id dictat jus Ultrajectinum *tit.* 22. *art. ult.* Si enim maritus non nisi sita in solo Ultrajectino immobilia habeat, uxoris omnia vel pleraque immobilia in Hollandia sint, recte maritus uxori usumfructum immobilium legaverit, uxor marito plenam Hollandicorum proprietatem: cum enim ususfructus etiam sit, qui cum proprietate conjunctus est, in statutum impingere non videntur conjuges, modo superiore sibi mutuo gratificantes: sed usumfructum reciprocum secundum legis Ultrajectinæ dispositionem reliquisse dicendi sunt; quorum gratificatio nullo jure defendi posset, si nullus ususfructus cum proprietate conjunctus daretur. Nec leve pro hac sententia argumentum in eo est, quod, ut jus accrescendi locum habet inter duos, quibus simul ejusdem rei ususfructus relictus est; ita quoque locum inter eos habere non desinit, ubi alter eorum proprietatem adeptus est, seu apud eum ususfructus consolidatus, teste Ulpiano in *l. idem Neratius* 3. *§. ult. ff. de usufr. accrescendo.* Si enim reciprocorum maneat jus accrescendi, licet alter insuper proprietatem nactus sit, quidni & reciprocus valeat ususfructus legatus, licet alteri insuper proprietates, lege situs immobilium non refragante, acquirantur?

5. Constituitur ususfructus, quatenus servitus est, non tantum pure, sed & sub conditione, *l. fundus* 4. *ff. si usufr. pet.* vel ex certo die, vel ad certum diem, vel ad conditionem vel annis alternis, *l. & puto* 16. *§. ususfructus* 3. *ff. famil. ercisc. l. ususfructus in multis* 4. *ff. h. t. l. cum ususfructus* 13. *ff. de usu & usufr. legat. l. ambiguitatem* 12. *C. h. t.* adeo ut die vel conditione pendente, ex qua ususfructus datus est, proprietario interim fructus & emolumenta cedant, arg. *l. & post* 12. *§. ult. ff. famil. erciscundæ.* Qua ratione, si quis uxori suæ usumfructum villæ aut rerum suarum legaverit in quinquennium a die mortis, addideritque, eundem usumfructum vel etiam plenum rei fructuariæ dominium, quinquennio lapso, cessurum Mævio, uxore intra quinquennium moriente, Mævius tamen non nisi decurso pleno quinque annorum spatio ad usumfructum admittendus est, utilitate medii temporis heredi, tanquam proprietario, ex jure dominii obveniente, *l. uxori* 36. *ff. de usu et usufr. legato,* junct. *d. l. et post litem* 12. *§. ult. ff. familiæ erclsc.* & arg. *l. si tibi ususfructus* 8. *ff. usufr. quemad. caveat.* nisi ex circumstantiis alia colligi possit voluntas testatoris. Vide Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 62. *n.* 7. *et seqq.* Si tamen fundus, usufructu detracto, pure Titio legatus sit, & ejusdem fundi ususfructus Sempronio sub conditione, interim cum proprietate ususfructus erit, non heredi sed proprietatis legatario profuturus, ut ita ei prosit conditionis suspensio, cui etiam plenarius conditionis defectus prodesset. Licet enim placeat, tunc, cum detracto usufructu fundus legatur, apud heredem usumfructum esse; tamen, ubi paterfamilias detracto usufructu fundum legat, & alii usumfructum sub conditione, non hoc agere creditur, ut apud heredem ususfructus remaneat; quippe qui in ea facti specie interim neque ex jure dominii fructus suos facere potest, quia dominus non est, proprietate alteri pu-

re legata; neque jure servitutis, quia verbis testamenti nullum ei reservatum aut datum apparet separatum utendi fruendique jus, *l. fundus detracto* 4. *ff. si usufruct. pet.* Ant. Fabre *rational. ad d. l.* 4. *ff. si usufr. pet.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 11. *n.* 34. vers. *tertio.* Idemque statuendum, si proprietas uni pure & recte legata sit, alteri ususfructus, sed inutiliter ac contra leges: sive enim conditionis defectus impediat & infirmet ususfructus legatum, sive infirmatio ex ipsa legis dispositione contingat, constat utique, naturali ratione usumfructum in dubio proprietatem comitari, adeoque proprietario cedere oportere, quoties alteri jure servitutis datus non est, aut (quod eodem redit) inutiliter datus: nec heredem, cui testamento non apparet legatus, ullum sibi posse arrogare usumfructum, ex suo capite suaque morte aut vita metiendum, præter testatoris intentionem.

6. Acquiritur hæc servitus variis modis, ac primo quidem ipsa legis dispositione; quod accidit in conjuge ad nuptias secundas transeunte, cui, dum adimitur ex juris dispositione proprietas relictorum a conjuge prædefuncto, prioris thori liberis applicanda, ususfructus solus a lege conservatur *l. fæmina* 3. *l. generaliter* 5. & *auth. subjuncta C. de secund. nup.* Idemque est, si post conjugis obitum mulier castitatem non servaverit, arg. *nov.* 39. *secundum* 2. Sed & uxori inopi & indotatæ datus a lege ususfructus, partis quidem quartæ bonorum mariti defuncti, si liberi pauciores quam quatuor existant; virilis vero, si quatuor pluresve, *novell.* 117. *cap. quia vero* 5. Patri quoque in adventitiis filiifamilias, nisi ea conditione filiof. quid datum aut relictum sit, ne patri in eo ususfructus acquiratur, *novell.* 117. *cap.* 1. vel filiusf. sibi relicta acceptaverit, cum pater nollet in acquisitionem consentire, *l. fin. C. de bonis quæ liberis*, aut fratri germano una cum patre successerit ab intestato, *novel.* 118. *cap.* 2. vel filiofamilias filiæve quid a Principe vel Augusta donatum sit, *l. pen. C. de bonis quæ liberis*. De his latius Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 3. An autem, & quo usque nostris moribus parentes in adventitiis liberorum bonis usumfructum habeant, dicetur plenius *tit. de peculio*.

7. Præscriptione etiam longi temporis usumfructum acquiri obtinuit, *l. fin. in fine, C. de longi temp. præscript.* prolixe Galvanus *de usufructu cap.* 12. uti & officio judicis in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ & communi dividundo, si judex alii proprietatem adjudicaverit, alii usumfructum, dum aliter commodior institui non potest communium divisio, *l. ususfructus pluribus* 6. §. 1. *ff. h. t. l. si quis putans* 6. §. *officio* 10. *ff. comm. divid. l.* & *puto* 16. §. *Julianus* 1. *ff. famil. erc isc.* Finge enim, adjudicationibus expediri familiæ erciscundæ judicium, & plures esse res uni, quam alteri adjudicatas; absurdum utique non fuerit, eum, cujus pars major est, ad id damnari, patiatur certo annorum spatio coheredem frui rebus quibusdam, non ei coheredi, sed sibi, adjudicatis; ut ita fructuum perceptione suppleatur, quanto minus fuit in portione ejus, cui pars minor ex adjudicato obvenit. Quod & haud obscure indicare velle videtur Ulpianus, dum ait, usumfructum & ex certo tempore & ad certum tempus, & alternis annis posse adjudicari, *l.* & *puto* 16. §. *ususfructus* 2. *ff. famil. ercisc.* cum alioquin adjudicationum non temporarius sed perpetuus effectus sit, arg. §. *ult. Instit. de offic. judicis*, Ulpianus *in fragm. tit.* 19. §. *adjudicatione* 16. Pactionibus insuper atque stipulationibus, quasi traditione ad eas concurrente, §. 1. *Instit. h. t. l. omnium* 3. *ff. h. t.* junct. *l. obligationum* 3. *ff. de obligat.* & *act. l. traditionibus* 20. *C. de pactis*. Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 10. & 12. Ultima denique voluntate, *d.* §. 1. *Inst. h. t. d. l.* 3. *ff. h. t.* quo casu quasi traditio necessaria non est, ut ipsum jus servitutis nascatur; cum ea legatorum natura sit, ut ex fictione juris recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata, transferatur, *l. a Titio* 64. *in fine ff. de furtis*, nisi secundum antiqui juris observationem damnationis legato ususfructus relictus fuisset; tunc enim inductione in fundum fructuarium, vel usu atque patientia, aliove simili quasi traditionis modo, opus erat; & de hujusmodi legato agi *l. omnium* 3. *ff. h. t.*

8. Quod si Titio fundum testator legaverit, Mævio ejusdem fundi usumfructum, utrumque ad usumfructum concurrere, proprietatem soli Titio cedere, Romanis placuit, *l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. si tibi* 4. *ff. de usufr. accresc. l. si alii* 19. *ff. de usu & usufr. legato*, *l.* 1. §. *si decem* 17. *ff. ut legat. seu fideic. serv. causa cav.* eo quod testator Titio fundum legans, & proprietatem & usumfructum in solidum credebatur reliquisse; sed cum deinde Mævio quoque fundi ejusdem usumfructum daret, Titius & Mævius cœperunt ususfructus intuitu rei conjungi; ac proinde necesse fuit, ut, utroque ad ususfructus legatum concurrente, inter eos scinderetur, quod conjunctim datum erat, §. *si eadem res* 8. *Inst. de legatis*. Notandum interim, in *d. l.* 19. *ff. de usu & usufr. leg.* superfluam esse in formula testatoris ibi proposita, atque adeo delendam particulam *vel*, legendumque, *Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato*. Sed quia hæc juris civilis dispositio magis verborum atque syllabarum in testamento dictatarum aucupiis innititur, naturali autem ratione potentior esse debet mens, quam vox dicentis, *l. Labeo* 7. §. *ult. ff. de supell. legata*, & uti in legibus, ita quoque in testamentis (quæ pro lege servanda) ab ea interpretatione abstinendum est, quæ voluntati disponentis fraudem facit, *l. contra legem* 29. & 30. *ff. de legibus*, magis est, ut, spreta hac nimis scrupulosa ratiocinii subtilitate, moribus nostris talem non admittamus in usufructu concursum, sed uni proprietatem nudam, alteri usumfructum ex asse adjudicemus; ita suadente simpliciore ac populari loquendi usu, quo alteri fundum, alteri usumfructum ejusdem fundi testator dat; præsertim si quis ulterius consideret, ipsos jurisconsultos Romanos haud dissimulasse, decisionem suam hac in parte mero niti disputationis acumine ac summo quodam jure, re ipsa incurrere in probabilem defuncti mentem; dum Modestinus in *d. l.* 19. *ff. de usu & usufr. legato*, subjungit, ita decisum esse, *quia interdum plus valet scriptura, quam peractum sit*; id est, ut opinor, efficaciora interdum sunt verba & vox, quam mens dicentis, contra regulam propositam in *d. l.* 7. §. *ult. ff. de supellect. leg.* Ita post alios allegatos Groe-

Neostadius *ad d. l.* 19. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *num.* 12. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 8. 9.

9. Dubium autem non uno in casu est, utrum ususfructus tantum legatus credatur, an vero plenum dominii jus. Quid enim, si domus certa ac suis designata confinibus situque, ad inhabitationem aut ad fruendum legata sit, aut fundus ad alimenta? non ususfructus, sed magis plena proprietas legata videbitur, *l.* 4. *l. pen.* §. *qui fratris* 1. *ff. de aliment. vel cibar. legatis*, nisi subjuncta inveniatur clausula, *quamdiu vivit*, aliave similis, de quo plenius vide *tit. de usu & habitat. in fine*. Sed &, si ususfructus inveniatur legatus, sive rei singularis sive totius hereditatis, cum onere restituendi rem aut hereditatem tertio post obitum legatarii, proprietatem magis cum onere fideicommissi, quam usumfructum in dubio dari, credendum est: neque enim ratio patitur, ut solius ususfructus legatario restitutionis onus imponatur; quippe qui morte sua sic ipso jure jus omne ususfructus amittit, ut nihil ultra, quod restituatur, supersit. Firmaturque hæc opinio legum verbis satis manifestis, puta *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. species* 15. *ff. de auro, arg. mundo &c. legatis*, *l. filios heredes* 39. *ff. de usu & usufr. legato*, atque insuper arg. a sensu contrario, ex *l. qui fructus* 25. *ff. de usu & usufr. legato*, nam si nullum fideicommissum maritus induxisse censeatur, cum uxori prædiorum fructus reliquisset, & addidisset, se velle, ut post mortem *ejus prædia cum reditibus ad heredes suos redirent*, imperitia lapsus, dum ignorabat evanescere morte uxoris fruendi jus, *d. l.* 25. ergo ex opposito, si formulam talem ex certa adjecerit scientia testator, proprietatis legatum cum onere fideicommissi inde profluere, respondendum est, Fachineus *controv. lib.* 5. *cap.* 46. Sande *decis. fris lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 2. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 20. *n. ult.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap.* 30. *num.* 20. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 6. *constit.* 13. *defin.* 10. Responsa *Jurisp. Holl. part.* 4. *consil.* 285. *in fine*, & *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 338. (*revera*) 233. *n.* 29. dissent. Menochius *de præsumt. lib.* 4. *præs.* 133. *num.* 7. & alii ibidem allegati.

10. Adhæc si uxori vel alteri cuicumque datus sit ususfructus rei, addita alienationis prohibitione, vel ædium ususfructus sit legatus, addita clausula, si legatarius heredi promittat, se altius eas ædes non elaturum, vel aliud quid, quod servitutem continet, passurum (ex formula legis *Proculus* 19. *ff. h. t.*) non alia, quam proprietatis plenæ legatæ, adeoque ususfructus causalis dati, conjectura capi potest; cum talis adjectio alienationis prohibitæ in solum cadere possit proprietarium, usufructuario satis ex jure communi alienare impedito; & servitutis impositio non per alium fieri possit, quam per rei dominum, adeo ut ne socius quidem invito socio eandem rei possit communi imponere, *l. unus* 2. *ff. de servitut. l. ult. in fin. ff. commun. prædior. tam urb. quam rustic.*. Utroque certe in casu, adjectio facta continet dominici juris diminutionem; nam & alienationis prohibitio minuit liberum rei arbitrium jure communi dominis concessum, & servitutis imponendæ necessitas facit, ut minus plenum habeat dominium, qui servitutem imponit; ut accurate ratiocinatur Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 33. Privatio autem præsupponit habitum, ut vulgo loquuntur, nec adimi potest jus dominii, vel diminui ei, qui illud non habet. Nec ludere verbis voluisse testator præsumendus est, sed magis id dedisse, quod clausula adjecta involvit ex sensu communi & juris necessitate, argumento legum in præcedente quæstione allegatarum. Magis sane in dubio hæc mihi arridet voluntatis & clausulæ additæ interpretatio, quam ut cum Fachineo *lib.* 5. *controv. cap.* 43. & 44. Pinello *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *n.* 41. 42. aliisque, existimem, clausulam subjunctam ex earum numero habendam esse, quæ non necessariæ sunt, dum tacite insunt legatis, sed a testatore inseruntur, cautela abundante. Etenim, quod vulgo dicitur, superflua non nocere, tunc locum invenit, cum nulla in adjectis efficacia, vis nulla deprehendi potest extra id, quod & sine tali adjectione obtineret: sed si ex adjectis alia probabilis conjectura voluntatis capi possit, & legitimo juris ratiocinio elici, non est, cur ad extremum illud, abundantem cautelam non nocere, recurramus. Neque in contrarium facit, quod in *l.* 1. *C. de bonis maternis* patri tantum datus fuit ususfructus in maternis liberorum bonis, & tamen etiam addita alienationis prohibitio. Etenim primo quidem illo in casu alienationis interdictionem inferri utile fuit, quia ante illam Constantini legem pater non usumfructum tantum, sed plenum bonorum maternorum, tanquam peculii filiorumfamilias adventitii, dominium habebat, & alienandi facultatem; quæ proinde nominatim ista lege adimenda fuit, ut tanto clarior esset atque manifestior juris mutatio, & diminutio juris ac potestatis paternæ in res liberorum. Sed & secundo, penitus intuenti legem nulla apparebit alienationis prohibitio patris intuitu expresse proposita, cum Imperator contentus fuerit, dixisse, ita res maternas in parentum potestate esse oportere, *ut utendi fruendi duntaxat habeant in diem vitæ facultatem*, *dominio videlicet earum ad liberos pertinente*: de cetero mentio alienationis prohibitæ non de patribus concepta fuit, nec ad eos directa, sed ad creditores, & emtores, ut discant cautius mercari, præsupposita secundum jus commune negatione facultatis alienandi, ait enim, *ita ut, si quando rem alienare voluerint, emtor vel is, cui res donatur, observet; ne unquam partem earum rerum, quas alienari prohibitum est, sciens accipiat, vel ignorans: quia nullam poterit præscriptionem opponere filiis quandocumque rem suam vindicantibus*. Longe minus supradictis adversatur, quod testator usumfructum legans, & adimens alienandi facultatem, aut servitutis alicujus impositionem ac patientiam legatario injungens, ea facit, quæ legatario ususfructus jus diminuunt, ac restringunt legatarii potestatem circa id, quod legatum est; absurdum vero sit, verba testatoris contra legatarium scripta pro legatario sic interpretari, ut plus habeat vi talis adjectionis, (proprietatem scilicet) quam habiturus fuisset, si simpliciter usumfructum testator dedisset, nulla in legatarii præjudicium subjuncta verborum conceptione, præter manifestam adeo defuncti mentem. Non, inquam, hæc turbare debent, cum principium petant, & pro fundamento substernant id ipsum, quod in quæstione est: supponunt

enim, eam fuisse testatoris intentionem, ut nil præter usumfructum legaret; de quo, an nempe nil præter usumfructum legare voluisse credendus sit, disputatur. Ac proinde regeri facile possit, absurdum ex adverso esse, ut contra testatoris mentem, quæ ex alienationis prohibitione, & jussu de servitute rei imponenda, in solos rei dominos cadente, satis apparet, imo necessario colligitur, legatario jus proprietatis denegetur. Confer Menochium *de præsumt. lib. 4. præsumt.* 155. *n.* 1. *n.* 3. Peckium *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 14. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *v.* 2. *consil.* 339. (*revera* 238.) *n.* 29. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 143. *n.* 7. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 30. *n.* 25. *& seqq.*

11. Quod si ex adverso usufructus legetur cum alienandi potestate; videndum, an simpliciter & absolute, an vero tantum urgente necessitate & indigentia, adeoque viri boni arbitratu, alienatio a testatore permissa sit: nam si plena, nullisque restricta conditionibus, alienandi facultas concessa appareat, dubitari vix potest, quin simul cum usufructu proprietas data censeri debeat, cum onere fideicommissi; atque adeo talis dispositio testatoris perinde habenda sit, ac si eum, cui ita usufructus datus est, rogasset restituere quicquid post mortem rogati superfuerit ex testatoris rogantis re. Cui consequens est, ut & dodrantem absumere alienando possit, de solo quadrante restituendo teneatur cavere; restituturus tamen & ea, quæ supra quadrantem tempore mortis apparuerit superesse, juxta *nov.* 108. Constat sane, consistere simul non posse nudum jus ususfructus, a proprietate separati, cum alienandi potestate, solis dominis de jure permissa, ac requirente dominium, quod alienando transferatur, *l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. juris.* Si vero alienatio demum urgente necessitate atque indigentia viri boni arbitratu concessa sit, magis est, ut nudum ac proprie dictum usumfructum eo modo dicamus relictum, proprietatis autem legatum, quod isti alienationi permissæ inclusum videri posset, non purum, sed conditionale esse, si scilicet necessitas deinceps subesse incipiat; nec ad res alias extendi, quam ad eas, quæ necessitate urgente, adeoque conditione proprietatis legatæ existente re ipsa alienatæ sunt, manente in rebus ceteris nudo ususfructus jure, quod ab initio pure simpliciterque datum erat, idque ob defectum conditionis, in necessitate ac indigentia consistentis, sine qua, ut non competebat alienandi facultas, ita nec prærequisitum ad alienationem faciendam proprietatis jus. Atque ita sentiunt Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 20. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 3. *num.* 43. *in med. vers. tandem adverto*, Jacob. Coren *consil.* 15. *num.* 5. *& seqq.* & *observat.* 10. *versu, reflecert misdien, pag. mihi* 44. *& seqq.* Carpzovius *defin.* 11. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 17. 18. Confer Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 4. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 50. Menochium *de præsumt. lib.* 4. *præs.* 155. *num.* 4. *& seqq.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 185. & *part.* 5. *consil.* 59. Si tamen ab initio testator non dixerit, se *usumfructum*, sed se *bona* Titio relinquere, etsi postea addiderit, ea a Titio, quamdiu vixerit, possidenda esse, Titiumque aut *nullo modo*, aut *non nisi necessitate urgente* licentiam alienandi habiturum, clausula illa prohibitæ alienationis, aut licentia alienandi in casu necessitatis, non impediet, quo minus proprietas legata censeatur; quippe quæ ab initio data (dum *bona* relinquebantur) videri non potest adempta ex eo, quod alienandi potestas vel adimitur postea vel restringitur, neque etiam ex clausula *possidendi quamdiu vivit*, aut simili: non enim inter hæc pugna est, aliquem dominum esse, & tamen alienandi potestate destitui, atque etiam temporarium tantum, quamdiu vixit, dominium habere; utpote quod utrumque in rebus ex fideicommisso post mortem gravati restituendis quotidianum est; adeoque erraveris, si ex hujusmodi adjectionibus aliud collegeris, quam fideicommissi onus, & post mortem honorati restituendi necessitatem, *l. ult. ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* arg. *l.* 4. *ff. de alim. vel cibar. legatis*, *l. filios hæredes* 59. *ff. de usu & usufr. legato*, Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *cons.* 8. & 133.

12. Quod si testator Titium in omnium bonorum suorum usufructu heredem instituerit, vel omnium bonorum usumfructum ei legaverit, & adjecerit, se post Titii obitum instituere Mævium heredem, tantum abest, ut tunc sub usufructu dato proprietas quoque Titio concessa intelligatur, cum onere fideicommissi, Mævio præstandi, ut potius, si subtilem Romani juris disputationem sequaris, dicendum fuerit, ipso jure inutilem esse ususfructus concessionem. Etenim si usumfructum Titio relictum concipias legati titulo, inepta defuncti liberalitas est, cum legatum ab herede præstandum sit, §. 1. *Instit. de legatis*, ideoque vis omnis legati dependeat ab hæreditatis aditione, sine qua nullus heres fit; aditio vero a Mævio non nisi post Titii fructuarii mortem fieri possit, secundum manifestam institutionis formulam testamento expressam. Cui consequens est, ut legatum tale non alio sit loco habendum, quam si ususfructus Titio, cum morietur, concessus esset, atque ita collatus in id tempus, quo a persona discedere incipit; quod derisorium esse patet ex *l. Titio, cum morietur* 51. *ff. h. t.* Rursus, si usumfructum institutionis jure Titio datum ponas, exitum sortiri nequit defuncti dispositio; eo quod in usufructu scriptus heres Titius non nisi in re certa institutus dici potest: qualis non heredis sed legatarii jure censetur, quoties ei additus invenitur coheres sine re, *l. quotiens* 13. *C. de hered. instituendis*, quod ipsum in nostra est facti specie, dum Mævius ex asse post Titii mortem ad hæreditatem vocatus proponitur: ac proinde iterum ex superiore fundamento subsistere nequit ususfructus concessus; quippe qui, tanquam re ipsa tantum legatus, per heredem Mævium, post Titii demum fata adire valentem, præstandus est; & sic denuo inutiliter in id tempus collatus, quo a persona discedere incipit, *d. l.* 51. Sed cum suprema defunctorum judicia, quantum fieri potest, explicare oporteat, ut magis valeant quam pereant, *l. quotiens* 2. *ff. de rebus dubiis*, ac in testamentis non modo ambigue, sed & perperam scripta, benigne accipienda sint secundum id, quod credibile est cogitatum fuisse, *l. cum in testamento* 24. *ff. de reb. dubiis*, rectius dixerimus, testatorem, dum voluit usumfructum præstari, voluisse quoque, ut aliquis pure heres esset, qui ususfructus legatum præstet; cum is, qui vult consequens, etiam censeatur velle antecedens, sine quo consequens esse nequit, per jura vulgata; adeo-

quæ satis apte, ac secundum probabilem testatoris voluntatem verba testamenti, quibus Mævium post Titii fructuarii mortem instituit, interpretaturi sumus, si tempus mortis Titii dicamus adjectum institutioni Mævii non aditionis morandæ gratia, sed tantum perceptionis fructuum differendæ causa, atque ita non ad jus adeundi, sed ad efficaciam emolumenti pertinere; ne scilicet heres Mævius usumfructum habeat, quamdiu Titius superstes est; & ut tanto magis enixa appareret defuncti voluntas, Titium, quamdiu vivit, ab herede Mævio non debere in usufructu turbari, Andr. *lib.* 2. *observ.* 143. Grassus *recept. senten. lib.* 1. §. *legatum quæst.* 23. *num.* 2. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 4. *tit.* 5. *num.* 23. 24. & *artic.* 3. & *seqq.* Covarruvias *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 2. *num.* 5. Jac. Coreo *consil.* 15. *num.* 1. 2. Ant. Faber. *Cod. lib.* 6. *tit.* 18. *defin.* 7. Fachineus *controv. lib.* 4. *cap.* 18. Respons. JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 161. & 191. Præsertim, cum novum in jure nostro non sit, ut ea, quæ ex verborum conceptione continere videbantur dispositionem conditionalem, ex probabili tamen voluntate testatoris quantum ad effectus juris pro pure relictis habeantur; & non tam obligationis aut juris concessi suspendendi gratia, quam potius morandæ tantum solutionis causa intelligantur talem diem adjectum habere, de quo incertum est, an vivo honorato exstiturus sit (qualis dies conditionis loco est, *l. heres meus* 79. §. *heres meus* 1. *ff. de condit.* & *demonstrat.*). Sic enim ab Alexandro Imp. rescriptum invenitur, ex his verbis, *do, lego Æliæ Severinæ filiæ meæ*, & *Secundæ decem*, *quæ legata accipere debebit cum ad legitimum statum pervenerit*; non conditionem fideicommisso vel legato insertam, sed petitionem in tempus legitimæ ætatis dilatam videri, & ideo, si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est, eam ad heredem suum actionem transmisisse; scilicet, ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vigesimum quintum ætatis annum implesset, *l. pen. C. quando dies legat. cedat.* Similique modo, cum testator alumno centum dari voluisset, eamque pecuniam ad alium transferri; *ut in annum vicesimum quintum trientes usuras ejus summæ perciperet alumnus, ac post eam ætatem sortem ipsam*; responsum fuit, intra vicesimum quintum annum defuncto alumno, transmissum esse ad heredem ejus fideicommissum, *nam certam ætatem sorti solvendæ præstitutam videri, non pure fideicommissa relicto conditionem insertam*, *l. Firmio Heliodoro* 26. §. 1. *ff. quando dies legat. cedat.*

13. Usus tamen atque utilitas controversiæ hujus, utrum nempe ususfructus relictus intelligi debeat, an magis proprietas cum onere fideicommissi, in eo consistit, quod quando nudus ususfructus apparet datus, proprietas statim a morte testatoris acquisita censeatur iis, qui tunc defuncto proximi sunt, vel quos juris universi successores supremo suo designavit elogio, adeo ut, etiam si durante usufructu moriantur, proprietatem tamen & spem consolidationis ad heredes transmittant. Quod non ita est, ubi plena proprietas cum onere fideicommissi, seu restitutionis post obitum fiduciarii faciendæ, relicta creditur: neque enim spem fideicommissi fideicommissarius, vivo fiduciario decedens, ad heredes transmittit, sed restitutio illis fit, qui moriente fiduciario in vivis sunt; & si nulli ex his, quibus restitutio facienda erat, tunc amplius supersint, fiduciarius ab onere fideicommissi liberatus intelligitur, non inveniens cui reddat, resque ut liberas alienare deinceps potest, aut pleno dominii jure ad suos proprios transmittere heredes, arg. *l.* 4. *ff. de aliment. vel cibar. legatis*, *l. si in personam* 21. *C. de fideicom. l. unic.* §. *sin autem* 7. *C. de caducis tollendis* junct. *l.* 1. §. *dies autem* 2. *l. heres meus* 79. §. *heres meus* 1. *ff. de condit.* & *demonstrat. l. si cum heres* 4. *l.* 5. *ff. quando dies legat. cedat.* Fachineus *controvers. lib.* 5. *cap.* 46. *in fine*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 143. *num.* 6. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 47. *num.* 1. 2. 3. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 75. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 31. Sed & secundo, si ususfructus simpliciter ad certum tempus legatus sit, velut in quinquennium, & anno forte secundo moriatur fructuarius, protinus ususfructus, utpote morte extinctus, ad proprietatem reverti debet, nec temporis residui commodum heredibus fructuarii acquiritur, ut dicetur latius *tit.* 4. Sed si usufructu in quinquennium legato, rogatus sit fructuarius post quinquennium restituere alteri rem fructuariam, neutiquam ante quinquennii decursum restitutio facienda est, etiamsi fructuarium anno secundo mori contigerit; sed is potius, tanquam fiduciarius fideicommisso post tempus gravatus, rem & emolumenti percipiendi jus in heredem transmittit, donec, quinquennii integri spatium elapsum fuerit, *l. uxori usumfructum* 35. *ff. de usu* & *usufr. legato*, Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 4. *thesi* 11. Quibus non est contrarium responsum Scævolæ in *l. a filia petit.* 62. §. 1. *ad Senatusconsult. Trebell.* cum aliam prorsus speciem contineat, nec restitutio pecuniæ in annum vicesimum, sed in tempus mortis legatarii concepta sit; hoc uno in annum vicesimum collato, ut nempe Sempronius pecuniam in illud tempus haberet, creditam sub certis usuris legatario præstandis, secundum evidentia verba.

14. Constituitur ususfructus in omnis generis rebus, quæ commerciis hominum exemtæ non sunt, & usu non consumuntur; adeo ut in bonis quoque feudalibus eum constitui, nihil vetet: si modo secundum Hollandiæ usus feudales vasallus, usumfructum feudi legaturus, testandi licentiam a domino impetraverit; & usufructuarius dein ab eodem juris fructuarii confirmationem. Vide *Notabele pointen van Leenen art.* 7. & 13. *ac ibi subjunctam duplicem formulam confirmationis, quæ est antepen.* & *penultima, pag. mihi* 49. 50. Nec refert, utrum utilitatem adferre possint fructuario, nec ne; cum & in numismatibus & in statuis atque imaginibus ususfructus consistat; imo & in prædiis & rebus aliis, quarum ea conditio est, ut magis in eas impendatur, quam ex iis acquiratur, *l. numismatum* 28. *l. statuæ* 41. *pr.* & §. 1. *ff. h. t. l. arboris* 12. §. *de illo* 3. *l. si infantis* 55. *ff. h. t.* Confer Galvanum *de usufructu cap.* 31. Nec tantum rerum singularium, sed & omnium bonorum ususfructus concedi potest, *l. uxori meæ* 37. *ff. de usu* & *usufruct. legato*, *l. omnium bonorum* 29. *l. quotiens* 34. §. *ult. ff. h. t.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap.* 33. ut tamen cavendum

sit, ne legitimæ certis personis debitæ fraus fiat, *novell.* 18. *cap. probibemus* 3. *l. quoniam in prioribus* 32. *Cod. de inoff. testam.* adde *tit. de inoff. testam.* neve ususfructus excedat dodrantis æstimationem, adeoque quarta Falcidia heredi in proprietate instituto salva sit, *d. l. omnium* 29. *ff. h. t.* junct. *l. computationi* 68. *ff. ad legem Falcid.* neve incurrat in dispositionem *legis hac edictali* 6. *C. de secundis nuptiis*, dum æstimatio ususfructus, conjugi secundo relicti, excederet filialem liberorum primi patrimonii portionem: computatione & æstimatione ususfructus instituta ex præscripto *d. l. computationi* 68. *ff. ad leg. Falcid.* Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *tit.* 3. *defin.* 4. Pechius *de testament. conjug. lib.* 2. *cap.* 18. *n.* 4. Someren *de jure novercat. cap.* 9. *num.* 1. & *cap.* 11. *sect.* 3. *num.* 1. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 19. *num.* 6. *in fine* Rodenburch. *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 18. *pag.* 266. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 41. *quæst.* 2. & *part.* 5. *consil.* 163. *quæst.* 4. Adde *tit. de ritu nupt. num.* 120.

15. Ceterum sub omnium bonorum usufructu, immobilium mobiliumque & mancipiorum & supellectilis & calendarii ususfructus continetur, *l. uxori meæ* 57. *ff. de usu & usufr. legato*, & fungibilium omnium, *vide tit.* 5. *in pr.* Census etiam annuus, Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 41. Nec interest, quo tempore bona testatori acquisita fuerint, utrum ante an post conditum testamentum, si modo mortis tempore ad testatorem pertineat: uti enim diminutio bonorum post testamentum conditum contingens diminuisset fructuarii emolumenta, ita quoque argumentum eorumdem commoda fructuario adferre, rationis est, arg. *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris.* Eoque facit, quod sub hypotheca omnium bonorum futura quoque comprehensa intelliguntur, *l. ult. Cod. quæ res pign. dari poss.* quodque legatarius partiarius quotam consequitur bonorum, considerata quantitate, quæ mortis tempore invenitur: neque causa apparet, cur hac in parte legatarium ususfructus bonorum separaremus ab eo, cui quota bonorum data, ubi de inspicienda bonorum quantitate quæstio est. Constat denique, toties quoties legata est rerum universitas sub nomine collectivo universitatem denotante, non ea tantum legatario deberi, quæ facti testamenti tempore in ea inveniebantur rerum universitate, sed & omnia, quibus postea usque ad testatoris obitum universitas rerum aucta fuit quemadmodum diminutio vicissim legatario nocuisset; uti id in peculio, grege, domo ex cohærentibus lapidibus constante, aliisque similibus rerum universitatibus legatis manifestum est, §. *si grex legatus* 18. 19. 20. *Instit. de legatis*, *l. denique* 8. §. *ult. ff. de peculio legato*: unde & universitatem peculii, velut unum corpus, & ad instar hominis, nasci, crescere, decrescere, mori eleganter, a Papirio Frontone dictum fuit, *l. peculium nascitur* 40. *ff. de peculio.* Ac pro hac opinione stant Menochius *de præsumt.* 127. *num.* 28. Ant. Thesaurus *decis.* 163. Ant. Matthæus *select. disput.* 8. *ad l. ult. C. quæ res pignori dari*, Wissenbach. *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 4. *th.* 10. *in fine*. Neque ratione satis firma dissentit Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 43. Quod enim ait, veste legata vel argento legato, ea tantum contineri, quæ testamenti facti tempore testatoris erant, *l. si ita esset* 7. *l. ult. pr. ff. de auro, argento mundo &c. legatis*, id ita placuit, quia non fuit in casibus istarum legum legata certa rerum universitas incrementa ac decrementa accipiens, sed potius certa corpora vestium aut argenti, quæ testator in dicta quidem lege septima demonstravit, per adjectionem vocabuli *meum*; quippe demonstratione, *meum*, præsens non futurum tempus ostendi, Jurisconsultus ibidem monet: in lege vero ultima per adjectionem *viatorii*, id est, argenti talis, quo in itinere & legatione usus fuerat; quod absoluto itinere *viatorium*, ab usu dictum, esse desierat, & simpliciter sub argenti genere deinceps continebatur: ex quo argenti genere rursus novus delectus fit, ubi iterum nova legatio aut iter suscipitur, nec legationis secundæ argentum viatorium dici potest idem cum priore, sed velut de novo fit viatorium, ac de novo nascitur ex patrisfamilias delectu ac destinatione. Porro si forte testator, nudam habens rerum quarundam proprietatem, universalem usumfructum legaverit, magis est ut & spem ususfructus, aliquando obventuri, credatur reliquisse, adeoque ad fructuarium etiam rerum hujusmodi ususfructus post consolidationem pervenire debeat, sive vivo testatore, sive eo demum mortuo prior ususfructus apud alium existens extinctus sit ac cum proprietate consolidatus, nisi contrarium lege municipali cautum inveniatur, de quo vide Christinæum ad *Leg. Mechlin. tit.* 10. *art.* 27. Neque enim dubium, quin nudæ proprietatis dominus usumfructum recte leget, legatario tunc acquirendum, cum proprietati accesserit, sive id vivo sive mortuo testatore contigerit, sive ante sive post aditam hereditatem, *l. si dominus* 72. *ff. h. t.* Licet enim nemo plus juris in alium transferre queat, quam ipse habet; jure tamen singulari hic id receptum est, ut quod nostrum non est, in alios transferamus, dum fundum habentes, alteri tamen usumfructum cedimus, observante id Paulo in libro singulari de jure singulari *l. quod nostrum* 63. *ff. h. t.* Ne dicam, jus illud, quod suo die ad proprietatem reverti potest, ipsius esse proprietarii si non re, saltem certa spe: qui & ideo illud alteri legat aut cedit ex eo tempore, quo proprietati accessurum est; qua ratione, si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus deinde accesserit, responsum fuit, dotem aliam non videri, sed dotis incrementum, quemadmodum, si quid alluvione accessisset, *l. si proprietati* 4. *ff. de jure dot.* Nec ulla probabilis ambigendi ratio est, quo minus hanc ipsam dicamus fuisse testatoris voluntatem, ut talium quoque rerum ususfructus legatario obveniret; quippe qui, dum rerum seu bonorum omnium suorum mentionem fecit, adeoque nihil exclusit vel excepit, non potest non videri de his quoque cogitasse, quæ ad ipsum nudæ proprietatis jure spectabant: in quantum ea quoque res tota nostra dicitur, cujus ususfructus alienus est, *l. recte dicimus* 25. *ff. de v. sig.* ita post Chassanæum *ad cons. Burg. rub.* 4. §. 6. in verbis, *in medietate n.* 34. Christinæum *ad Leg. Mechlinienr. t.* 16. *art.* 23. *in addit.* vers. *maritus*, Rodenburch *de jure conjugum t.* 2. *c.* 4. *n.* 41.

16. Sed & amplius, si tabellionem concipiamus alteri bonorum suorum legasse usumfructum; sub bonis etiam emolumentum, quod ex memoriali ipsius scriptura post ejus obitum quandoque redigetur, com-

prehensum censeri debet, sive illud salarium sit, quod jam fuerat defuncto debitum, sive ex exemplorum transcriptione, post mortem demum tabellionis petita ac facienda, lucellum aliquod successori speretur (quo modo & argentarios olim suas quandoque legasse rationes, Paulus indigitat, *l. quadam* 9. §. 1. *ff. de edendo*) Adeoque ut liberum fructuario sit pecuniis ita exactis in suum uti compendium, aut ex iisdem fœnori collocatis usuras suas facere; dummodo sors ipsa, quæ exacta est, usufructu finito reddatur heredi; cum non possit fructuum numero videri venire, sed magis lapidibus ex fundo fructuario cæsis ac non renascentibus assimilanda sit, quales non cedere fructuario jure proprietatis, postea dicetur, Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 2. *in med.* Thomingius *decis.* 12. *num.* 11. Costalius *ad l.* 7. §. *si vir in fundu ff. soluto matrim.* Castillo Sotomaj. *de usuf. c.* 36. *n.* 38. & *seq.* Ant. Matthæus *de servit. dis.* 3. *n.* 6. dissentit Petrus Barbosa *ad l. divortio* 8. §. *si vir ff. soluto matr. n.* 37. & 40.

17. Si tamen uni testator omnium bonorum usumfructum legaverit, Mævio domum, aut aliam rem singularem, vix est, ut usufructuario cedat ususfructus rei singularis, alteri legatæ, sed potius pleno jure Mævio statim acquiretur domus dominium, nisi ex circumstantiis alia colligi posset mens testatoris. Cum enim domum fundumve legans, non nudam proprietatem, sed & simul usumfructum legasse intelligatur, arg. *l. si aliis fundum* 19. *ff. de usu & usufr. legat. si tibi* 6. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* consequens est, ut usumfructum rei singularis legatæ credendus sit exemisse usuifructui omnium bonorum generaliter relicto; atque ita secundum axioma vulgatum per speciale fundi legatum derogasse generali ususfructus concessioni, *l. in toto jure* 80. *ff. de reg. jur.* sive præcesserit generalis dispositio sive subsecuta sit, arg. *l. quotiens* 10. *C. famil. ercisc.* Neque hic admittenda eorum opinio, qui putant, inter usufructuarium universalem & rei singularis legatarium, quasi re conjunctos in rei singularis legatæ usufructu, scindi oportere rei singularis usumfructum, convenienter dispositioni *d. l. si alii fundum* 19. *ff. de usu & usufr. leg.* quam sententiam tuetur. Ant. Faber. *Cod. lib.* 6. *tit.* 18. *defin.* 3. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *num.* 21. 22. 23. Gratianus *discept. for. cap.* 350. Nam, ut sileam moribus hodiernis non amplius servari id quod *d. l.* 19. cautum est, ut dictum *num.* 8. considerandum insuper, illic de duobus agi, quorum uni fundus, alteri ejusdem fundi ususfructus datus est; adeoque de casu quo utrique in eadem re singulari jus a testatore legatum; cum ex adverso in ea hic versemur facti specie, qua uni universaliter omnium bonorum ususfructus, alteri res singularis simpliciter relicta est; inter quos nullam esse conjunctionem ratione ususfructus, ob quam ille inter eosdem scinderetur, colligi potest ex §. 2. *Inst. de usufruct.* ubi cum testator hæredem instituisset, & Titio vel nudam legasset certæ rei proprietatem, vel nudum certæ rei usumfructum, nihil ex eo, quod legatum est, legatario decedit, aut apud hæredem quasi conjunctum ex concursu remanet; etsi institutionis titulo plenum ab initio jus in rebus hæreditariis hæredi concessum sit, unde deinceps quadam delibatio facta fuit, legati datione, *l. legatum est delibatio* 116. *ff. de legatis* 1. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 25. *num.* 5. *in med.* Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *num.* 1. Costalius *ad l.* 3. *ff. de usufr. accrescendo, num.* 12. & *seqq.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 8. & 9. Vide Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 47.

18. Feudalium insuper rerum usumfructum non cedere usufructuario omnium bonorum, verius est; nisi specialiter feudorum quoque mentio inveniatur, & a domino directo sit impetrata de illis testandi licentia; cum ex scriptis feudorum consuetudinibus testamentaria nulla de feudis dispositio subsistere queat, *lib.* 1. *feud. tit.* 8. *in pr.* & *lib.* 2. *tit.* 9. §. *donare* 1. & hodiernis passim moribus invaluerit, non nisi ex speciali venia directi domini a testatore vivo impetrata, ullum valere supremum de feudis elogium, Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 23. Leeuwen *cens. forens. d. part.* 1. *lib.* 3. *c.* 8. *nu.* 7. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 204. Grassus *recept. sent.* §. *legatum quæst.* 26. Eoque facit quod a pragmaticis traditum, omnibus quoque bonis in dotem datis, feudalia in dubio apud nos non censeri comprehensa, de quo latius *tit. de jure dot.*

19. Nec aliud statuendum in rebus illis, quas testator, omnium bonorum usumfructum legans, possedit ut fiduciarius, quarumque restitutio ei per fideicommissum imposita est: sive res fideicommissariæ ad ipsum heredem testatoris, usumfructum legantis pervenire debeant, sive ad extraneum. Cum enim æris alieni loco fideicommissum sit, etiam tunc, cum ipsi instituto hæredi debetur, *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid.* necesse est, ut etiam prius patrimonio decedat, antequam ullum jus usufructus arrogare sibi possit, qui omnium bonorum usufructu honoratus est, *l. ult. ff. de usu & usufr. legato*, *l. usufructu* 69. *ff. ad leg. Falcid.* Maxime, cum constet, ea demum bona dici, quæ deducto ære alieno supersunt, *subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verb. signif.* ac in dubio quisque non de re aliena sed sua legasse credendus sit, arg. *l. verbis legis* 120. *ff. de verbor. signif.* possessa autem a defuncto fideicommissaria res incipiat aliena esse eo tempore, quo ex fideicommisso restituenda venit, adeoque eodem illo mortis momento, quo & fiduciarii testamentum roboratum fuit, cœpitque jus universale ususfructus ex eo firmitatem habere, *l. ult.* §. *sin autem* 3. *Cod. commun. de legatis.* Unde & ille, qui vendit vel relinquit alteri rem, ad quam restituendam ex fideicommisso obligatus est, non de suo sed alieno creditur reliquisse, ac non suum, sed alienum distraxisse, *d. l. ult.* §. *sed quia* 2. *Cod. commun. de legatis. l. unum ex familia* 67. §. *sit Falcidia* 1. *in fine ff. de legatis* 2. Quibus addi potest argumentum ex *l. generali* 32. §. *uxori* 2. *ff. de usu & usufr. legato*, quemadmodum enim legato usufructu domuum, & omnium rerum quæ in his domibus sunt, non creduntur ea contineri, quæ mercis causa parata in ædibus inveniuntur, *d. l.* 32. §. 2. non alia, ut opinor, de causa, quam quia merces venales ita testatoris factæ sunt, ut iterum ab eo sint abituræ: ita quoque, quia bona fideicommisso obnoxia sic cœperunt fiduciarii propria esse ut existente conditione rursus ab eo discessura sint, ea sub omnium bonorum usufructu in

dubio non comprehendisse testatorem, præsumendum est. Atque ita sentiunt Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 23. *n.* 2. Peregrinus *de fideicommissis art.* 6. *num.* 9. *& seqq.* Grassus *recept. sent.* §. *legatum qu.* 27. Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 39. *n.* 14. *& seqq.* aliique cit. ab Abr. a Wessel *ad nov. constit. Ultraject. art.* 6. *n.* 3. Nec quicquam hisce adversatur, quod nonnulli existimantes, tunc, cum ad ipsum hæredem a fiduciario institutum res ex causa fideicommissi pervenire debent, sub usufructu bonorum omnium, earundem quoque utilitatem contineri ac fructuario oportere acquiri, ajunt, inferuntque, bona hæredis nequaquam differre a bonis defuncti quantum ad facultatem de hisce disponendi, & defunctum de omnibus suis bonis disponentem etiam disposuisse de bonis hæredis, eandem cum defuncto personam constituentis; heredem autem vi aditionis semet obligasse, ut ratam habeat defuncti voluntatem; quo modo ratiocinatur Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 9. & plures ab eo citati; non attendentes, ita principium peti, & assumi pro fundamento id ipsum, quod in quæstione est. Versamur enim in casu, quo verba testatoris nullam ususfructus in rebus fideicommissariis, hæredi restituendis, mentionem habent, ideoque quæritur, quid magis in dubio præsumendum sit; nec quid potuerit testator, sed quid voluisse credendus sit, discutitur. De cetero nulli, jurisprudentiæ nostræ principia recte consideranti, dubium esse potest, quin testator, si velit, non modo de suis, sed & de hæredis, quin & extranei prorsus rebus, disponere possit, sive ipsas possederit cum onere fideicommissi, sive nullum ipse jus unquam habuerit in iis quæsitum, sic ut hæres tali stare teneatur voluntati, si adeundam putet hæreditatem, & vel rem præstare, si possit, vel æstimationem ejus, §. *non solum* 4. *Instit. de legatis, l. cum pater* 77. §. *cum pater* 7. *&* §. *Titio* 31. *ff. de legatis* 2. Cui consentaneum est, ut longe magis possit expressa voluntate id cavere, ut sub omnium bonorum usufructu, etiam rerum ex fideicommisso vel hæredi vel extraneo restituendarum utilitas fructuario acquiratur, Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *num.* 8. *in pr.* Si tamen statuto cautum fuerit, ne conjuges sibi invicem inter vivos aut ultima voluntate gratificentur, nisi ususfructu tenus, tantum abest, ut sub omnium bonorum usufructu, quem conjugi conjux reliquit, res quoque, ex fideicommisso restituendæ hæredi vel extraneo, comprehensæ præsumerentur; ut potius, si certiorem sequamur rationem, ne expressa quidem conjugis usumfructum legantis voluntate id effici queat: neque enim in obscuro est, hac ratione elidi eludique posse statuti vim, illis potissimum in casibus, quibus conjux extra opulentam hæreditatem, ex fideicommisso restituendam, exigui patrimonii arbiter ac moderator est. Constat utique, rei alienæ neque dominium neque usumfructum directo legari posse, sic ut ullum jus in re nasceretur legatario; sed tantum obligari hæredem, ut rem redimat, ac dein redemptæ proprietatem vel usumfructum juxta defuncti voluntatem præstet; aut deficiente redimendi facultate, æstimationem ejus, *d.* §. 4. *Inst. de legatis, l. non dubium* 14. §. *ult. ff. de legatis* 3. Probatum insuper, rei fideicommissariam, quantum ad fiduciarium & substantiam ejus attinet, alienam esse eo tempore, quo fiduciarius decedebat, atque ita fideicommissi conditio incipiebat existere. Quibus positis, inficias iri nequit, quin plus, quam bonorum suorum usumfructum conjugi leget, qui rerum ex fideicommisso restituendarum usumfructum sub bonorum suorum usufructu legato contineri disposuit, & ita hæredem obligare voluit ad minuendam proprietatem rerum, quarum solus ususfructus hæredi debebat ob auctoritatem statuti decedere: naturali quippe ratione expeditum est, tunc effectu inspecto tantum detrahi atque diminui de proprietate, quantum est in onere isto præstandi usumfructum in rebus ex fideicommisso post fiduciarii obitum restituendis. Ita post Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 22. Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 5. *n.* 5. Quod ergo recentiore statuto Ultrajectino, seu novella decisione *anni* 1659. *art.* 5. cautum invenitur, reciprocum usumfructum inter conjuges relictum etiam ad bona fideicommissaria extendi, sive illa ipsi hæredi, sive extraneo restituenda forent, nisi auctor fideicommissi expresse talem prohibuisset ususfructus constitutionem, & non hæredi per fiduciarium instituto, sed extraneo restitutio facienda esset; id non tam ex propria ususfructus legati denominatione descendit, quam potius ex eo, quod legislator Ultrajectinus illam ante coarctatam, & ad nudum usumfructum restrictam reciprocæ inter conjuges gratificationis licentiam, mutare voluit, & hactenus etiam proprietatis intuitu liberalitatem conjugalem firmare; imo talem usufructui legato sensum atque interpretationem tribuere, extra eam, quæ voci isti alias propria ac genuina est. Unde, si non conjugi, sed alteri ususfructus relictus sit, ne in Ultrajectino quidem solo fideicommissaria bona comprehendi crediderim; cum deflectentia a jure communi ac consueto juridicoque vocabulorum usu statuta strictam recipere debeant interpretationem, &, velut jus singulare contra juris rationem introductum, nequaquam ad consequentias sint producenda, arg. *l. quod vero contra* 15. *ff. de legibus*.

20. Ususfructus constituti generalis effectus est, quod proprietarius, eo durante, nihil agere possit in præjudicium fructuarii, nec rei fructuariæ mutare formam, ut ususfructus impediretur, aut minueretur. Vide Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 67. Castillo Sotomayor *de usufructu. cap.* 34. Hinc licet prædio fructuario servitutem acquirere possit, quia sic melior fructuarii conditio redditur, tamen acquisitam amittere non potest; nec consentiente fructuario servitutem imponere prædio fructuario, nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollendi ædes fructuarias, *l. sed si quid* 15. §. *ul. l.* 16. *ff. h. t.* aut nisi de mortuo inferendo agatur, favore religionis, *l. locum* 17. *ff. h. t.* Ratio autem, cur proprietarius ne ex consensu quidem fructuarii servitutem prædio fructuario imponere potuerit, hæc fuisse videtur; quod nemo servitutem imponere possit, nisi qui pleno jure dominus est, adeoque juris dominici in prædio servituro diminuendi facultatem habet, ne aliquin illis noceat, quibus in prædio servituro jus est, cui consequens erat, nec nudo proprietario illam servitutis imponendæ potestatem potuisse asseri, quoties ea fructuario damnosa foret. Et quamvis ple-

rumque id obtineat, ut quisque, atque ita etiam fructuarius, juri suo efficaciter renunciare possit; tamen in nostro casu fructuarii consensus conferre nihil potuit ad id, ut valide proprietarius servitutem imponat fructuario nocituram; eo quod fructuarius ipse nullam servitutis prædio fructuario imponendæ facultatem habet, dum servitutis impositio alienationis species est, fructuario denegata; nemo autem consentire alienanti cum effectu potest, qui ipse alienandi potestate destitutus est, *l. cum quis possit* 165. *ff. de reg. juris.* Plane, si fructuarius vel fundi totius vel partis saltem illius, qua servitus itineris, actus, viæ, aquæductus, exercenda erit, usumfructum derelinquere ac proprietario cedere velit, negari non potest, quin tunc proprietarius, ut plenus glebarum serviturarum dominus, servitutem recte impositurus sit. Non desunt interim, quibus emendatione facta visum fuit, ita verba finalia *d. l.* 15. accipienda esse, ut sensus sit, non consentiente fructuario non posse servitutem imponi per proprietarium; inter quos est Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 74. Sed vix est, ut correctionem talem patiatur cohærens legi decimæ quintæ lex decima septima, in qua id velut singulare adnotatum, posse proprietarium consentiente fructuario locum religiosum facere, *favore religionis*, atque ita prædio fructuario imponere necessariam sepulchro servitutem aditus, ambitus, circuitus, funeris faciendi causa, sine quibus loci religiosi usus non est, arg. *l. utitur* 5. *ff. de sepulchro violato*, qualis favor religionis nihil efficeret, si vulgo, ac ex jure communi, proprietario liberum esset ex consensu fructuarii constituere servitutem. Vide varie sentientes apud Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 35. Galvanum *de usufr. cap.* 35. Ceterum moribus hodiernis magis placuit, insuper habita Romani juris subtilitate, proprietarium ex consensu fructuarii habere servitutis imponendæ jus, quasi fructuarius tantum videatur suo juri per consensum renunciasse eatenus, quatenus incommodum ex servitute passurus est. Groenewegen & Brunnemannus *ad d. l.* 15. *ff. h. t.* Firmatque hanc sententiam, quod proprietarius generaliter, non obstante usufructu, jus suum dominii exercere potest, quatenus fructuarii jus non læditur: nam & vendere rei fructuariæ proprietatem, & legare, & donare potest, *l. neque ususfructus* 19. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* arg. §. *si cui fundus* 9. *Inst. de legatis*, *l. non quocunque* 82. §. *fundus* 2. *ff. de legat.* 1. *l. ult. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. lic. leg. esse dic. l. verbis testamenti* 2. *C. de usufructu*, *l. omnes* 3. §. *ult. ff. usufr. quemadm. caveat*, *l. fundi Æbutiani* 38. *ff. de usu & usufr. leg.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 155. *n.* 4. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 34. *n.* 8. *& seqq.* etiam proprietatis usucapionem pati, *l. locum* 17. §. *proprietarius* 2. *ff. h. t.* subinde & ea facere, quæ per consequentiam videntur ad fructuarii spectare læsionem; veluti servum jure dominicæ potestatis plenissime coercere seu castigare, *d. l. locum* 17. §. 1. *ff. h. t.* eundem ex delicto noxæ dare, sic ut usufructuario inde denegetur ususfructus persecutio, quamdiu litis æstimationem non offert ei, qui noxæ accepit, *d. l.* 17. §. 2. *ff. h. t.*

21. Contra vero omnem fere utilitatem percipere potest, & suam facere fructuarius, tum ex re fructuaria, tum ex accessionibus ejus. Quod ut manifestius appareat, per species rerum nobiliores ire libet. Ædium itaque usufructu constituto, non dubium, quin instrumentis ædium fructuarius uti cum ædibus possit, *l. sed si quid* 15. §. *proprietatis* 6. *ff. h. t.* nec non servitutibus, quæ ædibus fructuariis constitutæ sunt. Imo, etsi constitutæ non fuerint, tales tamen sint, sine quibus omnino uti non potest fructuarius, heres easdem præstare cogendus est, veluti luminum, si lumina desint. Plane, si cum aliquo incommodo utatur, sed utendi potestas non in totum impedita sit, nihil horum fructuario præstare heres compellitur, *l. si is, qui binas* 30. *ff. h. t. l.* 1. §. *ult. ff. si ususfr. pet.* Sed & amplius usufructuario ædium permittendum uti hortis illis atque stabulis, qui, quæve in continentibus sunt ædificiis, & in commodioris habitationis usum parari solent; cum dubium non sit, quin horti tales atque stabula ædium accessiones sint; adeo ut licet horti olitorii, & stabula, quæ non in continentibus sunt ædificiis, nec ædium partes censeantur esse, nec urbanis, sed rusticis magis prædiis annumerentur, urbanis tamen velut ædificiorum partes accenseantur horti habitationis amœnioris gratia ædibus juncti, atque illa quoque stabula, quæ in continentibus ædificiis posita inveniuntur ad stabulanda inhabitantium jumenta, carpentis pensilibus aut alteri simili urbano virorum aut fœminarum delicatiorum usui destinata, arg. *l. eo jure* 4. §. 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrahitur*, *l. urbana prædia* 198. *ff. de verbor. signifi.* Et si, legata ædium proprietate, hortus quoque legatus intelligatur, quem testator domus causa comparavit, ut amœniorem domum ac salubriorem possideret, & in quem aditum per domum habuit, tanquam ædium additamentum, *l. prædiis* 91. §. *qui domum* 5. *ff. de legatis* 3. ratio non apparet, cur non & usufructu durante, fructuarium sequeretur usus ejus. Neque ejus contrarium est in Scævolæ responso, *l. ult. ff. de servit. præd. urban.* dum vult, eum, cui ædium habitatio legata est, debere pati, ut hæres per domum transeat ad hortum juxta domum eandem positum, per quam domum semper testatori ad hortum aditus fuerat; cui consequens erat, ut horti usus in habitationis legato non fuerit comprehensus. Etenim alia quæstio est, utrum sub ædium usufructu legato hortorum quoque talium ususfructus in dubio contineatur, de quo nobis nunc sermo est; alia, utrum tunc, cum constat, solam ædium habitationem legatam esse, horti vero adjacentis usum non esse datum, habitator transitum ad hortum pati teneatur, quod unum a Scævola in *d. l. ult.* definitur, ac affirmatur; quippe qui exhibens in principio facti speciem, non dubitanter inquirit, sed ponit ac præmittit, habitationem Olympio legatam esse, quoad viveret, hortum autem & cœnaculum juxta eandem domum non esse legatum, adeoque exceptum, secundum manifestam testatoris voluntatem, eoque posito, de transitus jure disputationem orditur. Vid. Mantica *de conjectur. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 2. *n.* 38. Tyraquellus *de jure primogenituræ quæst.* 73. Responsa ICtor. Holland. *part.* 5. *consil.* 229. *n.* 1. Cavere interim debet ædium fructuarius, ne qua deteriorem faciat causam proprietatis, aut ipsam commutet ædium formam: ac proinde, licet lumina immittere queat,

& colores, & picturas, & marmora, & sigilla, & si quid aliud ad domus ornatum pertineat, apponere, ac generaliter excolere illud, quod invenit, qualitate ædium non immutata, *l. usufructu* 7. §. *ult. l. si cujus* 13. §. *sed si ædium* 7. *ff. h. t.* tamen neque diætas transformare, vel conjungere, aut separare ei permittitur; vel aditus posticasque vertere; vel refugia aperire; vel atrium mutare; vel viridaria ad alium modum convertere; vel altius ædes tollere, aut lumina obstruere, aut meritoria in domo facere, aut per cœnacula domum dividere; sed neque balneum ibi facere, nec id, quod usibus dominicis in intima domus parte vacare solebat, elocare, ut publice lavet; nec domum ad jumentorum stationem, aut stabulum ad pistrini usum transferre, aut alteri concedere, *l. si cujus vel* 13. §. *sed si ædium* 7. & 8. *ff. h. t.* nec ampliare domum, nec inutilia detrahere, licet meliora repositurus; & ideo nec novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere, etsi meliorem ita reddat domini conditionem; aliud est enim tueri ea, quæ accepit (quod jure suo potest & debet) aliud nova facere, *l. usufructu* 7. §. *ult. in fin.* & *l.* 8. *l. usufructuarius novum* 44. *ff. h. t.* Denique nec ædificium, quod a defuncto inchoatum erat, consummare, etiamsi eo loco aliter uti non posset; cum ne ususfructus quidem illius partis, quæ usui apta non est, videatur constitutus: nisi in constituendo vel legando usufructu specialiter adjectum sit, ut hæc aliaque similia facere liceat, *l. usufructuarius novum* 61. *ff. h. t.* Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 53. Quod si fructuarius quædam non jure inædificaverit, postea ea neque tollere neque refigere ei permittitur, sed tantum refixa vindicandi potestas est, *l. sed si quid* 15. *pr. ff. h. t.* quemadmodum nec proprietario hæredi licet villam, quam in fundo fructuario posuit, invito fructuario demoliri, *l. heres in fundo* 12. *ff. de usu. & usufr. legato*.

22. Fundi vel horrei usufructu concesso, etiam eodem modo, ac in ædibus, servitutum rusticarum usus fructuario competit; usque adeo, ut & de novo per hæredem fructuario parandæ sint aut constituendæ servitutes illæ sine quibus uti frui non posset, dum forte nullus ad fundum fructuarium aditus est; quo casu vel iter vel actum vel viam præstabit heres, prout ususfructus perceptio vel viam desiderat, vel itinere potest contenta esse, *l.* 1. §. 1. 2. 3. *ff. si usufruct. pet.* Adhæc instrumentorum usus fructuario cedit, *d. l. sed si quid* 15. §. *proprietatis* 6. *l. item si fundi* 9. §. *ult. ff. h. t.* sub quibus agri instrumentis etiam seminarium in fundo contineri, responsum est; sic ut ei & vendere ex seminario & seminare liceat, dummodo conferendi agri causa seminarium paratum semper renovet, ut, finito usufructu, domino restituatur, *d. l. item si fundi* 9. §. *seminarii* 6. *ff. h. t.* Quin & usufructu agri legato, in cujus parte arundinetum, aut salicetum, aut sylva palaris vel cædua est (quæ scilicet juxta *l. silva* 30. *ff. de verb. signif.* succisa rursus ea stirpibus atque radicibus renascitur) recte fructuarius arundines, salices, palos, & ligna viri boni arbitratu non cædere modo, sed & vendere tanquam fructum potest; cum hæc omnia in fructu sint, *d. l.* 9. §. *ult. l. si absente* 48. §. 1. *l. arbores* 59. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. qui fundum* 40. §. *cum fundum* 4. *ff. de contrah. emt.* Aliter, quam obtineret, si non in eo agro, cujus ususfructus constitutus est, hæc crescerent, sed in vicino, unde tamen in fundum fructuarium paterfamilias palo vel salice vel arundine uti solebat; tunc enim usufructuario permissum censetur hactenus in agri fructuarii commodum ea cædere, & cæsis uti, ne tamen vendat, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* Quemadmodum & ex sylva non cædua, quæ in ipsius agri fructuarii parte invenitur, in vineæ usum ac necessariam villæ refectionem succidere, atque sumere potest, quatenus fundum non facit deteriorem. Et quamvis neque arbores grandiores cædere queat, neque arborum talium violentia tempestatis extirpatarum, sed tantum demortuarum, proprietatem sibi arrogare, ne, si totus ager sit hunc casum passus, omnes arbores auferret fructuarius; tamen ex evulsis vel vi ventorum dejectis usque ad usum suum & villæ recte feret, *l. ex silva* 10. *l.* 11. *l.* 12. *l. agri usufructu* 18. *ff. h. t.* arg. *l. fructus* 7. §. *si fundum* 12. *ff. soluto matrimon.* ac de cetero proprietarium coget, ut reliquas tollat, si usufructui videantur obesse, *l. Proculus* 19. §. 1. *ff. h. t.* Erroneumque est, quod a Christinæo *ad Leg. Mechlin. tit.* 15. *art.* 4. *n.* 6. & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 9. scriptum reperitur, arborum vento dejectarum æque ac demortuarum proprietatem fructuario cedere, si alias supplantet; cum id & manifesta lege, & ratione naturali in *d. lege* 12. proposita refellatur, atque insuper Paulo displicuerit, fructuarium ad id adigi, ut in locum earum, quæ tempestate dejectæ, alias supplantet, *l. arbores* 59. *ff. h. t.* Sane, si non ususfructus *agri*, in cujus parte sylva aut arbores grandiores inveniuntur, sed nominatim *sylvæ*, legatus sit, aut etiam omnium bonorum usufructu dato, sylva in bonis inveniatur, vix est, ut tamen stricte aut concessiones inter vivos, aut defunctorum voluntates interpretemur, quin fructuario indulgendum sit ex sylva cædere & vendere ligna talia, quæ modico temporis spatio renasci solent, atque adeo non aliter, quam tanquam ligna cædua considerari possunt, grandioribus arboribus ultra necessariam ramentorum succisionem intactis. Cum enim a Pomponio traditum, ac ab Hadriano rescriptum fuerit, in *l. Divus* 22. *ff. de usu & habit.* usu sylvæ legato, *fructum quoque videri legatum, quia, nisi liceret legatariis cædere sylvam & vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex illo legato*, manifeste denotatur, usufructu sylvæ dato, cædendi jus haud fuisse denegandum, Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 59. Quid? quod nec iniquum fuerit, per sylvæ usufructuarium etiam quotannis aut certis annorum interstitiis arbores quasdam grandiores cædi ac vendi, novellis substitutis, quoties id regionis & patrumfamilias circumcolentium fert consuetudo; quippe quam, uti in aliis tum legatis tum conventionibus, ita & in utendi fruendi jure concesso, fruendique modo, servare oportet; usu hominum determinante, quid istoc in loco pro fructu habendum sit; eo modo, quo in instructo vel instrumento legato ex more regionis in dubio colligendum est, quid instrumenti veniat appellatione, *cum de lanionis* 18. §. *item cacabos* 3. *in fine ff. de instruct. vel instrum. legato*. Deficiente autem tali more re-

gionis, sola patrisfamilias usumfructum concedentis consuetudo in cædendo statis temporibus certo arborum grandiorum numero, nullum fructuario tribuere posset cædendi jus; cum usufructuarius boni viri arbitratu ac tanquam bonus paterfamilias ex præscripto legum frui debeat, *l. item si fundi* 9. *pr. ff. h. t. l.* 1. *ff. usufr. quemadm. caveat*, nec fruendi licentiam ex concedentis facto metiri; qui forte malo more rebus propriis ad perditionem abusus fuit, aut non eo, quo potuit modo, ac boni patrisfamilias exemplo, utilitatem ex suis quæsivit rebus; arg. *l. item si fundi* 9. §. *ult. in fine*, *l. si pendentes* 27. §. *si servi* 2. *ff. h. t.* Castillo Sotomayor *de usufru. cap.* 22. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 35. Nullo quoque modo datum fructuario fuit, arbores frugiferas excidere cum detrimento proprietarii; non magis, quam villam diruere: nec vice versa, si voluptuarium fuerit prædium, viridaria, vel gestationes, vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habens, easdem dejicere, ut forte hortos olitorios faciat, aut aliud quid, quod ad reditum spectat, *l. si cujus rei* 13. §. *fructuarius* 4. *ff. h. t.* Adde Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 25.

23. Quod si auctus alluvione fuerit ager, alluvionis quoque ususfructus ad fructuarium pertinebit: secus, quam est in insula, juxta fundum in flumine nata, utpote quæ, velut separatus seu proprius fundus, pleno jure domino proprietatis acquiratur: adeoque, ubi latitat incrementum, etiam ususfructus augetur; ubi autem apparet separatum, fructuario non accedit, *d. l.* 9. §. *huic vicinus* 4. *ff. h. t.* (etsi de alluvione idem, quod de insula, Paulo placuerit *recept. sentent. lib.* 3. *tit.* 6. §. 22.) Aucupiorum quoque ac venationum piscationumque reditum ad fructuarium pertinere, Cassius Ulpianus ac Paulus consentiunt, *d. l.* 9. §. *aucupiorum* 5. *ff. h. t.* Paulus *recept. sent. d. lib.* 3. *tit.* 6. §. 22. si modo fundi fructus ex venatione constet, *l. venationem* 26. *ff. de usuris*. Tunc autem aucupiorum venationum atque piscationum reditum de jure Romano fuisse crediderim, cum vivarium aut piscina erat in fundo fructuario, cui animalia ac pisces includi solebant, ac eo ipso a fundi domino dicebantur possideri, *l. possideri autem* 3. §. *item feras bestias* 14. & 15. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* cui similia columbaria in fundo fructuario, unde evolare columbæ ac redire solent, *l. item si fundi* 9. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. Pomponius* 8. §. 1. *ff. famil. ercisc.* denique etiam, si plantationibus, fossis, alioque apparatu ad anates aut aves alias pelliciendas ac capiendas fundus fructuarius instructus sit. Uti enim his in casibus fructuarius ex ususfructus constituti jure, piscandi in piscinis potestatem habebat, & exercendi feras seu venandi licentiam in vivariis, aut aucupandi ex columbariis, vel in locis aucupio peculiariter comparatis instructisque, dummodo in vivariis ac columbariis eundem numerum per singula ferarum genera aut volatilium, finito usufructu, domino proprietatis assignet qui fuerat tempore cœpti ususfructus, *l. usufructuarium* 62. §. 1. *ff. h. t.* sic & jus illud alteri elocare certa mercede quin potuerit, dubium non est, *l. arboribus* 12. §. *usufruct.* 2. *ff. h. t.* atque ita reditus venationis in fructu erat. Extra hunc casum venationem in fructu non fuisse, Julianus ait *d. l. venationem* 26. *ff. de usuris*, nec immerito; cum omnibus de jure Romano patuerit piscandi ac venandi jus, §. *fera igitur* 12. & *seqq. Inde rer. divis. l. injuriarum* 13. §. *ult. l.* 14. *ff. de injuriis*. Ut tamen haud sit eundum inficias, separatum fuisse venationis intuitu fructuarium ab aliis, nullum jus in re in fundo habentibus: nam cum alii a domino proprietatis prohiberi potuerint, ne fundum ingrediantur venandi causa, *d.* §. 12. fructuarius ex adverso probe, ac jure suo, in saltibus ac montibus fructuariis venari potuit, a domino nequaquam arcendus, *l. usufructuarium* 62. *ff. h. t.* Vide Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 36. *n.* 26. 27. 28.

24. Metalla autem & cretam, & arenam & lapides quod attinet, ita jus est, ut etiam cedant usufructuario fundi; non tamen omnia, nec modo eodem: aut enim jam ruta vel cæsa erant eo tempore, quo primitus nascebatur jus ususfructus; aut contra. Si jam tum ruta atque cæsa ex fundo fuerint, nullum omnino jus usufructuario fundi in istis quæsitum videri potest, etiamsi nondum ex fundo aut fodinis educta sint: cum eo ipso, quo a solo separata sunt cædendo aut eruendo, desierint pars soli esse, ac ne emtori quidem fundi cedere debeant, sed magis ad exhibendum de his tum venditor tum proprietarius agere possit, *l. fundi* 17. *si ruta & cæsa* 6. *ff. de action. emti*, *l. in rutis cæsis* 241. *ff. de verbor. signif. l. Celsus scribit* 5. §. *idem Julianus* 2. *ff. ad exhibendum*. Si vero necdum ruta aut cæsa sint, sed naturaliter cohæreant, in fructu ea esse responsum est; sive fodinæ hæ metalli lapidis cretæ similiumque ante usumfructum acquisitum invectæ fuerint, sive demum usufructu jam constituto detectæ appareant, *l. item si fundi* 9. §. *sed si lapidicinas* 2. & 3. *ff. h. t. l. fructus* 7. §. *sed si cretifodinæ* 14. *ff. soluto matrim.* Nam & fodinas, quas paterfamilias proprietarius jam instituerat, exercere potest fructuarius, & venas lapicidinarum & metallorum inquirere, ac auri & argenti, & sulphuris, & æris, & ceterorum fodinas ipse instituere, si nihil agriculturæ noceat. Imo, si forte in eo, quod instituit, plus reditus sit, quam in vineis vel arbustis vel olivetis, quæ fuerunt, forsitan etiam hæc dejicere poterit; si quidem ei permittitur meliorare proprietatem: nisi eæ, quas instituit fructuarius, aut cœlum corrumpant agri (fetidis forte atque pestiferis exhalationibus prorumpentibus ex apertis terræ cavernis) aut magnum apparatum sint desideraturæ, opificum forte aut legulorum, quem non potest proprietarius sustinere, *l. si cujus rei* 13. §. *inde est* 5. & §. *si tamen* 6. *ff. h. t.* Adde Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 37. Estque in eo inter ædium & fundi usumfructum differentia, quod ædium fructuarius formam earum mutare nequeat, etsi meliora repositurus, secundum ante dicta, ne publicus urbis aspectus deformetur ædificiis disjectis: at, qui fundi habet usumfructum, id possit, cessante tunc publici aspectus favore. Gothofredus in *not. ad d. l.* 13. §. 5. *ff. h. t.* Multum interim refert, utrum lapides & metalla renascantur in fundo fructuario, nec ne? Renascentia enim fructuum loco esse, atque adeo adinstar aliorum fructuum pleno dominii jure fructuario acquiri, postquam ab eo, vel ejus nomine ruta atque cæsa sunt, colligi potest

ex *l. fructus* 7. §. *si vir in fundo* 13. *ff. soluto matrimon.* Sed si non renascantur, magis est, ut tum metallorum, tum lapidum eductorum, tum cretæ, & arenæ, & terræ cespitosæ, aut fictilis effossæ, proprietas proprietario cedat; fructuarius solo talium rutorum cæsorumque pretio utatur, quamdiu vivit, aut ex eo fœnori collocato usuras percipiat, finito usufructu pretium, deductis impensis, proprietario redditurus: sic ut tunc in rutis cæsisque quasi ususfructus fructuario intelligatur quæsitus, in quantum non ipsum illud, quod eductum est, sed ejus æstimatio restituenda est, arg. *l. si vini* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* §. *constituitur* 2. *Instit. de usufr.* Sande *dec. frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 2. & plures ab eo allegati, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *n.* 34. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 5. & *cap.* 21. *n.* 17. Berlichius *conclus. pract.* 3. *conclus.* 35. *n.* 21. & *seqq.* Dato autem agri de usufructu, licentia fructuario per leges indulta est, ædificium fundo fructuario imponendi, quatenus id ad fructum percipiendum necessarium est, aut casam custodiæ causa, *l. si cujus rei* 13. §. *si tamen* 6. *in fine*, *l. pen. h. t.*

25. In annuis reditibus vitalitiis quid juris sit, ambiguum satis, utrum totus eorum proventus fructuario cedat, an magis pars quædam in sortem convertenda sit, & proprietario reservanda, ac usufructu finito ei reddenda. Sunt enim, quibus placuit, illam istiusmodi redituum (morte personæ, cujus ossibus impositi inhærent, evanescentium) partem, quæ excedit ordinarium reditus ordinarii perpetui proventum, proprietario post finem ususfructus restituendam esse; ne, si fructuarius superstes esset ei, cujus ossibus hicce reditus inhæsit, proprietas prorsus inutilis esset proprietario, & fructuarius in universum pari cum plenis talium redituum dominis gauderet jure. Vide Rodenburch. *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 4. *num.* 33. *pag.* 282. & *seqq.* Sed magis tandem tum in Hollandia tum Ultrajecti obtinuit, totum reditus vitalitii proventum fructuario acquiri plenissimo & irrevocabili dominii jure. Novella decis. Ultrajectin. 14. Aprilis anni 1659. *art.* 9. ibique Abr. a Wesel *in commentariis*, Jacob. Coren *observat.* 7. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 4. Vinnius *ad princip. Instit. h. t. n.* 2. *in fine*. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. h. t. n.* 5. sive bonorum omnium, sive tantum reditus illius vitalitii ususfructus concessus sit, cum eædem utroque in casu militent rationes. Nec caret firmissimis hæc sententia fundamentis iisque talibus, quibus simul subvertuntur ea, quæ in contrarium adduci solent. Primo enim reditus hi vitalitii iis nequeunt rebus annumerari, quæ usu consumuntur, & in quibus quasi ususfructus constituitur cum onere restituendi eandem quantitatem aut æstimationem ejus; sed magis jus ipsum reditus tales percipiendi pro sorte habendum, & annis singulis cedens reditus in fructu est; quem licet in universum absumat, aut saltem retineat fructuarius, tamen salvum manet ipsum percipiendi jus, finito usufructu reversurum ad proprietarium, qui ex eo tempore omnem reditus istius habebit utilitatem, quandiu superstes est is, in cujus mortem incertam reditus vitalitii interitus collatus est. Neque quicquam hic turbat, quod fructuario vivente mori possit is, a cujus mortalitate pendet duratio talis reditus, atque tunc nihil in universum ad proprietarium rediturum sit: sufficit enim ad verum usumfructum constituendum, quod casu eveniente potuerit ad eum utilitas pervenire. Quod ut manifestius appareat, considerandum, idem in navigiorum, vestimentorum, pecorum, jumentorum ac servorum usufructu, quod in reditu vitalitio, contingere sic quotidianum esse. Quisquis navigii usumfructum habet, illud navigatum mittere potest, dummodo non imperitos navigio præfecerit, & in constituendo navigandi tempore culpa careat; quæstum tunc omnem sibi servaturus, etsi naufragii periculum immineat, & ea possit ratione accidere, ut vivo fructuario mersa navis nullam in posterum proprietario utilitatem allatura sit; quia, ut JCtus ait, navis ad id paratur ut naviget, *l. arboribus* 12. §. *magis* 1. *ff. h. t.* junct. *l. utique autem* 16. §. 1. *l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* Groenewegen *ad d. l.* 12. §. 1. *ff. h. t.* Quemadmodum vestes ad id, ut atterantur; in quibus tamen si verus ususfructus constitutus sit, supervivens diutius fructuarius liberari potest easdem reddendo, quantumvis sine dolo malo attritas, & usui nulli deinceps futuras, *l. si ususfructus* 9. §. *si vestis* 3. *ff. usufruct. quemad. caveat.* Sed & pecorum & jumentorum & servorum verum esse usumfructum, constat, quorum tamen omnium fructus ac commoda ab incerto animalium talium atque servorum interitu dependere, in aperto est; sic ut non raro per inexpectatam eorum mortalitatem, fructuario superstite evenientem, non proprietarius tantum, sed & ipse fructuarius omni ulteriore excidat emolumenti spe. Quæ cum ita sint, absurdum videri nequit, si tota quoque annua reditus vitalitii pensio in fructuarii solius cedat utilitatem, nec utilis postea proprietario sit, casu ita eveniente.

26. Quia vero servorum & jumentorum pecorumque injecta mentio est, operæ pretium fuerit inspicere, quid horum in fructu sit, quidque in iis fructuario liceat, quid non. Partum quidem ancillæ fructuariæ in fructu non esse; operas tamen servorum ac jumentorum, & lac, & pilum, & lanam, & fœturam fructuario acquiri placuit, §. *in pecudum* 37. *ff. de rer. divis. l. in pecudum* 28. *ff. de usuris*, §. *de iis autem* 4. *Inst. per quas person. cuique acquir. l. in hominis* 3. & 4. *ff. de operis servorum*, eo excepto, quod usufructu gregis dato, non aliter fœtura ei acquiratur, quam si grege integro edita sit. Cum enim boni viri arbitratu frui oporteat, necessitas a jure fructuario imposita est supplendi ex fœtura seu agnatis defectum gregis, inque capitum demortuorum locum alia deinceps nascitura substituendi, donec rursus ad plenum sui numerum grex actus sit, *l. vetus fuit* 68. et *ll. seqq. ff. h. t.* Sed nec interdictum fructuario est, disciplinis vel arte instituere servum, cujus testator quasi ministerio vacuo utebatur, ut arte ejus ac peritia fruatur, *l. si pendentes* 27. §. *si servi* 2. *ff. h. t.* ministeriis quoque aliis adhibere servum, jumentumve, quam quibus ipse proprietarius solebat addicere; dummodo illud observet, ne feritate sua vel sævitia deteriorem efficiat, sive torquendo, sive flagellis cædendo, sive cicatricibus deformando, sive alia quacunque ratione modicam egrediendo castigationem, *l. sed, si quid* 15. §. & *generaliter* 3. *l. locum* 17. §.

ex ro 1. in fine, l. sed sicuti 23. §. ff. h. t. Neve contumeliose injurioseve utatur, aut contrariis, vel interdictis, vel inusitatis ministeriis artificium ejus corrumpat, d. l. locum 17. §. 1. l. si pendentes 27. §. si dominus 1. & ult. ff. h. t. nam si librarium rus mittat, & qualum & calcem portare cogat; si histrionem balneatorem faciat; vel de symphonia atriensem; vel de palæstra stercorandis latrinis præponat, abuti eum proprietate, Ulpianus ait d. l. sed, si quid 15. §. mancipiorum 1. ff. h. t. Cedit insuper fructuario quicquid ipsius fructuarii contemplatione servo fructuario donatum, legatum aut institutionis titulo datum probari potest, l. si servi 21. & 22. ff. h. t. quasi hoc quoque ex re fructuarii quæsitum esset, quod ejus contemplatione datum fuit, arg. l. aditio 45. §. ult. ff. de acquir. vel amitt. hered. cum alioquin hereditatis aditio in operis servi non sit, d. l. 45. pr. ff. de acquir. vel amitt. hered. Plura vide apud Meyerum colleg. Argentor. ad Pand. h. t. n. 47. & seqq. ad finem, Castillo Sotomayor de usufructu cap. 27.

27. Quod si ususfructus castri vel territorii cum appertinentiis (ut vulgo loquuntur) relictus sit, vel etiam ususfructus omnium bonorum, sub quibus tale castrum aut territorium comprehensum est, magis est ut cum ceteris fructibus etiam ad fructuarium, excluso proprietario, pertineat exercitium juris patronatus ecclesiastici, sive illud plenum sit, consistens in jure præsentandi, sive minus plenum comprobationem reprobationemve electi complectens, arg. cap. ex literis 7. extra, de jure patronatus, Castillo Sotomayor de usufructu cap. 36. num. 35. Costalius ad l. 7. ff. de usufructu, Molinæus ad Parisiens. consuetud. tit. 1. §. 1. glost. 1. num. 49. & seqq. Vinnius ad princ. Instit. de usufructu num. 2. Rodenburch de jure conjugum tit. 2. cap. 1. num. 4. Leeuwen cens. for. part. 1. lib. 2. cap. 15. num. 4. Responsa JCtor. Holland. part. 4. consil. 53. Confer Ant. Matthæum in oratione de jure patronatus, & Wissenbach. ad Pand. tit. ad Senatusconsul. Trebellian. vol. 2. disput. 9. n. 19. Omnis quoque utilitas, quæ ex munerum & officiorum in eo territorio vacantium collatione redigitur, sive lege, sive more, Vinnius d. loco, adeo ut honoribus & muneris per fructuarium admoti non excidant munere vel dignitate per mortem fructuarii, sed in administratione post usumfructum extinctum jure perseverent (etsi alioquin facta a fructuario rerum elocatio morte ejus evanescat, l. si quis domum 9. §. hic subjungi 1. ff. locati (uti enim perceptio fructuum perpetuum in fructuario effectum habet, sic uti post perceptionem illi nunquam ad proprietarium revertantur, fructuario licet mox post perceptionem moriente: sed nova fructuum percipiendorum tempestas per proprietarium expectanda est: ita quoque collationem muneris aut dignitatis semel a fructuario factam, tanquam fructus civilis perceptionem, vim suam atque durationem extendere ultra fructuarii mortem, rationis est; donec vacante legitimis modis munere vel dignitate, termini habiles rursus extiterint collationis de novo faciendæ, percipiendæque inde speratæ utilitatis, Resp. JCtor. Holland. part. 4. consil. 53. Cedunt insuper fructuario census, & canon annuus, & laudimia ob alienationem aut investituræ renovationem, aut in recognitionem directi vel antiqui domini præstanda, Ant. Faber Cod. lib. 3. tit. 23. defin. 6. Jul. Clarus §. emphyteusis quæst. 23. num. 5. Castillo Sotomayor. de usufructu cap. 36. n. 45. Mollerus semestrium lib. 4. cap. 5. num. ult. Ant. Matth. de auction. lib. 2. cap. 4. num. 19. Vinnius ad princip. Instit. de usufructu n. 2. mulctarum pœnarumque & sigilli compendia, Costalius ad l. 7. ff. h. t. Castillo Sotomayor d. cap. 36. num. 50. Vinnius d. n. 2. adeo ut proprietarius in fructuarii præjudicium mulctas, pœnasque, & similia, nequeat delinquenti remittere; cum secundum ante dicta nihil agere possit, aut impedire, quo minus fructuarius fructus, quantos potest maximos, boni viri capiat arbitratu, Burgundus ad consuet. Fland. tract. 10. n. ult. Matthæus de auction. lib. 2. c. 5. n. 27. Bona quoque ob delictum publicata, si territorio jus publicandi cohæreat, sive mobilia sint sive immobilia; uti & bona vacantia, uti hæc pluribus adstruit Ant. Matth. de auct. d. lib. 2. cap. 4. num. 17. 18. & 22. in fine. Denique etiam res adscriptitiorum seu talliabilium hominum (ut loquuntur) de quibus egi tit. de statu hominum; quibus dominus vel in totum vel pro parte succedit, pro vario regionis cujusque, in qua tales adscriptitii reperiuntur, jure moreve; si modo talis obventio personalis sit, id est, ex defuncti adscriptitii persona ac conditione promanans, cum talis successio non longe recedens ab ea, quæ est in bona vacantia, vere sit reditus aliquis fiscalis vel dominicus, sæpius novorum adscriptitiorum mortalitate, etsi non statis temporibus, renascens. Ita post Ant. Fabrum C. lib. 3. tit. 23. defin. 4. & 5. Ant. Matthæus de auction. lib. 2. cap. 4. num. 22. Ipsos sane fundos quod attinet, quibus homines tales adscripti sunt, si quidem illos post adscriptitiorum, sine successoribus decedentium, mortem ad dominos redire contiterit; fructuario nequaquam eorundem proprietas cessura est, non magis quam utile emphyteusios dominium, si emphyteusis, cujus canonem emphyteuta jure ususfructus accipit suumque facit, usufructu durante finiretur; eo quod utile istud dominium, quod penes adscriptitium aut emphyteutam fuit, per consolidationem ita domino directo unitum, nunquam renascitur sive naturaliter sive civiliter, adeoque in fructu non est; cui consequens est, ut ad summum consolidati dominii utilitatem annuam, seu fructus talium prædiorum adscriptitiorum, & emphyteuticariorum, fructuario, quamdiu vivit, & non ultra, asseramus, Faber. d. loco, & Matthæus d. c. 4. n. 14. & 22.

28. His ita circa nobiliores rerum species observatis, considerandum generaliter usufructuarium fructus omnes irrevocabili jure suos facere, seu naturales sive industriales sive civiles; ut tamen naturales industriales non aliter suos faciat, quam si ipse eos perceperit, vel alius ejus nomine, nec maturis fructibus, sed necdum a solo separatis, moriens eosdem ad heredes transmittat, §. is vero ad quem 36. Inst. de rer. divis. l. si fructuarius 13. ff. quib. mod. usufruct. vel usus amittit. l. in singulos 8. ff. de annuis legatis, l. qui scit 25. §. 1. ff. de usur. Hugo Grotius manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 2. c. 39. n. 17. D. Someren de jure novercar. cap. 13. numer. 8. Quæ & ratio est, quod fructus pendentes a prædone separatos atque surreptos ex fundo fructuarius, sed proprietarius, tanquam fructuum istorum dominus,

furtiva persequitur conditione, *l. arboribus* 12. *§. ul. ff. h. t.* quod autem hæc aliter in bonæ fidei possessore obtineant, in quantum is fructus suos faciat, quam primum a solo separati fuerint, sive ipse, sive extraneus eos separaverit, sive sine cujusquam ope sponte deciderint, *d. l.* 13. *ff. quib. mod. ususfruct. vel usus amitt. l. qui scit* 15. *§. in alieno* 1. *in fine ff. de usuris*, ejus ista ratio est, quod bonæ fidei possessor, quod ad fructus attinet, domini loco pene sit, & bona fides ei tantum præstet, quantum veritas, quoties lex impedimento non est, *l. bona fides* 136. *ff. de reg. juris l. bonæ fidei* 48. *ff. de acquir. rer. domin. d. l.* 25. *§.* 1. *ff. de usuris*, & quia fructus demum separatione videntur induere propriam distinctamque fructuum naturam, dum adhuc pendentes non ut fructus, sed ut pars soli, considerantur, *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei.vind.* adeoque fundi possessor fructuum quoque pendentium non tam dominus quam possessor erat; ideo ipsa separatione, qua desinebant pars fundi esse, dominium eorum possessori, perinde quasi domino fundi, mox cœpit acquiri. Contra vero nuspiam de fructuario cautum opinor, eum loco domini pene esse, ac usumfructum ei tantundem præstare, quantum præstat dominii jus: sed tantum ex jure ususfructus ei acquisitum videri potest jus percipiendi fructus ex aliena re, quæ fructuum perceptio cum in facto ejus, qui utitur fruitur consistat, *l.* 1. *pr. ff. quando dies ususfr. leg. cedat*, consequens est, ut moriens, antequam eos per se vel alium percepisset, & ita amittens utendi fruendi jus, non potuerit ad heredes transmittere percipiendi facultatem, atque adeo nec ullum jus in fructus pendentes. Neque id, quod de fructibus maturis, sed adhuc pendentibus, ad heredes fructuarii non transmittendis, jus Romanum statuit, ratione caret; cum et jam usufructu legato, si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos laturus esset, si die legati cedente, adhuc pendente deprehendisset, *l. si pendentes* 27. *ff. h. t.* Garsias *de expens. & melior. cap.* 11. *n.* 60. Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 256. Jac. Coren *consil.* 19. *n.* 33. *& seqq.* Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 9. *in fine*, usque adeo, ut si heres scriptus ob hoc tardius adeat, ut tardius ad legatum ususfructus perveniretur, atque ita ipse fructus maturos a solo separet, hos ipsos quoque fructuario teneatur præstare, ne ex mora sua cum alterius detrimento lucretur, *l. si ususfructus* 35. *l.* 36. *§. ult. l. quod si hæres* 47. *ff. h. t. l. uti frui* 5. *§. si post* 4. *ff. si ususfr. pet.* arg. *l. si quis rogatus* 53. *pr. & §.* 1. *ff. de fideicommiss. libertat. l. cujuscunque* 60. *ff. h. t.* Idemque est, si stipulanti ususfructus promissus sit, & mora in eo constituendo aut patientia fruendi præstanda committatur, *l. quæsitum est* 37. *ff. h. t.* Confer Donellum *comment. jur. civil. lib.* 10. *cap.* 9. Interim meminisse oportet, sive fructuarius percipiat fructus tempore eo, quo moriebatur testator & dies legati cedebat, pendentes, sive fructuario moriente fructus pendentes ad proprietarium revertantur, utroque in casu fructus non intelligi, nisi qui supersunt, deductis impensis, quæ quærendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt sic, ut ipso jure ex his contingat diminutio fructuum, *l. si a domino* 56. *§. ult. ff. de petit. hæred. l. quod in fructus* 46. *ff. de usuris*, *l. fructus* 7. *ff. soluto matrimon. l.* 1. *C. de fructib. & litium expensis*, ac proinde necesse est, eum, qui fructus suos faciet, has omnes ei refundere, qui eas fecit, heredíve ejus, Garsias *de expensis d. cap.* 11. *n.* 60. Costalius *ad l.* 7. *§. quoniam* 2. *ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 15. *art.* 5. *num.* 6. Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *num. ult.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 37. *Instit. de rer. divis. num.* 1. vers. *licet* Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 256.

29. Nihil autem refert, maturos fructus perceperit fructuarius, an immaturos, si modo usum præbere solebant, & a bono ac diligente patrefamilias, antequam maturuerint, separari; ut in olea immatura lecta, sylva cædua, fœno immaturo, similibusque contingit: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est, sed in tempus, quo magis colono, aut fructuario, dominove, eum fructum tollere expedit, *l. si absente* 48. *§.* 1. *ff. h. t. l. pen. ff. de usu & usufr. legato.* Quibus non adversatur, quod ex lege Aquilia teneri dicitur, qui olivam immaturam decerpserit, vel segetem desecuerit immaturam, vel vineas crudas, *l. si servus* 27. *§. si olivam* 25. *ff. ad leg. Aquil.* Distinguendum enim inter maturitatis gradus: nam si olea sic immatura sit, ut neque decocta adeoque caduca prope sit, neque apta pressioni, actioni ex lege Aquilia locus est: at si decocta quidem non sit, nec proxima pernicisi, ideonea tamen, quæ in usus hominum more boni patrisfamilias exprimatur, nec actio legis Aquiliæ danda est, nec in boni patrisfamilias officium impingit fructuarius, eandem a solo sic immaturam separando, arg. *d. l.* 27. *§.* 25. adde D. Noodt *tract. ad leg. Aquil. cap.* 17.

30. Fructus civiles quod attinet, puta, pensiones, si quidem illæ solvantur ex re singulis momentis usum præbent, veluti ædificio, aut servo vel jumento, anni postremi pensiones pro rata temporis, quo constitit eo anno ususfructus, inter proprietarium & fructuarium dividendæ sunt, *l. si operas* 26. *ff. h. t.* Idemque in usuris statuendum, si nominum, seu sortium fœnori collocatarum, ususfructus legatus sit; cum & pecunia quotidie suum usum, adeoque fructum civilem habeat, & usuræ vicem fructuum in multis obtineant, arg. *l. uxori fructu* 24. *ff. de usu & usufr. legato*, junct. *l. usuræ* 34. *ff. de usuris.* Sed si pensiones percipiantur ex re, statis tantum temporibus utilitatem ferente, toties fructuario heredive ejus in totum cessuræ sunt, quoties iisdem jam a solo separatis ususfructus extinctus est; etsi necdum dies exstiterit, quo pensiones ex more regionis debebant inferri: proprietario vero in totum, si fructibus adhuc pendentibus jus ususfructus finem acceperit, *l. defuncta fructuaria* 58. *ff. h. t.* Cujus definitionis ea ratio est, quod surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est, atque adeo jure eodem, quo fructuum ipsorum acquisitio regi debebat, surrogatam quoque in locum eorum pensionem censeri oportuit. Cum ergo certi juris esset, ædium rerumque similium in dies usum præbentium utilitatem fructuario obventuram fuisse usque ad ipsum ususfructus interitum, ac deinceps proprietario, si non fuissent elocatæ; meræ etiam æquitatis & rationis fuit, dividi pro rata temporis conventam mercedem. Rursus, cum agri fructus separato plenissimo jure fructuarius suos faciat, utcunque post separationem confestim decedat, nullos vero fructus tempore ususfru-

ctus finiti pendentes aut sibi acquirat aut secundum ante dicta transmittat in successores; iniquum fuisset, pensione fraudari eum, cui citra elocationem totus cessisset agrorum proventus, praesertim, si consideres, a mero fructuarii arbitrio pendere, utrum ipse fructus colligere aut uti rebus velit, an pacta mercede frui, etiamsi rei jam locatae usumfructum adeptus sit; cum ei, tanquam successori particulari, licentia fuerit a jure data conductorem ante tempus expellendi, *l. arbores* 29. §. 1. *ff. h. t.* Neque hanc circa fructus civiles distinctionem turbat, quod soluto matrimonio fructus rerum omnium dotalium, sive aedium, sive agrorum, inter maritum & uxorem dividi placuit pro rata temporis, quo matrimonium duravit, *l. fructus* 7. §. *Papinianus* 1. *ff. soluto matrimonio*, qua forte motus Hugo Grotius pensiones agrorum inter proprietarium quoque & fructuarium dividendas censet, *manuduct. ad jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *num.* 18. Illud enim ideo receptum constat, quod aequum fuerit, dotis fructus nec breviore nec longiore tempore marito acquiri, quam quo is onera matrimonii sustinuisset; quippe quorum onerum ferendorum sola consideratione dotes datae. Adde Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 77. 78. 79. Cristin. *ad Leg. Mechl. tit.* 15. *art.* 5. Donellum *comment. jur. civilis lib.* 10. *cap.* 9. Vinnium *ad* §. 36. *Instit. de rer. divis. n.* 3. Jac. Coren *consil.* 19. *n.* 44. & *seqq.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 135. *quaest.* 2. *part.* 2. *cons.* 19. *quaest.* 4. & *part.* 3. *volum.* 2. *cons.* 120. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 20.

31. Cum vero supra traditum fuerit, mulctas, poenas, commoda ex investiturae renovatione, emphyteusios venditione, ministeriorum, honorum, dignitatum collatione in fructu esse, dicendum videtur, in hisce & similibus non delicti perpetrati, nec accusationis institutae, nec aperti feudi, aut honoris vel beneficii ministeriive vacantis, vel emphyteusios divenditae, tempus spectandum esse; sed potius condemnationis in poenis mulctisve, renovatae investiturae in feudis apertis, confirmatae venditionis in emphyteusi per acceptationem laudemii, realis denique collationis beneficiorum aut ministeriorum vacantium, an scilicet tunc fructuarius in vivis sit, & ususfructus adhuc perduret, ut inde commoda sperata lucretur: prius vero mortuus vel usufructu exutus, nullum ipse lucrum inde capiat, aut ad suos transmittat heredes. Omnia namque generis hujusce commoda, non quotidie aut singulis momentis, sed, prout occasio tulerit, obvenientia; quamdiu acquisita seu percepta non sunt, non inepte fructibus pendentibus assimilaveris, quos post finitum usumfructum neque fructuario cedere, neque ad heredem ejus transire, jam ante observatum est. Scilicet, accusare reum pro obtinenda poena mulctave, litem pro laudemiis aliisque commodis movere, sementis est; messem sententia judicis & executio ejus facit, Burgundus *ad consuetud. Flandriae tract.* 10. *n.* 11. Petrus Barbosa *ad l. divortio* 8. §. *si vir ff. soluto matrimon. n.* 44. Ant. Matthaeus *de auctionib. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 23. & plures alii ab eo allegati: etsi de renovatione investiturae & similibus dissentiat Molinaeus *ad consuetud. Parisiens. tit.* 1. §. 1. *gloss.* 1. *n.* 49. & *seqq.*

32. Ceterum quid usufructuario liceat circa res fructuarias, maxima ex parte ex commodis recensitis jam innotuit; neque dubium, quin rei fructuariae possessionem penes se constitui, recte petat, *l. cujuscunque* 60. §. 1. *ff. h. t.* ac alteri quoque rem fructuariam possit fruendam concedere, sive vendendo, sive locando, sive precario vel commodato concedendo; cum & qui locat, & qui vendit, & qui gratis concedit, utatur, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. h. t.* & *passim*, dummodo meminerimus, & locationem & omnem aliam concessionem usufructu finito resolvi, etsi in longius tempus factam, *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. locatis.* Quod tamen in agris aedibusque apud nos cum eo temperamento accipiendum videtur, ut non protinus intempestivo tempore conductor excedere jubeatur, sed praevia matura denunciatione, spatioque congruo, quo sibi de alia colonia vel habitatione prospiciat, intermedio, statis pro more regionis temporibus emigret. Responsa JCtor. Holland. *part.* 4. *consil.* 51. Pignori quoque obligare usumfructum suum fructuario datum est, *l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *l.* & *quae nondum* 15. *ff. de pignor.* & *hypoth.* nam & fructus rei est vel pignori dare licere *l. fructus rei est* 72. *ff. de reg. juris l. ult. ff. de usuris*, & si forte judiciali sententia creditoribus suis condemnatus sit, ipsum etiam usumfructum pignori capi judicati exsequendi causa, nihil vetat, ut percepti vivo fructuario fructus in judicati cedant exsolutionem; idque exemplo rerum fideicommisso obnoxiarum, arg. *l. peto* 69. §. *praedium* 1. *ff. de legatis* 2. *l. Statius Florus* 48. §. *ult. ff. de jure fisci*, Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 32. *defin.* 21. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 80. *num.* 26. nisi testator usumfructum legans nominatim vetuisset, ne pro aere alieno anteriore ususfructus obnoxius sit; cum talem quisque rei suae legem dicere possit, qualem voluerit, quoties lex impedimento non est, Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 14.

33. Arcere insuper omnia potest, quae usumfructum impediunt, rebusve fructuariis damnum videntur allatura. Atque ita, si novo opere coepto noceatur a vicino, vel procuratorio nomine novum opus nuntiare potest, vel usumfructum vindicare ab eo qui opus novum parat; quae vindicatio praestabit ei quod ejus interfuit, opus novum factum non esse, *l.* 1. §. *ult. ff. de operis novi nunciat.* sive novum opus faciat vicinus, sive ipse proprietarius. Etsi enim proprietario ipsi nequeat fructuarius novum opus nunciare, *l.* 2. *ff. de operis novi nunciat. l. un.* §. *pen. ff. de remission.* usufructum tamen vindicare potest, quoties jus ususfructus a proprietario laedi constat, *d. ll.* quippe cui neque aedificia fructuaria altius invito fructuario tollere licet, neque areae fructuariae aedificium imponere, *l. usufructu* 7. §. *rei* 1. *ff. h. t. l. repeti* 5. §. *ult. ff. quib. mod. ususfr. amit.* neque, si fructuariis aedibus alias vicinas habeat, altius tollendo luminibus aedificii fructuarii in totum officere, licet modice obscurare non prohibeatur, salvo eo lumine, quod viri boni arbitrio potest habitantibus sufficere, *l. si is, qui bina* 30. *ff. h. t.* Adde Groenewegen *ad l.* 3. *ff. de operis novi nunciat.* Sed & damni infecti cautionem a vicino fructuarius recte exigit, si aedibus fructuariis damnum immineat, sic ut etiam mitti eum in possessionem aedium ruinosarum, damni infecti causa, placuerit; & jure dominii possessorum aedes, si perseveretur non caveri:

usque adeo, ut ne finito quidem usufructu ruinosas ædes fructuarius restituere cogatur, *l. qui bona* 13. §. *superficiarium* 8. *ff. de damno infecto*, *d. l.* 7. §. 1. *ff. h. t.* Denique nec dubitandum videtur, quin fructuarius, præsertim ille, cui bonorum omnium ususfructus constitutus est, quippe patientia proprietarii jus ususfructus jam quasi possidere cœpit, hæreditarias actiones possit etiam sine speciali proprietarii mandato exercere si non directo, at saltem per consequentiam: sive enim res hæreditariæ ab aliis possideantur, ipse usumfructum vindicando haud dubie earundem avocabit possessionem ut frui liceat, *l. cujuscunque* 60. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. *l. uti frui* 5. §. *utrum.* 1. *ff. usufruct. pet.* sive æs alienum exigendum sit, recte debitores hæreditarios ad solutionem interpellat; fortesque fœnori collocatas reposcit, quoties labi facultatibus debitores deprehendit; si modo tunc cautionem præstet, in rerum fungibilium usufructu adhiberi consuetam, uti id non obscure innuitur *l.* 1. *C. h. t.* in qua, dum Impp. Posidonio rescribunt: *si usus fructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est; quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione*; nihil aliud ad id, ut fructuario recte per debitores solvatur, desiderant, quam ut cautio fructuaria de restituendo, quæ perperam fuerat testamento remissa, interponatur. Altum sane de proprietarii mandato silentium est: nec in specie d. l. 1. id recte supposueris; cum, posito exigendi vel accipiendi mandato, inepti essent Imperatores, non aliter, quam *cautione oblata* solutionem admittentes; quippe quæ vi mandati non fructuario tantum non caventi jure tutoque fieri posset, sed & alteri cuivis nullum jus ususfructus habenti. Parum facit in contrarium, quod fructuarius procuratorio nomine novum opus nunciare dicitur, *l.* 1. §. *ult. ff. de operis novi nunciat.* unde concludendum videbatur ad agendum mandato opus esse, sine quo procurator non est. Etenim primo quidem ex eo, quod procuratorio nomine nunciare dicitur, non satis mandati specialis per proprietarium interponendi necessitas evincitur; cum eo ipso, quo quasi possessio ususfructu fructuario per cessionem aut patientiam proprietarii quæsita est, in rem suam procurator censeri debeat constitutus, ad agenda universa, quæ ad rei fructuariæ tendunt conservationem, arg. *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 2. *ff. usufructuar. quemadm. caveat*, & vulgo. DD. notante ac frustra dissentiente Pinello *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 16. & 68. *in med.* Sed & secundo non inepte responderis, id in novi operis nunciatione singulare esse, quod non suo sed procuratorio nomine nunciat fructuarius; eo quod nunciatio ista odiosa prorsus est tanquam species executionis, judicialem causæ cognitionem antecedentis, dum prohibetur adversarius, ne in opere cœpto pergat, donec de jure constiterit a qua executione rarius, & non promiscue per quemvis, sed per dominum vel alium domini mandatum habentem, videbatur inchoandum: unde & licet regulariter procurator de rato non caveat, novi tamen operis nunciationem faciens cautione de rato gravatur, dum forte generali quidem, at non speciali mandato de nunciatione operis novi facienda instructus est; quo modo accipio *l. de pupillo* 5. §. *qui procuratorio* 18. *ff. de operis novi nunciat.* De cetero in ipsa *l.* 1. §. *ult.* jurisconsultus haud diffitetur fructuarium suo quoque nomine actionem habere, puta, ipsius ususfructus vindicationem, ad consequendum id, quod ejus interfuit, opus novum factum non esse. Vide Fachineum *controv. lib.* 12. *cap.* 35. Argentræum *ad consuet. Britt. art.* 436. *num.* 2.

34. Adstructa fructuario hac agendi licentia consequens est, ut, ubi opus fuerit, jure petere possit a proprietario editionem tabularum & instrumentorum talium, quibus ad litem adversus extraneos instruendam defendendamve egere dignoscitur: nam, etsi rerum fructuariarum detentio ad fructuarium pertineat, ut ante dictum, non tamen tabularum & instrumentorum asservatio; quippe quam penes eum esse, cujus primario interest, adeoque in nostro casu penes proprietarium, colligi potest arg. *l. cetera* 4. §. *ult. ff. famil. ercisc. l. instrumenta* 24. *C. de fideicommiss.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 59. *num.* 29. Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 13. *defin.* 8. *in fine* Costalius *ad l.* 48. *ff. de act. emti in fine.*

35. Vidimus, quæ commoda quærantur fructuario: restat ut, quæ onera eundem sequantur, tractemus. Impensas quidem in arationem, sationem, & generaliter eas quæ fructuum quærendorum cogendorum conservandorumque gratia fiunt, non proprietarium sed solum fructuarium gravare, expeditum est; cum secundum ante dicta fructus, nisi deductis hujuscemodi sumtibus, haud intelligantur, *l. si a domino* 36. §. *ult. ff. de petit. hered. l. quod in fructus* 46. *ff. de usuris l. fructu* 7. *ff. soluto matrimon.* Et, quia mulctarum pœnarumque compendia, & laudimia, atque alia plura his similia, in fructu esse supra demonstratum est, magis est, ut fructuarius quoque impensas subeat litium, ad hæc omnia obtinenda motarum; quin & earum, quæ pro defensione jurisdictionis, non in universum sed in actu hoc vel illo singulari turbatæ, susceptæ sunt. Prolixe Ant. Matthæus refellens Ant. Fabrum dissentientem, *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 24. 25. 26. Plane, si non de fructibus, aut quæ fructuum loco habentur, nec de jure ususfructus litem fructuarius exercuerit, sed de ipsa rerum proprietate, dum alias forte res fructuarias, ut suas vindicabat, aut jus pignoris vel prædialis servituti sibi in fundo fructuario ajebat constitutum, aut debita a morosis & tergiversantibus debitoribus litis interventu exegit fructuarius, interim quidem impensarum talium necessarium onus subit, cum omnem interim ferat rerum utilitatem, sed finito usufructu erogata deducet ipse, vel heres ejus, quasi per impensas tales minore reddito cumulo rerum fructuariarum; perinde ut impensis necessariis ipso jure dotis diminutionem contingere receptum fuit, quoties non ad præsentis anni fructum, sed ad perpetuam rei utilitatem facta sunt, arg. *l.* 1. 2. 3. 4. 5. *ff. de impens. in rem dot. factis*, *l.* 1. §. *impensa* 4. *ff. de dote prælegata*, Pinellus *ad l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *num.* 68. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 15. *art.* 2. *num.* 9. 10. Quod enim pater usumfructum legalem habens in bonis adventitiis filiorumfamilias jussus est a Constantino Imperatore *sumtus ex fructibus impigre facere*, quoties, id quod filiis jure debetur, judicio poscendum

est, aut litem inferentibus resistendum, *l.* 1. *C. de bonis maternis*, non illud ex jure ususfructus defendit; sed magis, quod pater idem & fructuarius esset, & legitimus simul adventitiorum administrator, imo ante dictam Constantini constitutionem dominus bonorum ex matris successione ad liberos devolutorum; quod dominium dum per *d. l.* 1. patri ademtum fuit, reservatum nihilominus quantum ad litis impensas antiquum jus, quasi adhuc solidum perfectumque ei dominium quaesitum esset, *d. l.* 1. Confer Pinellum *d. loco*, Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 55.

36. Illud extra dubium est, quoniam omnis rei fructus ad fructuarium pertinet, modicam quoque refectionem ad eum spectare, ut rem tueatur eo in statu, in quo accepit, *l. usufructuarius* 44. *ff. h. t.* cui consequens est, ut & adserere vites ac arbores cogatur in seminario, vel in locum demortuarum substituere, & agrum proscindere & aquaeductus conservare, *l. usufructu* 7. *§. ult. l. item* 9. *§. seminarii* 6. *l. si cujus rei* 13. *§. de praeteritis* 2. *l. agri* 18. *ff. h. t.* & sarta tecta aedificia habere, idque non in necessariis tantum, sed & in voluptatis causa paratis, velut tectoriis & pavimentis, *l. usufructu* 7. *§.* 2. *&* 3. *ff. h. t. l. eum* 7. *C. h. t. si domus* 18. *ff. de usu & habit.* jumenta servosque sufficienter alere & vestire, secundum ordinem & dignitatem mancipiorum; imo & valetudinem eorum curare, *l. sed, si quid* 15. *§. sufficiente* 2. *l. sicut* 45. *ff. h. t.* nisi testator voluerit, ut hos omnes sumtus subiret, arg. *l. si extraneo* 46. *§.* 1. *& l.* 47. *l. usufructus* 52. *ff. h. t.* Si quae tamen vetustate corruant, quorum instauratio graviorem esset sumtum desideratura, reficere non cogitur, *d. l.* 7. *§.* 2. *ff. h. t.* sed si utiliter refecerit, haud dubium, quin in id erogata jure reposcat. Adde Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 169. *& seqq.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 56. 57. Eoque pertinere existimo, quod a Paulo traditum in *l.* 1. *§.* 1. *ff. de servit. praed. urban.* si ususfructus tuus sit aedium, proprietas mea, quae onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi posse, tecum nullo modo; quasi haec quoque refectio parietis excederet fructuum rationem. Sane, si id quod vetustate corruptum est, reparatione indigeat, ut fructuarius re fructuaria uti frui possit, veluti, cum villa restauranda est, cogendis ac conservandis fructibus necessaria, magis est ut hujus aedificationis necessariae impensa non proprietarium, sed fructuarium gravatura sit, *l. Titius Maevio* 50. *ff. h. t.*

37. Praeter modicam refectionem alia insuper onera fructuarius agnoscit: qualia sunt stipendia vel tributa, vel indictio temporaria, vel salarium, sive solarium, vel alimenta ab ea re relicta, ut &, si quid cloacarii nomine debeatur, vel si quid ob formam aquaeductus, quae per agrum transit, pendatur; vel si quid ad collationem viae, aut ob transitum exercitus ex fructibus praestandum sit; vel si qua fructuum pars municipio pro more regionis viliore pretio sit addicenda, *l. usufructu* 7. *§. quoniam* 2. *l. si pendentes* 27. *§. si quid* 3. *l. usufructu relicto* 52. *ff. h. t.* (in qua *l.* 27. *§.* 3. in fine recte legi *fusiones*, easque idem esse cum indictionibus, notat Raevardus *l. varior. cap.* 13.) Quibus consentaneum est, ut & reficiendi aggeris onus fructuarium gravet, etiamsi is aliqua sui parte perruptus fuerit, subsederitve, ut propterea nova quadam indictione opus sit, arg. *l. quaero* 28. *ff. de usu & usufr. legato.* Confer responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 57. *quaest.* 5. & *consil.* 135. *qu.* 3. Sed & census aut canonis praestatio, quoties agri censualis aut emphyteuticarii ususfructus est. Idemque in reditibus fundorum aliis mere realibus probandum. Alios sane reditus quod attinet, pro quorum praestatione personalis obligatio est, & simul praedia sive rustica sive urbana pignoris jure devincta, eorum onus agnoscere non tenetur is, cui praedii talis ususfructus singularis constitutus est; cum etiam in ipsa rerum proprietate legata ita jus sit, ut heres pignus luere debeat, & ita rem legatario praestare liberam a pignoris obligatione, *§. sed & si* 5. *Instit. de legatis*, Responsa Juriscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 391. Aliter quam obtineret in eo, cui bonorum omnium ususfructus datus, quippe qui reditus omnes a defuncto debitos, etsi mere personales, quin & ipsos vitalitios a defuncto promissos exsolvere ex fructibus obligatus est. Responsa JCtor. Holl. *part.* 2. *consil.* 61. Quin & alimenta, quae defunctus debuit, quoties ad heredem transit alendi onus: denique & legata annua, si modo fructus ad ea sufficiant, *l. ult. §. sin autem as* 4. vers. *sin autem legata C. de bonis quae liberis*. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 146. *num. ult.* Neostadius *Curiae Holl. decis.* 11. *in fine.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 57. *quaest.* 4. ut ita, quem universa hereditatis commoda renascentia sequuntur, omnesque reditus ac ipsi quoque vitalitii, secundum ante dicta, eundem similia incommoda, atque onera vicissim gravent, arg. *l. secundum* 10. *ff. de reg. juris*, *d. l.* 7. *§.* 2. *pr. ff. h. t.*

38. Non tamen fructuarium gravant insolita tributa graviora fructibus haud proportionata; puta, quae ab hostibus irruptionem facientibus, & ferro flammaque cuncta vastantibus, incendii terrore injecto extorta sunt; aut in exsiccationem agrorum jam tempore longiore a mari occupatorum, novoque aggere cingendorum, erogata; quippe quae omnia licet ab initio expendere fructuarius teneatur, quasi rebus, quarum ususfructus constitutus est, finito tamen usufructu deductio earum vel repetitio ei haud videtur deneganda; ne, si haec fructuario imputaveris, eveniat, ut ususfructus ei inutilis sit, ne plurium quidem annorum proventu damna talia valente sarcire. Et satie, si ea, quae vetustate corruerunt, fructuarius suo non cogatur sumtu reficere, quasi id egrederetur fructuum rationem, *l. usufructu* 7. *§. quoniam* 2. *ff. h. t.* etiam non est quod inpensas superiores, quibus aedes a plenario vindicantur interitu, agrique quasi a suis repetuntur initiis atque origine, fructuarii dispendium fore arbitremur. Adde Christinaeum *ad Leg. Mechlin. tit.* 15. *art.* 2. *num.* 10. Castillo Sotomayor *de usufruct. cap.* 57. Et in hanc facit sententiam, quod traditum ab interpretibus, graviorem impensam in res dotales factam, & in specie hanc, de qua nunc sermo est, soluto matrimonio per maritum oportere deduci, cum fructibus haud compensandam, Wesel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *n.* 17. *& seqq.* Facit denique, quod neque vicesima hereditatis pars, fisco debita nomine collateralis (quod ajunt) successionis, neque centesima aut ducentesima patrimonii, toties

hoc nostro seculo ad sublevandas fisci angustias, & tolerandos belli sumtus depensa, ex fructibus exsolvenda sit, sed fructuarius eas inchoante vel durante usufructu solutas, eodem finito jure reposcat, secundum id quo Hollandis placuit *edictis de quadragesima & vicesima art.* 6. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1955. *& interpret. edicti de num.* 100. *&* 200. *anno* 1674. 28. *Iulii, vol.* 3. *pag.* 1070. Quo modo etiam laudemia pro investituræ renovatione præstanda non ad fructuarii sed proprietarii onus spectare, si alteri proprietas, alteri ususfructus feudalium legatus sit placuit Chassenæo *consuet. Burgund. rub.* 3. *§.* 1. in verb. *propter debitum, circa fin.* versu *sed quis teneatur facere*, de quo tamen contra sentientem vide Molinæum *ad consuet. Parisiens. tit.* 1. *art.* 33. *gloss.* 1. *num.* 155. *ad* 159.

39. Quod si is, qui ædium aut fundorum sive publicorum sive privatorum usum in quinquennium conduxerat, eorum usumfructum alteri leget, legatarius quidem hisce utetur fruetur, durante tempore conductionis; sed pensionis annuæ onus haud subit, quippe quam heres præstare tenetur, *l. qui quatuor* 30. *§. qui hortos* 1. *ff. de legatis* 3. arg. *l. ei cui* 16. 17. *&* 18. *ff. de liberat. legata.*

40. Sed & illud extra dubium est, usufructuarium nullatenus ad æs alienum defuncti, usumfructum legantis, ex fructibus exsolvendum obligari: sed potius id ipsum, cujuscunque generis sit, ac vel in funus erogatum, primo ex rebus omnibus deducendum esse; tum deinde in iis, quæ supersunt, usumfructum demum fructuario videri quæsitum, cum bona non intelligantur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. ult. ff. de usu & usufr. legato, l. usufructu* 69. *ff. ad leg. Falcid. l. ult. §. sin autem* 4. *Cod. de bonis quæ liberis*, arg. *l. subsignatum* 39. *§.* 1. *ff. de verb. signif. l. mulier bona* 72. *ff. de jure dot.* Sande *decis Frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *defin.* 1. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 146. Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *c.* 24. *num.* 6. D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *num.* 4. Wesel *de connub. societate tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 94. 95. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 57. *quæst.* 4. & *part.* 2. *consil.* 61. Quibus consentaneum est, ut si fructuarius pensitationes, tributa, census, aliaque onera realia, rebus fructuarii incumbentia, quorum dies jam vivo testatore cesserat, durante usufructu solvere coactus fuerit (ut cogi potest, arg. *l. cum possessor* 5. *§. ult. ff. de censibus, tit. Cod. sine censu & reliquis fundum alienari non posse*) finito usufructu velut defuncti æs alienum, a se exsolutum, jure desideret sibi reddi, arg. *l. Imperatores* 7. *ff. de publican. & vectig.*

41. Ceterum in rebus fructuariis asservandis patrisfamilias diligentis, imo diligentissimi, partes fructuarius implere debet; cum omnem videatur suscepisse curam rei, *l. sed cum* 65. *ff. h. t. l.* 1. *§. ult. & l.* 2. *ff. usufructuar. quemadmodum caveat.* Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 20. Et licet dereliquendo usumfructum subducere sese possit oneri refectionis, quantum ad ea, quæ sponte sua deteriora, reparatione opus habent, *l. si absente* 48. *l. cum fructuarius* 64. *ff. h. t.* non tamen id ei permissum, intuitu eorum, quæ suo suorumque facto reddidit deteriora, *l. sed cum* 65. *ff. h. t.*

TITULUS II.

De Usufructu accrescendo.

SUMMARIA.

1. *Quo respectu ususfructus dividuus sit, quo modo jus accrescendi in usufructu admittatur, postquam jam concursu partes facta sunt?*
2. *Quomodo jure accrescendi gaudeat, vel non gaudeat ille, qui suam ususfructus partem jam amisit, exemplis illustratur.*
3. *Non habet locum jus accrescendi, si alimenta duobus simul ex eodem prædio legata sint.*
4. *Quæ sit ratio, cur in legato proprietatis ipso concursu collegatariorum evanescat jus accrescendi, non item in legato usufructus?*
5. *Inter confructuarios verbis tantum conjunctos non est jus accrescendi: nec inter eos, quibus separatim alternis annis ususfructus legatus est: nec, si duo conjuges simul tertio donent omnia sua bona, reservato sibi usufructu, ac dein unus conjugum moriatur.*
6. *Non cessat jus accrescendi, si unus ex confructuariis amiserit suam partem, sed ex testatoris voluntate receperit, dum is in casum amissionis repetiit usumfructum in testamento.*
7. *An, & quo jure ususfructus servo plurium dominorum legatus, uni in solidum acquiratur, si alter partem non capiat?*
8. *An jus accrescendi locum habeat, si duobus simul dignitas aut munus, lucrum adjunctum habens, collatum sit donec vixerint?*
9. *An moribus nostris adhuc vigeat jus accrescendi inter confructuarios?*

1. JUs accrescendi tantum in hæreditatibus & proprietate legata, sed & in usufructu legato locum sibi vindicat: licet enim servitutes pleræque divisionem non recipiant, *l. stipulationes* 71. *ff. de verb. obligat. l.* 1. *§. si usufr.* 9. *ff. ad leg. Falcid.* nec pro parte amitti queant, *l. si communem* 10. *ff. quemadmodum servit. amitt.* nec judicium communi dividundo admittant, *l. arbor* 19. *§. si per eundem* 2. *ff. communi dividundo*, licet insuper ipse quoque ususfructus naturaliter individuus sit, quia incorporalis est; civiliter tamen dividuus est; sic ut ab initio pro parte divisa vel indivisa constitui possit & amitti, sive non utendo, sive acceptilatione partis, *l. & per jusjurandum* 13. *§. si id* 1. *ff. de acceptilat. l. ususfructus & ab initio* 5. *ff. de usufructu & quemadmodum quis utat. l. excepta* 14. *l. placet* 25. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* & ipso jure ad singulos confructuarios ususfructus legati partes pertineant, *l. sed ususfructus* 81. *ff. ad leg. Falcid.* ac judicium communi dividundo inter eos subsistat, *l. si cujus rei* 13. *§. sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. communi dividundo* 7. *§. sed & si* 7. *ff. communi divid.* Adde Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 28. Si ergo duobus rei ejusdem ususfructus suprema voluntate (non item contractu, arg. *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. si id, quod* 15. *ff. de duob. reis constituend.*) relictus sit, uno deficiente alteri confructuario etiam accrescit portio singulari jure, in servitutibus ceteris haud admisso, *l. aquam* 16. *ff. quemad. servit. amitt.* alio tamen mo-

do, quam in hereditate vel proprietatis legato: cum enim in illis portio portioni accresceret, ac evanesceret omne accrescendi jus, quamprimum coheredes ac collegatarii agnovissent defuncti judicium, atque ita concursu partes suas incepissent habere; ex adverso jus accrescendi hic est *facultas percipiendi portionem ejus, qui non concurrit ad usumfructum sibi cum alio datum, vel concurrit quidem, sed concurrere desiit*. Sic ut portio in usufructu non rei, sed personæ accrescat, *l. interdum* 10. *in fine ff. h. t. l. si Titio* 43. §. 1. *in fine ff. de usufructu & quemadmodum quis utat. l. & an eadem* 14. §. *qui, cum* 1. *ff. de except. rei judicata*, & is quoque gaudeat accrescendi jure, qui concursu cum confructuario jam partes fecit; solus deinceps in solidum usurus, ubi non amplius invenit eum, qui sibi in utendo fruendo concurrat, *l.* 1. §. *interdum* 3. *ff. h. t.*

2. Quin imo, nec ab accrescendi jure et vindicanda vacante confructuarii parte depellendus est, qui suam in usufructu partem non amplius habet, sed amisit; si modo ad confructuarium totus ususfructus jam ante non perveniret: nam si confructuarius semel integrum incepisset usumfructum habere, atque ita in ejus solius capite seu persona recidisset, deficiente deinceps eo, ususfructus non ad priorem, qui suam partem jam amiserat, sed magis ad proprietarium reversurus esset. Si ergo (ut diversis facti speciebus positis res fiat evidentior) duobus relictum concipiamus usumfructum, ac primum non utendo suam amisisse ususfructus partem, illa quidem accresceret secundo; sed, si et secundus morte, vel capitis diminutione, vel non utendo, aliove simili modo usumfructum amittat, non jam ad primum ususfructus ille redibit ex jure accrescendi; verum potius ut in universum extinctus, ad proprietarium reverti debet. Cum enim totus ususfructus jam semel translatus fuisset, ac recidisset in caput secundi, atque ita nullum primi jus in usufructu superfuerit, non potuit etiam amplius spectari persona primi, ad vindicandum ex jure accrescendi usumfructum aut ullam partem ejus. Ita namque placuit, *ei qui amisit usumfructum, ex eo quod amisit, nihil accrescere*, ut loquitur Ulpianus in *l. sicut* 3. §. *idem Papinianus* 2. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* Sed et, si ex duobus confructuariis primus de parte ususfructus litem contestatus sit cum eo, qui rem quidem fructuariam non possidebat, liti tamen ita semet offerebat ac si possideret, ac in ea lite succubuerit; pars quidem hujus primi succumbentis secundo accrescet confructuario (neque enim victori cedit, qui non possidet; nec possessori, quippe qui non vicit; nec proprietario, quippe ad quem non revertitur quamdiu collegatarius conjunctus superest, ut ante dictum) sed si secundus non utendo aut aliter usumfructum amittat, nihil ex jure accrescendi redibit ad primum, tanquam nihil omnino juris amplius in usufructu habentem, ex ratione supra adducta; sed magis ususfructus totus tanquam extinctus hoc quoque casu ad proprietatem revertetur. Quin imo, ex confructuariis conjunctis primus suam ususfructus partem a vero vindicet possessore, sed in ea succumbat lite, portio quidem primi penes possessorem eundemque victorem remansura est; sed si secundus dein suam quoquo modo partem amiserit, nec tunc ea primo cessura erit ex jure accrescendi, sed proprietario: eo quod & hic verum est, nullum primi jus in usufructu superesse; nec quicquam ei, qui amisit usumfructum, ex eo quod amisit, accrescere posse, *d. l.* 3. §. 2. Antonius Faber *rational. ad l. interdum* 10. *ff. h. t.* paulo aliter Cujacius *lib.* 9. *observat.* 11. Hilligerus *ad Donellum lib.* 10. *cap.* 23. Barry *de succession. lib.* 13. *tit.* 3. *num.* 4. *in med.* Quod ergo diximus, eum, qui suam amisit partem, adhuc gaudere accrescendi jure, primo quidem apparet in eo, qui, cum usumfructum habuisset sibi cum alio legatum, proprietatis partem acquisivit, atque ita propter consolidationem desiit jure servitutis uti frui: licet enim tunc usumfructum, quem appellant formalem, amiserit, ut patet ex *l. si tibi fundi* 17. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* jure tamen accrescendi destitutus non est, si forte confructuarius suam aliquo modo amitteret ususfructus partem. *Si duobus* (verba sunt Ulpiani in *l. item Neratius* 3. §. *ult. ff. h. t.*) *ususfructus legetur, & apud alterum sit consolidatus, jus accrescendi non perit, neque ei apud quem consolidatus est, neque ab eo; & ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem & nunc amittet.* Nec ratio obscura est; neque enim per consolidationem ususfructus in totum perit, nec desinit uti frui qui proprietatem nactus est, sed quos fructus antea jure servitutis percipiebat, nunc capit dominii jure, & frui perseverat. De cetero adeo hoc in casu causalis ususfructus imitatur naturam ususfructus formalis, ut iisdem finiatur modis post consolidationem, quibus & ante consolidationem fuisset amittendus, *d. l.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Sed & secundo gaudet accrescendi jure qui suam amisit partem, si ex collegatariis primus suam vindicans ususfructus partem ab eo, qui non possidebat, sed se liti offerebat quasi possideret, succumbat in ea lite, mox secundus collegatarius non utendo suam amittat partem: non obstante enim ea partis propriæ amissione secundus adhuc ex accrescendi jure recte vindicaverit primi succumbentis portionem, quæ victori, utpote non possidenti, sed liti se offerenti quasi possideret, non poterat videri ex auctoritate rei judicatæ quæsita, sed penes verum possessorem non jure existebat, & ad quam secundus jus nactus erat, cum necdum suam partem amisisset. Estque hæc proprie facti species, de qua agit *l. interdum* 10. *ff. h. t.* ubi Anton. Faber *in rational.*

3. Nec hisce, quæ de portione ususfructus collegatariis accrescente dicta sunt, repugnat Papinianus in *l. dominus* 57. §. 1. *ff. de usufr. & quemadmodum quis utat.* cum illic non de legato pluribus usufructu sermo sit, sed de *fructu prædiorum ob alimenta libertis relicto*, adeoque de alimentorum legato, in quo non ita jus accrescendi vigere, naturali ratione manifestum est, cum unus ob defectum seu mortem alterius collegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis, sed magis, uti in agris limitatis alluvio cessat, *l. in agris* 16. *ff. de acquir. rer. domin.* ita & in alimentis ad unius hominis alendi necessitatem limitatis; maxime cum jus accrescendi alluvionibus assimilatum sit, *l. Titio* 33. §. 1. *in fine ff. de usufr. & quemadm. quis utat.* Unde & in casu, quo plures heredes legato alimentorum pluribus præstando obligati essent, & judices ad evitandam minutam præstationem unum ex he-

redibus elegissent, ut is solus singulis alendis alimenta subministraret, & huic uni sortem darent, ex cujus usuris alimenta solverentur; constitutum fuit, hunc heredem, sortem a reliquis accipientem, cavere debere, se sortem iis restituturum pro rata parte, uti quisque ex alendis decesserit, *l. solent* 3. *in med. ff. de alimentis vel cibariis legat.* qualis cautio inutilis esset, si reliquis alendis accrescerent deficientium alendorum portiones. Anton. Faber *rational. ad d. l.* 57. *ff. de usufructu*, & *ad l. interdum.* 10. *ff. h. t. in fine*. Guid. Papæ *decis.* 204. Francisc. de Barry *de successionibus lib.* 13. *tit.* 3. *num.* 5. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 10. *tit.* 3. *num.* 24. 25. 26. 27. Menochius *de præsumt. lib.* 4. *præsumt.* 128.

4. Rationes si requiras, cur in proprietatis legato post concursum collegatariorum cessat in universum accrescendi jus, non item in usufructu duobus relicto, considerandum est, proprietatis legatum in jure magis, quam in facto consistere, nec quotidie de novo acquiri, sed eo solo tempore, quo per legatarium vindicatur, *l.* 1. §. *interdum* 3. *fere in fine ff. h. t.* uno illo agnitionis ac concursus actu dominium partis unicuique collegatario sic tribuente, ne unquam postea illorum proprium esse desinat, quibus acquisitum est. Quo fit, ut per concursum collegatariorum ad proprietatem unius rei legatæ partibus semel factis, concursus ulterior ad rem eandem in posterum impeditus sit. Contra, in ususfructus æque, ac jus dominii, prima legati agnitione atque concursu cuique pro parte censeri quæsitum; quia tamen ususfructus *ex fruendo consistit, id est, facto aliquo ejus, qui fruitur & utitur*, ac *tum demum constitui* dicitur, *cum quis jam frui potest*, *l. unic. pr.* & §. 2. *ff. quando dies ususfructus legati cedat*, hinc est, quod & inter fructuarios plures conjunctos non primo tantum momento agniti ab utroque legati concursus fit, sed insuper quotidie per ipsum fruendi factum continuatur. Eoque sensu ab Ulpiano scriptum fuit, *usumfructum quotidie constitui & legari, non, ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicatur, d. l.* 1. §. *interdum* 3. *fere ff. in fine h. t.* Quamprimum itaque non invenit alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum ex jure accrescendi, utcunque jam annis pluribus partem fructuum alter suam concursu fecisset; si modo nunc desinat eam in futurum, interrupto concursu, suam facere, *dict. l.* 1. §. 3. *in fine ff. h. t.*

5. Inter solos autem re vel re & verbis simul conjunctos jus accrescendi locum habet, non item inter eos, qui verbis tantum conjuncti sunt; eodem modo, quo id in proprietatis legato obtinere, latius disputabitur *tit. de legatis*. Et, si duobus separatim alternis annis ususfructus legatus sit, ac ex his alter deinceps decedat, per vices temporum plena proprietas erit: neque enim accrescere alteri quicquam propria quisque tempora, non concurrente altero, integri fructus habuit, *l. si duobus* 2. *ff. quib. mod. usufr. amitt.* Sed &, si conjuges duo simul alteri inter vivos omnia sua bona donent, reservato sibi in donatis usufructu, post mortem conjugis unius alter superstes non potest sibi ex quodam jure accrescendi totum servare usumfructum, sed tantum partis illius, cujus proprietas ab ipso in donatarium collata est, nisi aliud tempore donationis expressum sit; cum tales vere in eodem usufructu conjuncti non sint. Et certe, si tunc, cum testator, duobus heredibus institutis, certæ rei proprietatem deducto usufructu legavit extraneo, jus accrescendi heredibus denegatum sit, quia non fuit ille ususfructus inter eos per concursum divisus, sed magis ab initio singulis pro hereditaria parte constitutus, *l.* 1. §. *ult. ff. de usufructu accrescendo*, ratio non est, cur non idem de duobus conjugibus simul donantibus cum lege reservati ususfructus statuendum foret; cum & his singulis non nisi suæ partis donatæ ususfructus ab initio videri possit deductus esse, Papon *lib.* 14. *tit.* 2. *arrest.* 3. Costalius *ad l.* 57. *ff. h. t.*

6. Plane, si *Titio & Mævio* ususfructus legatus sit, & additum fuerit, *tunc cum Titius capite minutus fuerit eidem usumfructum iterum legari, seu repeti*. Titius autem post capitis diminutionem ex repetitione usumfructum habeat, jus accrescendi inter Titium & Mævium eo ipso, quod Titius usumfructum jam repetitum habuit, sublatum non est; cum illa ususfructus repetitio in Titio perinde habenda sit, ac si alius Titio in usufructu legato substitutus fuisset: nam etsi inter Mævium & substitutum Titii, atque adeo etiam inter Mævium & Titium sibi substitutum, & hac ex substitutione jam usumfructum habentem, verbalis conjunctio non sit, re tamen conjuncti videntur; quod ipsum ad jus accrescendi sufficere dictum est, *l. sicut in* 3. §. 1. *ff. quib. mod. usufr. amitt.*

7. Quod si ususfructus communi plurium servo relictus sit, & unus dominorum suam in usufructu partem repudiet, alteri totus ususfructus acquiritur; non ex jure quodam accrescendi, sed magis ex jure dominicæ potestatis & servitutis jure. Nam cum jus nullum in servili persona, jure civili quadrupedibus fere comparata, consistere posset, sive illud dominii sive servitutis jus esset, atque ita necessario jus illud per servos dominis acquireretur, §. *item vobis* 3. *Inst. per quas pers. cuique acquir.* & illis quidem solis in solidum vellent, qui vellent acquirere, *l.* 1. §. *communis* 4. *l. proinde* 7. §. 1. *ff. de stipul. servorum*, consequens fuit, ut uno dominorum nolente suum exercere dominii jus & per servum acquirere, alter totam habeat ususfructus servitutem, per suum scilicet servum, cujus solius persona magis, quam plurium dominorum, inspicienda erat, ut monet Ulpianus in *l.* 1. §. *h. t.* & colligi potest ex *l. si duobus* 40. *ff. de legatis* 2. Sane ex jure accrescendi id, quod alter dominus acquirere noluisset, alteri non potuisset acquiri, recte a Proculo & aliis observatum fuit, *l. & Proculo* 20. *ff. de legatis* 2. Sive enim servum spectemus, cujus personam potissimum spectandam esse, ex *d. l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* constat; nullum esse potest accrescendi jus, ubi nulla personarum plurium conjunctio est, sed tantum unus plurium communis servus legato honoratus. Sive ex adverso plures consideremus illius servi dominos, jus accrescendi locum invenire nequit, cum domini illi nequeant conjuncti dici ea conjunctionis specie, quæ jus accrescendi producere apta est; non enim conjunctim, sed partes singulis legatas esse, quas scilicet quisque in servo haberet, in *d. l.* 20. *ff. de legatis* 2. diserte notatur: licet haud sit eundum inficias, quin conjuncti appellentur tales condomini, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* in quantum dominii in-

tuitu conjuncti & socii sunt. Et hanc conciliandi rationem, ut fundamentis juris haud destitutam, amplecti malim, quam cum aliis, inter hasce leges antinomiam statuere, quasi in *d. l.* 20. Proculi & aliorum sententia narrata quidem, at non probata esset. Adde Pacium *cent.* 6. *enant. num.* 13. Gomezium *var. res. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 39. 40.

8. Uti autem in usufructu duobus legato viget accrescendi jus, uno ex his deficiente; ita quoque, si duobus simul dignitas quæpiam, aut munus lucrum adjunctum habens, donec vixerint (*ad vitam ajunt*) collatum sit, jus hoc accrescendi haud videtur denegandum, sic ut uno moriente alter solus collati muneris exercitium habeat, ac capiat emolumenta: præsertim cum hi, in quos simul collata dignitas est, non longe distent a sociis liberalitatis Imperialis; ex quibus uno moriente, ad socium potius superstitem devolvitur liberalitatis effectus, quam ut pars deficientis pro vacante haberetur, *l. unic. C. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit*. Adde Mertam *digest. juris noviss. tom.* 5. *tit. de jure accrescendi cap.* 15. & quæ habet Mantica *de conjecturis ult. volunt. lib.* 10. *tit.* 3. *n.* 28.

9. Nec dubium videtur, quin, quæ hactenus de jure accrescendi inter confructuarios ex jure civili sunt exposita, moribus quoque hodiernis observanda sint: utpote non tam ex quadam Romanæ jurisprudentiæ subtilitate, aut legis solius potestate profluentia; quam potius ex probabili testatoris voluntate & in collegatarios affectione. Vide Wesembecium ad *Pand. h. t. num.* 2. *& seqq.* & ibi Hahnium *in notis ad num.* 4. *in medio*, Grotium, *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 23. *num.* 4. 5. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 21. Berty *de successione ab int. lib.* 13. *tit.* 3. *num.* 4. Groenewegen *de ll. abrog. ad* §. 5. *Instit. de hered. instituend. num.* 4.

TITULUS III.

Quando dies Ususfructus legati cedat.

SUMMARIA.

1. *Quando cedat dies ususfructus pure vel in diem certum legati? & quæ ratio differentiæ sit inter legatum proprietatis & ususfructus?*
2. *Quando dies cedat, si in annos aut menses singulos vel alternis annis ususfructus legatus sit? Et quis prior frui debeat; si alternis annis Titio & Mævio ususfructus datus?*
3. *Cur aliud circa cessionem diei obtineat in usufructu, quam in annuo legato?*
4. *Nihil hic moribus mutatum.*

1. Dies obligationis *cedere* dicitur, quando incipit deberi; venire vero, cum quid incipit peti posse, *l. cedere diem* 213. *ff. de verbor. signif.* Et in proprietate quidem pure vel in diem certum legata illud recepti juris est, ut dies legati protinus a morte testatoris cedat, ne illud corruat legatario ante hereditatis aditionem moriente, sed ad legatarii transmittatur heredes, de quo latius *tit. quando dies legat. cedat.* At in usufructu id singulare est, quod non cedat ususfructus pure legati dies, nisi adita hereditate, aut, si in diem relictus sit, non nisi die existente: quod etiam in usu ac habitatione propter rationis paritatem servatur, *l. unic. §. dies autem* 2. 3. *ff. h. t. l. si pure* 2. *l.* 3. *l. si habitatio* 9. *ff. quando dies legat. cedat.* Cum enim ususfructus, usus, & habitatio servitutes personales sint, ossibus personæ inhærentes, ac cum persona pereuntes, inutilis foret diei cessio ante aditionem, quippe nec ipsi fructuario ante aditionem extincto profutura, nec hæredi ejus in jura defuncti personalia haud succedenti, *d. l.* 3. Quod usque adeo verum, ut ne peccare quidem, quasi plus tempore, petendo; sed potius nihil agere videatur, qui ante diei cessionem petit, *l. unic. §. ult. ff. h. t.* Si tamen in adeundo hæres moram fecerit, æstimandus erit ususfructus ex tempore moræ factæ, & æstimatio fructuario ejusve hæredibus præstanda; ne alioquin ex mora sua lucrum hæres sentiat, & mora prosit moratori, *l. qui usumfructum* 36. §. *ult. l.* 37. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.*

2. Si in annos aut menses singulos aut alternis annis ususfructus legatus sit, plura censentur legata esse, *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usu & usufructu legato*, *l. si ususfructus* 28. *ff. quib. modis ususfr. amitt. l. unic. pr. ff. h. t.* ac proinde non simul, sed per tempora adjecta sæpius dies cedit, *d. l. unic. ff. h. t.* & si testator Titio & Mævio alternis annis usumfructum leget, ordo scripturæ designare videtur ordinem voluntatis, ut anno primo Titius, secundo Mævius utatur fruatur, *l. quotiens* 34. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Quod si ex ordine scripturæ voluntas non appareat, dum forte Titiis duobus alternis annis ususfructus adscriptus est, invicem sibi impedimento erunt, nisi consentiant aut forte diriment, uter prior fruatur, *d. l.* 34. *l. si duobus* 2. §. *ult. ff. quib. mod. ususfr. amitt.*

3. Nec hisce, quæ de diei cessione in usufructu dicta, refragatur, quod annui legati dies statim a morte testatoris cedat, *l. nec semel* 12. §. *item Celsus* 3. *ff. quando dies legat. cedat.* Ratio enim differentiæ est, quod ususfructus sit jus magis personale, quam annuus reditus, qui sæpe perpetuus, sæpe ad hæredes transit, imo ex testatoris voluntate declarata ad hæredes in perpetuum transire possit, quia non ita proprietatem reddit inutilem, aut omnes fructus consumit, uti quidem ususfructus: ut dicetur *titulo de annuis legatis*. Qua de causa nec mirum est, si in annuis legatis, magis ad proprietatis legatum accedentibus, servetur potius, quod in proprietate, quam quod in usufructu legato quantum ad diei cessionem receptum est. Quibus & altera accedit diversitatis ratio, quod in annuis legatis non tam spectetur tempus, quo fructus percipi possunt, quam potius initium cujusque anni, licet fructus, ex quibus annuum præstandum est, necdum percepti aut maturi sint: quod in usufructu non ita est, *l. in singulos* 8. *ff. de annuis legatis* nam, ut Ulpianus ait in *l. unic.* §. 2. *ff. h. t. tunc constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest.*

4. Neque quicquam in hisce per mores nostros mutatum esse, colligere licet ex iis, quæ tradita ab Hugone Grotio *manuductione ad Jurisprud. Holl. part.* 2. *cap.* 39. *num.* 13. Confer Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 8.

TITULUS IV.

Quibus modis Ususfructus vel Usus amittitur.

SUMMARIA.

1. Finitur ususfructus morte. Quid, si alicui pro se & heredibus ususfructus relictus sit, & legatarius moriatur vivo testatore, an heres ejus capiat postea usumfructum? Quid si corpori vel collegio relictus sit? Cujus mors spectetur, si fructuarius alteri usumfructum restituere rogatus sit? Cujus, si filiof. aut servo relictus? vel fructuarius alteri eum concesserit? De ingressu in monasterium.
2. Finitur & consolidatione, decisio tamen l. 17. ff. h. t. moribus sublata est.
3. Item derelinquendo; vel si domino proprietatis cedatur. An & si cedatur extraneo?
4. An finiatur ob id, quod fructuarius rei fructuaria proprietatem in alium transferre tentaverit?
5. Solo abusu rei fructuaria non perit ususfructus; nisi certus modus fruendi præscriptus negligatur.
6. Perit tamen non utendo per tempus lege definitum, etsi per violentam dejectionem impeditus esset uti. Quid juris, si parte tantum fruitus sit, vel tantum usus, non fruitus sit re? Non perit non utendo, si alternis annis, vel in annos singulos datus sit.
7. Utitur fructuarius etiam per eum, cui vendidit, locavit, donavit. An & uti intelligatur, si emtor aut donatarius ipse usus non sit? Quid si ipsi proprietario vendiderit aut elocaverit, & is rursus rem suo nomine locet aut vendat tertio, an fructuarius videatur uti per istum tertium?
8. Extinguitur rei interitu in totum, vel pro parte. Domo destructa, an ususfructus in area duret? & cur aliud in proprietate ædium legata, aut pignore ædium, quam in usufructu obtineat?
9. Quali mutatione forma rei fructuaria pereat vel non pereat ususfructus?
10. An & quando reviviscat ususfructus, ubi res, quæ interierat, restituta est, aut forma prior rei reducta?
11. Finitur etiam existente die vel conditione, ad quam concessus.
12. Quamdiu duret, si relictus sit, donec tertius quis ad majorennitatem, aut furiosus ad sanam mentem pervenerit, & tertius ille in minorennitate aut furore moriatur?
13. Ususfructus ad certum tempus datus, perit tamen morte fructuarii ante tempus additum eveniente, non item aliis modis, quibus alioquin ususfructus vulgo.
14. Non perit ususfructus alienatione, vel noxæ deditione per proprietarium facta, nec usucapione proprietatis. Quo modo ususfructus extinctus redeat ad dominum proprietatis?

1. USusfructus, uti variis constituitur, ita quoque variis finitur modis; puta, morte naturali vel civili fructuarii, §. finitur 3. Instit. de usufr. l. ult. C. eod. tit. l. 1. ff. 1. 2. 3. ff. h. t. Cum enim jus hoc personale sit, ad heredes transmitti non potuit; nisi testator usumfructum expressim alicui pro se & heredibus constituerit: quo casu duo diversi videntur ususfructus esse, quorum alter heredi fructuarii deinceps acquiritur, l. stipulatio ista 38. §. sed si quis 12. ff. de verb. oblig. l. repeti 5. ff. h. t. Nam & tunc, cum testator usumfructum legavit ac subjecit, se eundem eidem legare, quoties capite minutus erit, vel quoties amissus erit, interveniente capitis diminutione novus ususfructus est, l. si duobus 2. §. 1. l. 3. pr. & §. 1. ff. h. t. Hinc etiam ab herede novam cautionem interponi, velut in usufructu repetito, rationis est. Et si forte is, cui pro se & heredibus ususfructus legatur, ante testatorem legantem moriatur, heredem ejus, aditæ hereditatis tempore superstitem, ad usumfructum admitti oportere, verius est; cum non tam ex capite defuncti, & jure transmissionis usurus fruiturus sit, quam potius ex jure proprio, & velut ex novo usufructu, sibi sub conditione vel incerto die relicto. Utcunque in proprietate alicui pro se & heredibus legata aliud forte statuendum sit, ut latius dicetur, tit. quando dies legator. cedat. Tametsi autem heredis appellatione etiam hæredum heredes in infinitum vulgo intelliguntur, attamen hic primi tantum heredes censeri debent comprehensi, ne alioquin inutilis proprietario esset proprietas, usufructu in perpetuum recedente, l. antiquitas 14. C. de usufructu. Si collegio vel civitati ususfructus debeatur, centum annis collegium aut municipes in usufructu tuendos esse, placuit; quia is finis vitæ longævi hominis est, l. an ususfructus 56. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. si ususfructus municipibus 8. ff. de usu & usufr. legato, Grotius manuduct. ad Iurisprud. Holl. lib. 2. cap. 39. n. 23. Nisi maturius collegium dissolutum, aut civitas aratrum passa sit; tunc enim quasi morte quadam desineret usumfructum habere, l. si ususfructus 21. ff. h. t. Idemque juris statuendum, si ecclesiæ, si nosocomio, si brephotrophio, aliisque similibus piis causis, vel etiam ipsi fisco, ususfructus acquiratur; cum horum omnium non deterior esse debeat, quam civitatum conditio, arg. l. ut inter 23. pr. & §. 1. C. de sacros. eccles. Si pluribus simul pro indiviso ususfructus legatus sit, non unius, sed omnium morte demum extingui usumfructum, supra tit. 2. dictum est. Quod si legatum usumfructum legatarius alter restituere rogatus sit, magis est, ut ex fideicommissarii, quam legatarii persona dependeat pereatque, l. 1. §. 2. si legatum 4. ff. h. t. l. si quis usumfructum 29. ff. de usu & usufr. legato, nisi appareat, ita testatorem jussisse restitutionem, ut legatario nihilominus spes aliqua ususfructus duret, dum voluit, ut ad legatarium revertatur, si casu aliquo fideicommissarius eundem legatario superstite amisisset; tunc enim non fideicommissarii tantum, sed & fiduciarii mortem oporteret expectare, antequam ususfructus dici posset morte peremtus, arg. l. si usufr. 9. ff. usufructuar. quemadm. caveat. In usufructu filiofamilias relicto, siquidem ipsius filii contemplatione, mors filii expectanda erit, ut evanescat utendi fruendi jus: sin patris intuitu, ex patris quoque persona æstimari oportet durationem ejus, arg. l. si filiusfamilias 23. & ult. ff. de mortis causa donat. si neutrum constet, altero moriente ad superstitem pertinere, nec nisi morte utriusque, ad proprietatem reverti, constitutum est, l. ult. C. h. t. de usufructu. Si usufructua-

rius usumfructum alteri vendiderit, aut locaverit, aut gratis concesserit, mortem fructuarii concedentis, non ejus, cui utilitas fruendi per emtionem aut aliter data est, spectandam esse, constat; ex *l. necessario* 8. §. 2. *ff. de peric. & commodo rei vend. l. si quis domum* 9. §. 1. *ff. locati*. Interim capitis diminutione usumfructum hodie non perire notat Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 66. *num.* 26. *& seqq.* Groenewegen *ad l.* 1. *ff. h. t.* An pereat professione vitæ religiosæ, vide Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 64. 65.

2. Consolidatione quoque, dum fructuarius proprietatem rei fructuariæ nanciscitur, ususfructus extinguitur, §. *pen. Instit. de usufr.* adeo ut, si proprietas fundi Titio sub conditione legata sit, Mævio ejusdem fundi ususfructus pure, & Mævius pendente conditione dominium proprietatis acquisierit, deinde conditio extiterit, ad Titium pleno jure fundus pervenire debeat; nec Mævius, qui consolidatione jus omne legati ususfructus amisit, eundem sic amissum rursus possit vindicare, quasi nuda proprietas Titio data esset, *l. si tibi fundi* 17. *ff. h. t.* Ita sane Juliano placuit ex summo juris rigore; cui tamen vix est, ut hodiernis moribus inhæreatur; ac proinde post conditionem legatæ proprietatis existentem ex æquitate reviviscere Mævio oportere usumfructum, quasi medio tempore proprietatem nactus non fuisset, jure contendit post Molineum, Mornacium alioque Groenewegen *ad d. l.* 17. *ff. h. t.* argum. *l. dominus* 57. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. si maritus* 22. *C. de inoff. testam. l. eum, qui* 21. §. *ult. ff. de inoff. testam. l. Papinianus* 18. *ff. de servitutibus*.

3. Perit insuper, si fructuarius eum pro derelicto habeat, *l. cum fructuarius* 64. & 65. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* aut jus suum cedat domino proprietatis, *d.* §. *pen. Instit. de usufructu*, cum & his in casibus ususfructus cum proprietate conjungatur, nec cuiquam res sua servire possit, *l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. pet.* Extraneo facta cessio nullius momenti est nec usumfructum solvit, quod manifeste Imp. in *d.* §. *pen. Inst. de usufructu* significat. Cum enim ibidem id unum sibi proposuisset, ut modos enumeraret, quibus usumfructum perire placuerat, post alia ait, *item finiri usumfructum, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur* (*nam cedendo extraneo nihil agitur*) quæ verba postrema, *nihil agi*, perperam a nonnullis eam receperunt interpretationem, quasi nihil ageretur extranei intuitu, seu nihil ea cessione in extraneum transiret; de cetero tamen ad proprietatem ususfructus reverteretur, *l. si ususfructus* 66. *ff. de jure dot.* præsertim cum eo sensu etiam, *nihil agere*, accipiatur in *l. per servum* 27. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* & *l. qui mihi* 13. *ff. de donation.* Id enim si verum esset, idem operaretur cessio extraneo facta, quod efficit ea, quæ domino proprietatis fit, periret scilicet utraque ususfructus, recederet a fructuario, & proprietati adjiceretur; atque adeo ineptus prorsus esset Imperator, quod in quæstione, quibus modis ususfructus finiatur, adeo sollicite cessionem extraneo factam distinxisset ab ea, quæ proprietario facta usumfructum dissolvit. Unde magis est, ut adhibita ea interpretatione, quæ absurditate ac vitio caret (juxta monitum in *l. in ambigua* 19. *ff. de legibus*) dicamus, *nihil agere*; perinde accipiendum esse, ac si dictum esset, non extingui usumfructum. Et quamvis in *d. l.* 57. §. *ult. & l.* 13. circa quæstionem, an servus aut procurator sua voluntate seu mente efficere possit, ne domino quæratur res donata, responsum fuerit, illos nihil agere, sed rem domino acquiri, cui donator eam voluerat donatam, tamen id ad explicandam mentem *d.* §. *pen. Instit. de usufructu*, transferri nequit, cum ibi *nihil agere* dicatur fructuarius respectu quæstionis, quæ concepta erat, non de eo, an ususfructus transiret in extraneum, sed de eo, an ususfructus finiretur; adeoque cedendo extraneo nihil agebat quantum ad ususfructus dissolutionem. Neque his contrarium est, quod a Pomponio scriptum fuit in *d. l.* 66. *ff. de jure dot. usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; &, qui proprietatem non habet, nihil ad eum transire; sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum.* Non enim ait, de præsenti usumfructum ob cessionem reverti; sed cum dixisset, cessione tali nihil in *extraneum transire* (in tempore præsenti, ut loquuntur) subjicit, sed ad dominum proprietatis *reversurum*, verbo futuri temporis, ac proinde non statim, sed, ubi legitimus extiterit finiendi modus, perinde ac si cessus non fuisset ususfructus; & fructuarius cedendo extraneo nihil egisset. Frustra vero contenditur, fructuarium cedendo statim amisisse omne jus, in quantum cessio per tres personas peragitur, dum in jure cedit dominus, vindicat is, cui ceditur, addicit prætor. Ulpianus in *fragm. tit.* 19. §. 9. 10. 11. cum ergo hic ad cessionarium transire non potuerit jus ususfructus, & tamen cessione jus omne suum abdicaverit fructuarius, ab alio vindicandum, consequens videbatur, necessario usumfructum ad proprietatem ipso cessionis tempore in continenti redire. Sed considerandum, ita demum per cessionem & addictionem subsecutam dominia & jura cessa a cedente recedere, si cessio secundum præcepta legum, non contra leges, facta sit: est enim in jure cessio quædam quasi traditio tum corporalium tum incorporalium rerum, & eosdem cum vera traditione effectus habet, ut ex eodem Ulpiano constat *tot. t.* 19. ideoque, uti vera traditione non aliter recedit a domino jus dominii, quam si secundum leges concurrentibus requisitis facta sit, §. *per traditionem* 40. *& seqq. Inst. de rer. divis.* ibique DD. *l.* 1. §. *ff. de acquir. vel amitt. posses.* Ulpianus *d. tit.* 19 §. 7. ita quoque cessio, quæ nullo jure facta est, fructuarium jure suo exuere non potuit, sed magis ea cessione nihil actum censeri debet; ut plerumque nihil actum creditur, ac negotium nullum est, ubi contra leges gestum, *l. non dubium* 5. *Cod. de legibus*. Quod & non obscure Paulus significat *lib.* 3. *sent. tit.* 6. §. 32. dum agens de modis finiendi usumfructum, ait, *in jure cessione amitti usumfructum, quoties domino proprietatis usufructuarius eum in jure cesserit.* Nec turbare debet, quod a Celso scriptum, si furioso, quem sanæ mentis existimas, eo quod forte in conspectu inumbratæ quietis fuit constitutus, rem tradideris, te desinere possidere, licet ille non sit adeptus possessionem: sufficere enim, quod dimiseris possessionem, etiamsi non transferas: denique ridiculum esse, illud dicere, quod non aliter quis velit dimittere, quam si transferat; cum potius velit omnino dimittere, quia e-

xistimat, se transferre, *l. quod meo* 18. *§. si furioso* 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Non enim ibi de dominii, aut juris alterius, sed solius possessionis amissione agitur; quæ, uti facti est, ita etiam facile interveniente naturali traditionis facto a nobis recedit: a possessionis autem amissione ad amissionem dominii, alteriusve juris quæsiti, nulla argumentatio est, possessione nihil commune habente cum proprietate, *l. naturaliter* 12. *§. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Eoque pertinere existimo, quod Ulpianus scripsit, differentiam inter dominium & possessionem hanc esse, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult; possessionem autem recedere, ut quisque constituit nolle possidere, *l. si quis vi* 17. junct. *l.* 1. *§. si vir* 4. *de acquir. vel amitt. possess.* non, quasi invitus retineat rem, si illam pro derelicto habere velit; sed, quod dominii jus ab eo non recedat, si rem in alium velit translatam, nisi & re ipsa eandem in illum quoque, qui errans possessionem transferre vult in alium, eandem haud acquirentem, non amittere possessionem, quia quodammodo sub conditione recedit de possessione, *l. si me in* 34. *in fine principii ff. de acquir. vel amitt. possess.* Confer de hac quæstione Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 66. Sande *de cessione action. cap.* 5. *n.* 35. & dissentientem Vinnium *ad §.* 3. *Instit. de usufr. num.* 4.

4. Sed si non usumfructum tantum, sed & ipsam rei fructuariæ proprietatem fructuarius dolo malo in alium transtulerit, ipsum in pœnam doli usufructu privandum fuisse, aliquando in Hollandia judicatum & supremo revisionis judicio firmatum fuit, in casu, in quo pater, liberorum tutor, in liberorum bonis usumfructum habens, domum fructuariam oppignoraverat, nec deinde judicati exsequendi causa distrahendam executori assignaverat, Groenewegen ad Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *num.* 25. Quæ tamen res judicata cum multis singularibus innitatur circumstantiis, & nominatim insignem coerceat eamque continuatam fraudem ac machinationem a patre, simulque tutore, in liberorum necem adhibita, vix est, ut ad alios porrigatur fructuarios, simpliciter rei fructuariæ proprietatem alienare admittentes; cum & in fideicommissis facta per patrem fraus insignitior in præjudicium filii. ademptione commodorum punita inveniatur, *l. Imperator* 60. *ff. ad Senatusc. Trebell.* etsi vulgo nulla talis in fiduciarios, pendente die vel conditione rem fideicommissariam alienantes, pœna statuta sit, arg. *l. peto* 69. *§. prædium* 1. *ff. de legatis* 2. *l. ult. §. sed. quia* 2. & 3. *C. communia de legatis.* Responsa JCtor. Holland. *part.* 5. *consil.* 184. *in fine*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *num.* 25.

5. Et generaliter, ob solum rei fructuariæ abusum fructuarium non esse usufructu privandum, extra dubium est; cum cautio fructuaria de utendo fruendo boni viri arbitratu sæpius committi possit, manente usufructu; quod non esset, si solo statim extingueretur abusu, *l.* 1. *§. utilius* 5. & *§.* 6. *ff. usufructuar. quem. caveat.* Neque obstat, quod ille, qui non reficit ædes fructuarias ruinosas, prohibetur a domino uti frui, *l. hoc amplius* 9. *§. ult. ff. de damno infecto.* Non enim prohibitio ista ad perimendum in perpetuum utendi fruendique jus spectat, sed tantum temporaria est, donec scilicet fructuarius reficere paratus fuerit; eo modo, quo & ei, qui conferre non vult, hæreditariæ denegantur actiones, donec contulerit, *l. §. si cum duobus* 13. junct. *§. si frater* 10. *ff. de collation.* & ususfructus fructuario, cautionem fructuariam interponere recusanti, *l. si cujus rei* 13. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Berlichius *part.* 2. *conclus.* 50. *n.* 63. dissentit Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 19. *art.* 4. *num. ult.* & *in addit.* Ant. Faber *Cod. lib.* 3. *tit.* 23. *defin.* 2. Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 21. 23. 24. ea potissimum moti ratione, quod conductorem quoque & emphyteutam ob abusum rei expelli jura sinunt, *l. æde quam* 3. *C. de locato*, *auth. qui rem C. de sacros. ecclesiis.* Cum tamen diversa plane fructuarii ratio sit, quippe qui depulsus nihil retinet; cum ex adverso emphyteuta canonem, mercedem conductor retineat usu rei spoliatus. Plane, si certus utendi fruendi modus in usufructu constituendo expressus fuerit, veluti, ut quis æstate uteretur, non hyeme, ut agro ad pascua uteretur, & ille hyeme usus sit, aut fœnum segetesve ex agro collegerit, non utendo per modum perire jus ususfructus, innuitur *d. §.* 3. *Instit. de usufructu*, Vinnius *ad d. §.* 3. *n.* 2.

6. Quod si fructuarius omnino non utatur re fructuaria, triennio in mobilibus, decennio inter præsentes, vicennio inter absentes in immobilibus, & secundum jus nostrum hodiernum triente seculi, aut secundum alios annis triginta, Grotius *manud. ad Jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *num.* 26. tali non usu perire usumfructum, constitutum est, *§. pen. Inst. de usufructu l. penult. §.* 1. *C. h. t. l. pen. C. de servitut. & aqua*; junge Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 67. etiamsi ex eo, quod vi de possessione rei fructuariæ dejectus erat, usus non sit, *l. si plures* 9. *§. ult. ff. de vi armata.* Si quis parte aliqua rei fructuariæ non fuerit usus, in ea sola usumfructum amittit, *l. excepta* 14. *l. placet* 25. *ff. h. t.* Et, si usumfructum habens, constituto tempore tantum utatur, si quidem sciens se usumfructum habere, tantum uti voluerit, nihilominus & frui videtur, ac usumfructum retinet: si vero ignoret, dicendum est, eum amittere usumfructum; cum non ex eo, quod habet, tunc utatur, sed ex eo, quod putavit se habere, *l. is, qui usumfructum* 20. *ff. h. t.* Hac, si ususfructus simpliciter sine temporum intervallis constitutus sit; nam si alternis debeatur annis, in totum non usu perit, uti nec capitis diminutione, quia plura legata sunt, annis singulis de novo cedentia, *l.* 1. *§. ult. l. si usufr. alternis* 28. *ff. h. t. l. cum usufr.* 13. *ff. de usu & usufr. legato*, *l. cum in annos* 11. *ff. de annuis legatis.* Quin imo, etsi uni eidemque ususfructus non simpliciter, sed *in annos singulos* legatus sit, non unum, sed plura repetita ususfructus legata intelliguntur; quia commemoratio temporum repetitionis potestatem habet; ideoque nec tunc aliter quam per mortem ususfructus cum effectu cessat, *l.* 2. *§.* 1. *ff. h. t. d. l.* 11. *ff. de ann. leg.*

7. Non utitur autem usufructuarius, si nec ipse utatur, nec nomine ejus alius; puta, qui emit usumfructum, vel qui conduxit, vel cui donatus est, vel qui negotium fructuarii gerit, vel maritus pro uxore, vel uxor pro marito absente, *l. si mulieri* 22. *ff. h. t. l. non utitur* 39. junct. *l. si usufructus* 55. *ff.*

1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Plane illud interest, quod si vendidero usumfructum, etiamsi emtor non utatur, videor tamen usumfructum retinere, quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur: quod si donavero, non alias retineo, quam si ille utatur, *d. l. non utitur* 38. *l.* 39. & 40. junct. *l. si usufructus* 35. §. 1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* cum qua limitatione accipiendum est, quod paulo generalius Ulpianus dixit, & eum qui vendit, uti, & eum qui locat, uti, & eum, qui precario concedit vel donat, uti, ideoque retineri usumfructum, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Nec est, quod his, quæ de donatario non utente dicta, regeratur, donantem nihilominus æque, ac vendentem locantemve, uti videri, quia donatarium etiam non utentem habet sibi ad antidora devinctum, ut venditor emtorem, aut conductorem locator, ad pretium vel mercedem; & lucri species est, beneficii debitorem sibi acquirere, *l. si pignore* 54. §. *eum, qui* 1. *ff. de furtis.* Stringeret etiam ista ratio, si eadem antidori quæ mercedis pretiive exactio esset; quod non ita est; cum venditi actio, vel locati, facilem reddat promissæ mercedis ac pretii impetrationem, adeoque efficacem jure civili obligationem; at antidori persequendi causa nulla actio comparata sit, sed solum subsit naturale debitum, ac ne plenum quidem illud, sed solo pudoris vinculo subnixum, *sed & si* 25. §. *consuluit* 31. *ff. de petit. hered.* Illud quoque singulare est, quod, ubi fructuarius usumfructum non extraneo, sed ipsi proprietatis domino vendidit aut locavit, ac proprietarius deinde rem fructuariam rursus alteri vel locavit suo nomine vel vendidit, usufructuario usumfructum non utendo amittat, etsi a proprietario mercedem pretiumve acceperit, quia non fructuarii sed suo nomine emtor, & conductor secundus nomine conductoris primi seu proprietarii, fruitus est, *l. Pomponius* 29. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Quod si utatur quidem fructuarius, nullum autem emolumentum sentiat, dum forte agrum colit tam sterilem, ut nullus inde fructus nascatur, ac, juxta vulgiverbium, nil profecturis littora bobus arat, adhuc ea ratione usumfructum utendo conservari placuit, *d. l.* 12. §. *de illo* 3. *ff. de usufr. & quemadm. quis ut.*

8. Rei insuper totali interitu usumfructum quoque interire, expeditum: est enim ususfructus jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est, *pr.* & §. *pen. Instit. de usufructu.* Si pars perierit, in parte superstite adhuc salvus est, *l. si cui insula* 52. *ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. fundi* 8. *l.* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* ædium tamen usufructu constituto, si domus tota perierit, ne areæ quidem aut cementorum ususfructus durabit, *l. repeti* 5. §. *rei* 2. *ff. h. t. d.* §. *pen. Instit. de usufr.* & ita observari testatur Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 20. & *seqq.* nisi non specialiter domus certæ, sed bonorum omnium ususfructus legatus sit, cum in bonorum substantia area quoque numeretur, *l. quotiens* 34. §. *ult. ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Quamvis aliud in ædibus specialiter pignori obligatis, aut proprietatis jure legatis placuerit; dum & arena & rudera post domum destructam legatario præstanda sunt, ac creditori devincta manent, *l. si grege legato* 22. *in fine ff. de legatis* 1. *Paulus* 29. §. *domus* 2. & *l. ult. ff. de pign. & hyp.* Cujus varietatis hanc puto rationem esse, quod in pignore quidem hoc inter debitorem & creditorem tacite actum censetur, ut quam maxime creditori cautum sit, arg. *l. ult. C. quæ res pign. dari*, maxime vero tunc cautum intelligitur, cum & arena post domum collapsam devincta manet. Proprietatis autem legatum nihil in se comprehendit, quod contra dominii naturam est; cum ex adverso ususfructus legatum servitutem inducat libertati naturali & dominio, dominis suis utilitatem præbenti, contrariam, quibus consentaneum erat, ut facilius evanesceret ususfructus legatum, quo res rediret ad statum naturalem, quam legatum proprietatis, nihil præter naturam involvens. Qua ratione usumfructum quoque gregis interire responsum est, cum usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, *l. ult. ff. h. t.* etsi proprietate gregis legata vindicatio legati supersit, ubi ad unam ovem grex pervenit; & in uno capite stat nomen universitatis, §. *si grex* 18. *Instit. de legatis*, junct. *l. sicut* 7. *in fine ff. quod cujusque universit. nom. l. si grege* 22. *ff. de legatis* 1. Pecoris quoque usufructu dato, & pecore extincto, neque carnis neque corii superesse usumfructum, Gajus asserit, *l. pen. ff. h. t.* Contra, si proprietas legetur, extincti animalis corium & cornua vindicari posse, si legatum vindicationis relictum sit, alibi dictum *tit. de rei vindicat.*

9. Quod si res fructuario non interierit, sed omnimodam formæ mutationem passa sit, perinde ac interitu perire jus ususfructus, receptum fuit, sive proprietarius mutaverit, sive extraneus, *l. repeti* 5. §. *rei mutatione* 2. *ff. h. t.* finge, areæ fructuariæ domum imponi; ex stagno vel lacu agrum fieri, vel ex agro stagnum lacumve; ex vasis aureis argenteisque massam, aut contra; ex sylva fructuaria arvum arboribus cæsis; ex balneo habitationem; ex taberna diætam, *l. repeti* 5. §. *ult. l. quid tamen* 10. §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. *l. si cui* 12. *ff. h. t.* Sed & si quadrigæ usumfructum datum proponas, uno ex equis decedente, uti quadriga esse desinit, ita & ususfructus in residuis tribus non manebit; nisi vivo testatore mors equi unius intervenerit, inque locum ejus alius ante diem legati cedentem substitutus sit, *l. quid tamen* 10. §. *ult. l.* 11. *ff. h. t.* sed quia equorum quatuor usufructu legato, si unus perierit, in tribus reliquis ususfructus perdurat, *d. l.* 10. §. *ult. ff. h. t.* visum nonnullis est, subtilius hac parte Romanos distinxisse, quam ut hodie admitteretur in quadriga interitus ususfructus ex equi unius mortalitate. Ita post Mornacium & Autumnum Groenewegen *ad l.* 65. §. 1. *ff. de legati* 2. Ant. Matthæus *de successionibus in in auctario de divortio legum & usus n.* 48. Si vero non in universum, sed pro parte tantum, forma rei mutata sit, ususfructus durat; veluti, si fundi legato usufructu villa diruta sit; sive villa fundi accessio sit, *l. fundi* 8. & 9. *ff. hoc t.* sive contra fundus fuerit accessio villæ, & villa perierit; si modo, ut ante dictum, non villæ sed fundi ususfructus legatus sit, *l. quid tamen* 10. *pr. ff. h. t.* neque enim dubium, quin *d. l.* 10. cohæreat *legi* 8. & 9. adeoque de eodem casu fundi legati accipienda est. Alioquin enim, ubi non fundi, sed villæ ususfructus legatus est, villa diruta

eur non æque usufructus in villæ fundo cessaret, quam in arena domus fructuariæ destructæ, ratio non apparet. Sic nec fundi legati ususfructus interit, si arva in venas, aut contra, mutentur, *l. quod tamen* 10. *§. non tamen* 4. *ff. h. t.* vel summa ex fundo fructuario terra sublata sit, aliaque regesta, *l. cum usumfructum* 24. *§. ult. ff. h. t.* Idemque dicendum, si vel domus vel navis non simul & semel demolita fuerit, sed paulatim adeo per partes refecta, ut nihil ex pristino supersit, & omnis nova facta sit, *d. l.* 10. *§. non tantum* 1. *& §. pen. ff. h. t. l. si ita legatum* 65. *§. ult. ff. de legatis* 1.

10. Posito autem ususfructus interitu per interitum rei aut universalem formæ mutationem; illud non satis expeditum est, utrum restituta re, aut forma priore reducta, reviviscat? Distinctione adhibita dissidium componi posse puto: si enim non eadem numero, sed similis tantum res similisque forma restituta sit, usumfructum manere peremtum verius est. Qua ratione post demolitam destructamve domum fructuariam in nova domo reposita nullum jus fructuario renascitur: & si scyphi usufructuarii sint in massam redacti; in novis scyphis inde factis, etsi eodem artificio & cælatura, non redintegratur pristinum ususfructus jus: cum neque eadem domus sit, neque scyphi iidem, quorum ususfructus datus erat, *l. qui usumfr.* 36. *ff. de usufr. & quemadm. quis utat. l. quid tamen* 10. *§. non tantum* 1. *ff. h. t.* Annæus Robertus *rer. judicat. lib.* 4. *cap.* 8. Joh. Papon. *lib.* 14. *tit.* 2. *arrest.* 4. Denique, si navis dissoluta sit, iterumque iisdem tabulis, nulla præterea adjecta, restaurata, usumfructum non redire in dubio placuit, *d. l. quid tamen* 10. *§. pen. ff. h. t.* licet in navi non tam juris, quam voluntatis quæstionem esse, colligi possit ex *l. inter stipulantem* 83. *§. sacram* 5. *de verbor. obligat.* Contra, si eadem numero res, quæ interierat, rursus quasi ab interitu resuscitata sit, ususfructus quoque pristinum in statum revertitur. Adeoque, licet per impositam areæ fructuariæ domum ususfructus areæ esse desinat, decidentibus tamen aut deustis ædibus, iterum incipit ejusdem arenæ utilitas fructuario deberi, *l. qui usumfr.* 36. *pr. l. si in area* 71. *ff. de usufr. & quemad. quis utat. l. repeti* 5. *§. ult. l.* 6. 7. *ff. h. t.* quia eadem area est, *l. qui res* 98. *§. ult. ff. de solut.* Agro quoque fructuario inundato, vel capto ab hostibus, instauratur ususfructus, ex quo aqua recessit aut postliminii jure ager receptus est, *l. si ager* 23. *l.* 24. *pr. l. si ager ab hostibus* 26. *ff. h. t.* Plane, si fundus fructuarius a flumine novum alveum faciente occupatus sit; quemadmodum novi alvei derelicti proprietas ad pristinos dominos jure proprietatis non revertitur; ita nec jure ususfructus ad fructuarios, sed magis prædia vicina habentibus cedit, *d. l. cum usumfr.* 24. *ff. h. t.*

11. Denique utendi fruendi jus impeditur, existente die vel conditione, ad quam ususfructus constitutus erat, *l. interdum* 15. *ff. h. t.* Unde &, si Titio per testatorem ususfructus alicujus rei sub conditione legatus sit, & pendente ea hæres ejusdem rei usumfructum alteri concesserit, existente deinde conditione ususfructus finietur per heredem datus, quasi jure hæredis circa usumfructum resoluto per eventum conditionis, usumfructum priorem jam confirmantis, *l. si sub conditione* 16. *ff. h. t.*

12. Quod si ususfructus uxori per maritum vel alteri cuicunque relictus sit, donec communis filius vel alius prorsus extraneus ad pubertatem, aut majorennitatem, aliamve ætatem certam pervenerit; stabit ususfructus ad illud usque tempus, quod testamento expressum est, sive is, in cujus ætatem conceptum est ususfructus legatum, ad eos pervenerit annos, sive maturius in fata concesserit; cum non tam ad vitam istius hominis, quam ad certa annorum curricula respexisse testator credendus sit, *l. ambiguitatem* 12. *C. de usufr. et habit.* Sed &, si usumfructum legatum proponas, donec in furore filius vel alius quisquam remanserit; illo quidem resipiscente evanescat ususfructus, quasi existente conditione, ad quam constitutus est: at si adhuc in furore perdurans decesserit, usumfructum manere placuit, quasi in fructuarii ipsius vitam relictus esset, quia potuisset ille, in cujus resipiscentiam collatus erat finis ususfructus, si diutius vixisset, *d. l.* 12. *§. sin autem* 1. *C. de usufr. et habit.* Adde Brunnemannum *ad d. l.* 12.

13. Quoties autem in diem, aut usque ad conditionem, ususfructus constitutus est, ita demum in id tempus perdurabit ususfructus si fructuarius eo usque superstes sit: ipso enim ante moriente, usumfructum interire, nec ad hæredes transmitti posse, Imperator ait; cum morte usumfructum penitus extingui, indubitati juris sit, *d. l.* 22. *C. de usufr. et habit.* arg. *l.* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 62. *n. ult.* Plane præter mortis casum ususfructus ad certum tempus legatus usufructuario cum effectu non perit per modos alios, quibus vulgo ususfructus amitti solet, quia tunc, cum certum tempus est appositum, *veluti decennium*, repetitus censetur ususfructus in casum amissionis per capitis diminutionem aut alios modos, iterumque eidem novus datus, donec dies extiterit; perinde ac si testator nominatim addidisset, *quoties quis capite minutus erit, vel quoties ususfr. amissus erit, eundem ei do, lego:* usque adeo ut legato usufructu cum illa adjectione, *quamdiu fructuarius vivit*, etiam tunc ususfructus toties credatur de novo repetitus, quoties vivo fructuario amissus fuerit, *l. sicut* 3. *pr. ff. h. t.*

14. Ceterum neque alienatione, neque noxæ deditione per proprietarium facta, neque proprietatis usucapione usumfructum interire, expeditum est, *l. locum* 17. *§. proprietarius* 2. *ff. de usufructu et quemad. quis utat. l. justo errore* 44. *§. non mutat.* 5. *ff. de usucapion.* Quemadmodum & certum, nudæ proprietatis dominum, finito usufructu incipere pleno jure dominum esse: quod pluribus exsequitur Castillo Sotomayor *de usufr. c.* 75. 76.

TITULUS V.

De Usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur.

SUMMARIA.

1. *In fungibilius est quasi ususfructus, etiam cum omnium bonorum ususfructus legatus est.*
2. *An etiam actu inter vivos constitui possit?*
3. *Quæ sibi fungibilibus hic contineantur? an & no-*

mina; an & ruta ac caesa ex lapicidinis vel metallifodinis in fundo fructuario existentibus?

4. *An & quo modo in vestimentis sit verus aut quasi ususfructus? & quid moribus?*

1. CUm in rebus fungibilibus verus non posset ususfructus constitui, dum usu consumuntur nec salva post usum esse potest earum substantia; Senatusconsulto quasi usumfructum in illis admitti placuit; quo ita traduntur res fungibiles, ut, dominio earum in accipientem translato, non eædem in specie, sed in genere, seu res similes ejusdem quantitatis & qualitatis, restituantur; aut earum æstimatio, quæ fuit tempore ususfructus acquisiti, *l.* 1. 2. *l. si vini* 7. *ff. h. t.* §. *constituitur* 2. *Instit. de usufructu*, Peckius *de testam. conjug. lib.* 3. *cap.* 24. *num.* 4. Ant. Matthæus *de servitut. disput.* 3. *th.* 11. 12. quasi ususfructus fungibilium etiam tunc datus censeri debet, cum alicui bonorum omnium ususfructus legatus est, in quantum in bonis reperiuntur ea, quorum usus in abusu est, arg. l. 1. *C. de usufructu*, *l. uxori meæ* 37. *ff. de usu & usufr. legato.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 59. *n.* 27. *& seqq.* licet aliter olim Ciceroni *in topicis num.* 15. *a contrariis*, visum fuerit, *non debet*, inquit, *ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere; usus enim, non abusus, legatus est*, Nec mirum; nondum quippe conditio Senatusconsulto, quo ad res, quæ usu consumuntur, ususfructus porrectus fuit. Quo modo & Ulpianus *in fragm. tit.* 24. §. 26. scripsit, *usumfructum jure civili legari earum rerum, quarum salva substantia utendi fruendi potest esse facultas*; mox tamen Senatusconsulti de rebus fungibilibus conditi injiciens mentionem in seq. §. 27. Confer Galvanum *de usufructu cap.* 3. *n.* 3.

2. Etsi autem ultima plerumque constituatur voluntate; nihil tamen vetat, quominus ad exemplum veri ususfructus etiam actu inter vivos introducatur: in mutuum propterea nequaquam degeneraturus; cum nihilominus maxima & media finiatur capitis diminutione *d.* §. 2. *Instit. de usufructu*, & æstimatio reddi possit, ac cautio de restituendo interponi debeat, si exigetur, *l. hoc Senatusconsultum* 5. §. 1. *l. si vini* 7. *ff. h. t.*

3. Ceterum, uti in auro, argento, ære, oleo, frumento, vino, similibusque, ac in ipsa numerata pecunia quasi usumfructum constitui indubitati juris est, *d.* §. 2. *Instit. de usufructu*, ita in nominibus quoque eundem amitti, post Jurisconsultorum varietates obtinuit, *l. post. quod* 3. *ff. h. t.* in quantum nomine in usumfructum dato, pecunia ipsa data intelligitur, quæ ex tali nomine venit exigenda, arg. *l.* 1. *C. de usufructu.* Et, quia *tit.* 1. dictum fuit, ad fructuarium fundi etiam lapicidinas, cretifodinas, metallifodinas, aliaque similia pertinere, adeo ut, si non renascantur metalla vel lapides, fructuario liceat eruta atque excisa vendere, pretioque uti, consequens est, ut & hactenus erutorum cæsorumque credamus quasi usumfructum esse, ac obstrictum fructuarium, ut pro restituenda eorundem æstimatione interponat, arg. *l. fructus* 7. §. *si vir* 13. *& 14. ff. soluto matrim. l. ult. ff. de fundo dotali*, *l. si ex lapicidinis* 32. *ff. de jure dot.* & ideo per *usumfructum* simpliciter positum in *l. veluti si* 6. *ff. de servit. præd. rustic.* non verus, sed quasi ususfructus denotatur. Vide Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 3. *def.* 2. Thomingius *decis.* 12. *n.* 4. *& seqq.* Berlichius *conucls. pract. part.* 3. *conclus.* 35. *n.* 21. 22. Ant. Matthæus *de servitutibus disp.* 3. *thes.* 4. 5. 6.

4. De vestimentis quæstio magis anceps est, cujus cardo potissimum in eo vertitur, an vestes satis apte fungibilibus accenseri queant: eo enim firmato, dubium vix erit, quin & quasi usumfructum recipere possint. Fungibilibus autem vestes annumerari potuisse, non modo Justinianus auctor est, dum in *d.* §. 2. *Instit. de usufructu*, conjungit vinum, oleum, frumentum, *vestimenta*, & his proximam pecuniam numeratam: sed & Constantinus, dum in *l. pro auro* 25. *Cod. de usuris*, ait, *pro auro, argento & veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras*; vestem annumerans rebus illis, quarum nomine usuræ præstantur, quas tamen non nisi ex rebus fungibilibus præstari certum est. Nec facile aptiorem facti speciem dictæ legi 25. accommodaveris, quam si in auro, argento & veste quasi usumfructum constitutum concipias, & æstimatis hisce rebus fructuarium cavisse de tanta pecuniæ quantitate reddenda, ubi mortuus aut capitis diminutionem passus fuerit, quanti hæ fuerint æstimatæ, ex præscripto *d.* §. 2. *Inst. de usufr.* & *d. l. si vini* 7. *ff. h. t.* ac de eo chirographum factum esse, cum promissione usurarum in casum moræ. Præsertim, si consideres, quasi usumfructum temporis posterioris inventum esse ex Senatusconsulto; & Imperatorem, auctorem d. legis 25. id quod, ex usuris, ex auro, argento, veste præstandis, definiti, tanquam quid novi constituisse, seu *jussisse*, secundum verba legis, adeoque permisisse, ut usuræ nomine auri, argenti, vestis, in quasi usumfructum datæ, in conventionem deduci ex mora possent, ac voluisse totum populum ejus rei certiorem facere per d. l. 25. quæ, tanquam edictum, ad populum totum directa fuit. Nec satis apte dixeris, in d. l. 25. talem facti speciem esse, qualis proponitur in *l. si pro* 8. *C. si certum petatur.* Etenim, cum id d. l. 25. jus novum a Constantino inductum sit, ut ex antedictis apparet, frustra fuerit, qui in lege, pluribus annis anteriore, rem eandem jam fuisse decisam contendere velit. Quin potius in *d. l.* 8. non aliud comprehensum est, quam quod etiam a Jurisconsulto traditum fuerat in *l. rogasti* 11. *ff. de rebus creditis*; fictam nempe traditionem in mutuo probatam esse, dum mutuum roganti res aliæ dabantur vendendæ æstimatæ, ut pretium inde redactum mutuum esset; & mutui istius nomine usuras legitimas in conventionem recte deduci, Brunnemanus *ad d. l.* 8. Denique, cum Jurisconsultus in *l.* 1. *ff. h. t.* expresse definiat, Senatusconsulto inductum videri, earum rerum, *quæ usu tolluntur vel minuuntur*, possit ususfructus legari; neque præter *vestimenta* res ulla alia in legibus occurrat, circa quam quasi ususfructus esset ideo, quia *usu minuitur*, necesse est, in vestimentis, tanquam *usu minuendis*, ex Senatusconsulto quasi usumfructum esse. Oleum certe, & vinum, & frumentum, usu non minui, sed in totum tolli res ipsa loquitur; pecuniam numeratam, aurum, argentum, æs, ratione corporis nullo modo minui, expensione, adnumeratione, appensione, sed corpora eadem multoties expensa, ejusdem manere quanti-

tis ejusdemque valoris, sed interim expendenti, adnumeranti, appendenti in totum perire, quatenus ita dominium & utilitas ab eo recedit, non vero diminui, expeditum est. Aut ergo in *d. l.* 1. *ff. h. t.* eximendum quoque erit illud *minui, an*, aut, si retineas, retinendum quoque fuerit in §. 2. *Instit. de usufructu*, vocabulum *vestimentorum*; quippe in quibus solis *diminutio per usum* in *d.* 1. occurrens, veritatem & exemplum invenire potest. Quibus adstructis, inter vestes quotidianas, & scenicas seu pompaticas distinguendum puto. In scenicis quidem aliisque id genus vestimentis usumfructum verum consistere vix ambigitur: cum enim scenicæ vestis vel aulæi vel alterius apparatus usumfructum habens, alibi quam in scena iis uti nequeat, *l. sed si quid* 15. *§. proinde* 5. *§. de usufructu & quemad. quis utat.* rarior horum usus efficit, ut non inepte domui aut servo aut jumento, quæ senio quoque aut vetustate minuuntur & deteriora fiunt, comparentur, atque ita eorum exemplo non quasi, sed verum admittant usumfructum, *d. l.* In quotidianis autem vel verum vel quasi usumfructum esse posse censeo testatoris arbitrio; qui, si vestimentorum usumfructum legaverit, ut quantitatis, quasi usumfructum dedit, si non ut quantitatis, sed ut corporis, verum constituisse dicendum est. Quod non obscure confirmat Ulpianus in *d. l.* 15. *§. & si vestimentorum* 4. *ff. de usufructu*, dum enim ibi ait, *si vestimentorum ususf. legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur*; sequitur a contrario, vestimentorum quoque usumfructum sic posse legari, ut quantitatis ususfructus legetur; ne alioquin inutilia prorsus ac superflua videantur illa verba, *non sic ut quantitatis ususfr. legetur* (sic enim legendum non *sicut*, ut sensus legis constet) si vestimenta nunquam in materia ususfructus ut quantitates, sed semper ut corpora, venirent consideranda. Quod si ergo testator ea, ut fungibilia in usumfructum concesserit, abuti iis fructuarius potest ac tunc æstimatis iis, de certa pecuniæ quantitate post usumfructum finitum restituenda tenetur cavere, *d. §.* 2. *Instit. de usufructu.* Contra, si eorum usumfructum legaverit ut corpora, ipsa finito usufructu in specie reddenda sunt, nec injurius erit fructuarius, aut tenebitur, si ea reddiderit sine dolo malo attrita, *l. si ususfructus* 9. *§. si vestis* 3. *ff. usufr. quemadmodum caveat.* Ut tamen inter vestes quotidianas ac scenicas vel funebres illud intersit, quod fructuarius vestem quidem scenicam aut funebrem (de quibus agit §. e. d. legis 15.) reddere videatur sine dolo malo attritam, licet per conductores aut commodatarios in usum scenæ attrita esset, dum non quilibet, sed soli viliores homines in scenam prodire solebant, quibus alii tunc vestes pretiosas similemque alium scenæ apparatum locabant vel commodabant, sic ut & ipsi prætores scenicis, & alii prætoribus ludos edituris, dicantur commodato dedisse, *l. si, ut certo* 5. *§. interdum* 10. *ff. commodati*, at quotidianæ vestis usumfructum habens, non sicut quantitatis, non aliter videatur sine dolo malo attritam reddere, quam si ipse attriverit; quia vir bonus quotidiana veste uti ipse solet, non aliis locare: ac de his quotidianis agit *d. l.* 15. *§.* 4. Firmatque hanc distinctionem, quod & pecuniam numeratam (quæ vestimentis in materia ususfructus proxima esse dicitur, *§.* 2. *Instit. de usufr.*) vel ut corpus velut quantitatem considerare possumus, *l. si, is cui* 94. *§. sin autem* 1. *ff. de solution.* atque etiam a testatoribus dupliciter considerata invenitur; in quantum, simpliciter *decem legatis*, quantitas legata intelligitur, ac debita est, licet nulla pecunia numerata in patrimonio testatoris reperiatur; at, *legatis decem, quæ sunt in arca*, magis certum corpus videtur relictum adeo ut, istis decem in arca non inventis, nihil aliunde præstandum sit, *l. plane, ubi* 34. *§. sed hoc ita* 4. *l. si servus legatus* 108. *§. qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. Nec est quod quisquam moveatur iis, quæ in contrarium allata a Donello *comment. jur. civilis lib.* 10. *cap.* 4. Vinnio *ad §.* 2. *Inst. de usufructu n.* 2. aliisque. Quod enim non consumi, sed atteri vestes quotidianas ajunt, debilius est; cum necessaria in quasi usufructu non sit plenaria rerum fungibilium consumtio, sed sufficiat, quod per usum desinant usui esse ei, cui quasi usufructus earum datus est, sive usu tollantur in totum, sive minuantur, ut ante dictum, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Confer Galvanum *de usufructu cap.* 5. *n.* 6. adeoque, quemadmodum pecunia expendendo perit salvis licet manentibus nummorum corporibus, ita & vestis attritione desinit esse usui, etsi vestis detritæ corpus supersit. Quæ & ratio fuit quod Imp. in *d. §.* 2. *Instit. de usufr.* dixit, *vestimentis proximam esse pecuniam numeratam*; similitudine procul dubio in eo posita, quod utrobique post abusum, id est attritionem, atque expensionem, corpora manent in rerum natura. Ut proinde frigidius videatur, quod ad eludendum argumentum ex *d. l. ff. h. t.* petitum, Vinnius ait ad *§.* 2. *In. de usufructu* per ea, quæ *usu minuuntur*, denotari res illas, quæ per partes consumuntur. Cum utique naturaliter constet, omnes res fungibiles per partes consumi, quatenus ex majore rerum fungibilium quantitate aliæ absumuntur, aliæ adhuc consumtioni in futurum asservantur; dum neque totus modius aut acervus frumenti, neque totum dolium olei vel vini uno momento comeditur aut exhauritur, & tamen illarum partium absumtionem id operari, ut neque minuantur, quæ absumpta sunt, neque minuantur necdum absumpta; sed absumta quidem in totum absumentis perierint, non absumta sine ulla sui diminutione integra apud quasi fructuarium remaneant, donec ei placuerit ista quoque per usum absumere: sic ut omnia fungibilia vel debeant contineri sub consumendis, quatenus per partes consumuntur, vel debeant comprehensa esse sub diminuendis, adeoque vel *consumtionis* vel *diminutionis* superflua mentio videri debeat; quod non erit, si per *usu diminuenda* designentur vestimenta. Non magis juvat, quod vestes commodari atque locari posse probatur ex *l. si, ut certo* 5. *§. interdum* 10. *ff. commodati*, *§. pen. Instit. de locatione*, quorum tamen contractuum ea natura est, ut in res fungibiles usu pereuntes non cadant. Etenim primo quidem in fungibilibus quoque rebus commodatum consistere, nihil vetat, si modo illæ dentur, ut non fungibiles: quomodo in ipsa numerata pecunia (quam vestimentis proximam esse dixit Imp., non mutuum tantum, sed & commodatum esse, quoties ad pompam & ostentationem, ac dicis gratia, usus ejus datur ex Ulpiano & Cajo discimus *l. sed mihi* 3. *§. ult. l.* 4. *ff. commodati.* Sed &

secundo, uti in veste commodatum atque locatio est, ita verum quoque usumfructum esse posse, inficias eundum non est; ac supra jam demonstratum, maxime, si de scenicis quæstio sit, uti de iis agit *d. l.* 5. §. 10. *ff. commodati*, sed id non impedit quo minus in quotidianis, perinde ut in ceteris quantitatibus seu rebus fungibilibus, etiam quasi ususfructus constituantur, ut jam probatum, animo scilicet ac destinatione patrisfamilias, usumfructum vestimentorum concedentis, efficiente, ut fructuarius iis vel utatur tantum, & in specie restituat, vel abutatur, ad æstimationem reddendam cautione devinctus. Nec recte dixeris, ea ratione in ceteris quoque rebus, velut jumentis, servis aliisque, quasi usumfructum posse constitui, dum testator eas res æstimatas dat utendas sub cautione certæ pecuniæ restituendæ, finito usufructu, *l. si vini* 7. *ff. h.t.* atque ita nihil esse in vestimentis peculiare. Non enim istam de quasi usufructu, in jumentis & servis ceterisque rebus non fungibilibus constituendo, assertionem facile admiserit, quisquis perpenderit, non nisi in subsidium & utilitatis causa ex Senatusconsulto quasi usumfructum in iis fuisse rebus inductum, quæ *per usum tolluntur vel minuuntur*, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* quod in vestimentis quidem evenit, in servis vero ac jumentorum usus ac operarum exercitium boni viri arbitratu non deteriorem, sed plerumque meliorem faciat eorum conditionem, uti ex diverso torpent ut plurimum & corrumpuntur otio, inertia, ac quiete, minusque in posterum utiles apparent operarum præstationes. Neque etiam tale quid, quale objicitur, habet *d. l. si vini* 7. *ff. h. t.* quippe in qua dum Gajus vult, idem quod in olei, vini, frumenti usufructu legato obtinet, *de ceteris quoque rebus*, *quæ usu continentur*, *intelligendum esse*, non alias res respexit, quam quæ æque ac oleum, vinum atque frumentum, fungibilibus adnumerari solent, qualia sunt aurum, argentum, æs & similia, quæ pondere, numero ac mensura constat & admetiendo, adnumerando aut appendendo in hoc dantur, ut accipientium fiant, ut ait Imp. *pr. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* nec alio sensu in d. l. 7. dicuntur *usu contineri*, quam quia nihil in his rebus præter usum est, nihil post usum superest, dum usus in abusu & consumatione consistit: imo quas res Gajus dixit *usu contineri*, Ulpianus descripsit, ut tales *quæ in abusu continentur*, in fragmentis *tit.* 24. §. 27. Et generaliter illud quidem verum est, res fungibiles ex patrisfamilias destinatione posse rerum non fungibilium naturam induere quantum ad effectus; at ut res non fungibiles induerent naturam fungibilium, exemplo nullo satis idoneo ex legibus probare posse crediderim. Concludo itaque, in vestimentis scenicis atque pompaticis perinde ac in supellectili, verum, in quotidianis quasi usumfructum in dubio præsumendum esse, si juris civilis principiis inhærendum sit, etsi me non fugiat, aliquando in Hollandia judicatum fuisse, in vestimentis omnique apparatu lineo, laneo, lectis, stragulis similibusque, æque ac in reliqua supellectile, non quasi sed verum usumfructum legatum intelligi, & liberari fructuarium singula reddendo corpora, licet sine dolo malo attrita, nec compellendum, ut de æstimatione restituenda cautionem interponat, nisi aliud testator constituat; si fides auctori appendicis decisionum utriusque curiæ *post consil. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 37.

TITULUS VI.

Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.

SUMMARIA.

1. *Cur non æque circa res corporales, ac circa servitutes, negatoria actio recepta sit?*
2. *Quid si confessoria actio; & an fructuarius aut hæres ejus de fructibus præteriti temporis agere possit, si pendente lite ususfructus finiatur?*
3. *Quid si negatoria? utraque etiam possidentibus datur; quod non ita est in rei vindicatione. Quem casum designaverit Imp. in* §. 2. Inst. de action. in fine, *ubi in rei vindicatione is, qui possidet, actoris partes obtinet?*
4. *An si maritus uxori bonorum suorum usumfructum legaverit, vidua privata auctoritate possit in bonorum istorum possessione manere, aut ea occupare?*

1. OCcasione ususfructus ac ceterarum servitutum sive personalium sive realium, duæ in jure nostro actiones sunt proditæ, confessoria & negatoria. Quæ negatoria etiam *contraria* dicitur, *l. sicut* 8. *ff. si servit. vind.* Quod autem duplex hic actio sit, cum rerum corporalium intuitu unica tantum rei vindicatio competat, ejus hanc meriti rationem dixeris, quod, qui agit, de suo jure, non de alieno, contendere debeat, ac quod sibi, non quod alteri debetur persequi *l. uti frui* 5. *pr. ff. h. t. pr. Instit. de action.* In rebus autem corporalibus ita comparatum est, ut ex eo, quod actor negat, rem esse adversarii in possessione constituti non necessario sequatur rem petitoris esse; quia ad tertium extra litem positum jure dominii posset pertinere. Cum ergo negatione simplici, *rem possessoris esse*, nullum sibi ipsi jus quisquam asserat, inutilem esse in rebus corporalibus negatoriam actionem, sponte patet; nemine victoriam illic obtinente, nisi qui *rem suam esse* affirmaverit pariter atque probaverit. At ex adverso in servitutibus, quisquis rem suam alteri personæ aut rei servire negat, eo ipso libertatem suæ rei assertum it; in quantum negationi servitutis inest affirmatio libertatis ab eo, quod per alium arrogabatur, servitutis onere atque jure: ac proinde utilis hic esse potest negatoria actio; quippe qua non de jure tertii, sed suo, rei suæ libertate, contendit, eandemque vindicat adversus eos, qui servitutem non jure nitebantur usurpare, *d. l. uti frui* 5. *ff. h. t. l. loci corpus* 4. §. *competit* 7. *ff. si serv. vindic.* Arnold. Vinnius *ad* §. 2. *Instit. de action. num.* 6.

2. Confessoria (forte sic dicta, quia adversarius per eam adigitur fateri, rem suam servire) est actio civilis in rem, arbitraria, competens ei, cui ususfructus constitutus est. Non ei, cui tantum contractu promissus, sed nec dum quasi traditione acquisitus fuit, quippe cui sola personalis ex contractu actio danda foret. Uti nec vero domino; cum ei non possit res sua servire, *l. uti frui* 5. *ff. h. t.* Adversus quemvis rei fructuariæ possessorem, aut in posses-

tis ejusdemque valoris, sed interim expendenti, adnumeranti, appendenti in totum perire, quatenus ita dominium & utilitas ab eo recedit, non vero diminui, expeditum est. Aut ergo in *d. l.* 1. *ff. h. t.* eximendum quoque erit illud *minui.ur*, aut, si retineas, retinendum quoque fuerit in §. 2. *Instit. de usufructu*, vocabulum *vestimentorum*; quippe in quibus solis *diminutio per usum* in *d.* 1. occurrens, veritatem & exemplum invenire potest. Quibus adstructis, inter vestes quotidianas, & scenicas seu pompaticas distinguendum puto. In scenicis quidem aliisque id genus vestimentis usumfructum verum consistere vix ambigitur: cum enim scenicæ vestis vel aulæi vel alterius apparatus usumfructum habens, alibi quam in scena iis uti nequeat, *l. sed si quid* 15. §. *proinde* 5. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* rarior horum usus efficit, ut non inepte domui aut servo aut jumento, quæ senio quoque aut vetustate minuuntur & deteriora fiunt, comparentur, atque ita eorum exemplo non quasi, sed verum admittant usumfructum, *d. l.* In quotidianis autem vel verum vel quasi usumfructum esse posse censeo testatoris arbitrio; qui, si vestimentorum usumfructum legaverit, ut quantitatis, quasi usumfructum dedit, si non ut quantitatis, sed ut corporis, verum constituisse dicendum est. Quod non obscure confirmat Ulpianus in *d. l.* 15. §. *& si vestimentorum* 4. *ff. de usufructu*, dum enim ibi ait, *si vestimentorum usuf. legatus sit, non sic, ut quantitatis ususfructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur*; sequitur a contrario, vestimentorum quoque usumfructum sic posse legari, ut quantitatis ususfructus legetur; ne alioquin inutilia prorsus ac superflua videantur illa verba, *non sic ut quantitatis ususfr. legetur* (sic enim legendum non *sicut*, ut sensus legis constet) si vestimenta nunquam in materia ususfructus ut quantitates, sed semper ut corpora, venirent consideranda. Quod si ergo testator ea, ut fungibilia in usumfructum concesserit, abuti iis fructuarius potest ac tunc æstimatis iis, de certa pecuniæ quantitate post usumfructum finitum restituenda tenetur cavere, *d.* §. 2. *Instit. de usufructu.* Contra, si eorum usumfructum legaverit ut corpora, ipsa finito usufructu in specie reddenda sunt, nec injurius erit fructuarius, aut tenebitur, si ea reddiderit sine dolo malo attrita, *l. si ususfructus* 9. §. *si vestis* 3. *ff. usufr. quemadmodum caveat.* Ut tamen inter vestes quotidianas ac scenicas vel funebres illud intersit, quod fructuarius vestem quidem scenicam aut funebrem (de quibus agit §. e. d. legis 15.) reddere videatur sine dolo malo attritam, licet per conductores aut commodatarios in usum scenæ attrita esset, dum non quilibet, sed soli viliores homines in scenam prodire solebant, quibus alii tunc vestes pretiosas similemque alium scenæ apparatum locabant vel commodabant, sic ut & ipsi prætores scenicis, & alii prætoribus ludos edituris, dicantur commodato dedisse, *l. si, ut certo* 5. §. *interdum* 10. *ff. commodati*, at quotidianæ vestis usumfructum habens, non sicut quantitatis, non aliter videatur sine dolo malo attritam reddere, quam si ipse attriverit; quis vir bonus quotidiana veste uti ipse solet, non aliis locare: ac de his quotidianis agit *d. l.* 15. §. 4. Firmatque hanc distinctionem, quod & pecuniam numeratam (quæ vestimentis in materia ususfructus proxima esse dicitur, §. 2. *Instit. de usufr.*) vel ut corpus velut quantitatem considerare possumus, *l. si, is cui* 94. §. *sin autem* 1. *ff. de solution.* atque etiam a testatoribus dupliciter considerata invenitur; in quantum, simpliciter *decem legatis*, quantitas legata intelligitur, ac debita est, licet nulla pecunia numerata in patrimonio testatoris reperiatur; at, *legatis decem, quæ sunt in arca*, magis certum corpus videtur relictum adeo ut, istis decem in arca non inventis, nihil aliunde præstandum sit, *l. plane, ubi* 34. §. *sed hoc ita* 4. *l. si servus legatus* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. Nec est quod quisquam moveatur iis, quæ in contrarium allata a Donello *comment. jur. civilis lib.* 10. *cap.* 4. Vinnio *ad* §. 2. *Inst. de usufructu n.* 2. aliisque. Quod enim non consumi, sed atteri vestes quotidianas ajunt, debilius est; cum necessaria in quasi usufructu non sit plenaria rerum fungibilium consumtio, sed sufficiat, quod per usum desinant usui esse ei, cui quasi usufructus earum datus est, sive usu tollantur in totum, sive minuantur, ut ante dictum, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Confer Galvanum *de usufructu cap.* 5. *n.* 6. adeoque, quemadmodum pecunia expendendo perit salvis licet manentibus nummorum corporibus, ita & vestis attritione desinit esse usui, etsi vestis detritæ corpus supersit. Quæ & ratio fuit quod Imp. in *d.* §. 2. *Instit. de usufr.* dixit, *vestimentis proximam esse pecuniam numeratam*; similitudine procul dubio in eo posita, quod utrobique post abusum, id est attritionem, atque expensionem, corpora manent in rerum natura. Ut proinde frigidius videatur, quod ad eludendam argumentum ex *d. l. ff. h. t.* petitum, Vinnius ait ad §. 2. *In. de usufructu* per ea, quæ *usu minuuntur*, denotari res illas, quæ per partes consumuntur. Cum utique naturaliter constet, omnes res fungibiles per partes consumi, quatenus ex majore rerum fungibilium quantitate aliæ absumuntur, aliæ adhuc consumtioni in futurum asservantur; dum neque totus modius aut acervus frumenti, neque totum dolium olei vel vini uno momento comeditur aut exhauritur, & tamen illarum partium absumtionem id operari, ut neque minuantur, quæ absumpta sunt, neque minuantur necdum absumpta; sed absumta quidem in totum absumentis perierint, non absumta sine ulla sui diminutione integra apud quasi fructuarium remaneant, donec ei placuerit ista quoque per usum absumere: sic ut omnia fungibilia vel debeant contineri sub consumendis, quatenus per partes consumuntur, vel debeant comprehensa esse sub diminuendis, adeoque vel *consumtionis* vel *diminutionis* superflua mentio videri debeat; quod non erit, si per *usu diminuenda* designentur vestimenta. Non magis juvat, quod vestes commodari atque locari posse probatur ex *l. si, ut certo* 5. §. *interdum* 10. *ff. commodati*, §. *pen. Instit. de locatione*, quorum tamen contractuum ea natura est, ut in res fungibiles usu pereuntes non cadant. Etenim primo quidem in fungibilibus quoque rebus commodatum consistere, nihil vetat, si modo illæ dentur, ut non fungibiles: quomodo in ipsa numerata pecunia (quam vestimentis proximam esse dixit Imp., non mutuum tantum, sed & commodatum esse, quoties ad pompam & ostentationem, ac dicis gratia, usus ejus datur ex Ulpiano & Cajo discimus *l. sed mihi* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. commodati.* Sed &

secundo, uti in veste commodatum atque locatio est, ita verum quoque usumfructum esse posse, inficias eundum non est; ac supra jam demonstratum, maxime, si de scenicis quæstio sit, uti de iis agit *d. l.* 5. *§.* 10. *ff. commodati*, sed id non impedit quo minus in quotdianis, perinde ut in ceteris quantitatibus seu rebus fungibilibus, etiam quasi ususfructus constituantur, ut jam probatum, animo scilicet ac destinatione patrisfamilias, usumfructum vestimentorum concedentis, efficiente, ut fructuarius iis vel utatur tantum, & in specie restituat, vel abutatur, ad æstimationem reddendam cautione devinctus. Nec recte dixeris, ea ratione in ceteris quoque rebus, velut jumentis, servis aliisque, quasi usumfructum posse constitui, dum testator eas res æstimatas dat utendas sub cautione certæ pecuniæ restituendæ, finito usufructu, *l. si vini* 7. *ff. h.t.* atque ita nihil esse in vestimentis peculiare. Non enim istam de quasi usufructu, in jumentis & servis ceterisque rebus non fungibilibus constituendo, assertionem facile admiserit, quisquis perpenderit, non nisi in subsidium & utilitatis causa ex Senatusconsulto quasi usumfructum in iis fuisse rebus inductum, quæ *per usum tolluntur vel minuuntur*, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* quod in vestimentis quidem evenit, in servis vero ac jumentorum usus ac operarum exercitium boni viri arbitratu non deteriorem, sed plerumque meliorem faciat eorum conditionem, uti ex diverso torpent ut plurimum & corrumpuntur otio, inertia, ac quiete, minusque in posterum utiles apparent operarum præstationes. Neque etiam tale quid, quale objicitur, habet *d. l. si vini* 7. *ff. h. t.* quippe in qua dum Gajus vult, idem quod in olei, vini, frumenti usufructu legato obtinet, *de ceteris quoque rebus*, *quæ usu continentur, intelligendum esse*, non alias res respexit, quam quæ æque ac oleum, vinum atque frumentum, fungibilibus adnumerari solent, qualia sunt aurum, argentum, æs & similia, quæ pondere, numero ac mensura constat & admetiendo, adnumerando aut appendendo in hoc dantur, ut accipientium fiant, ut ait Imp. *pr. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* nec alio sensu in d. l. 7. dicuntur *usu contineri*, quam quia nihil in his rebus præter usum est, nihil post usum superest, dum usus in abusu & consumatione consistit: imo quas res Gajus dixit *usu contineri*, Ulpianus descripsit, ut tales *quæ in abusu continentur*, in fragmentis *tit.* 24. *§.* 27. Et generaliter illud quidem verum est, res fungibiles ex patrisfamilias destinatione posse rerum non fungibilium naturam induere quantum ad effectus; at ut res non fungibiles induerent naturam fungibilium, exemplo nullo satis idoneo ex legibus probare posse crediderim. Concludo itaque, in vestimentis scenicis atque pompaticis perinde ac in supellectili, verum, in quotidianis quasi usumfructum in dubio præsumendum esse, si juris civilis principiis inhærendum sit, etsi me non fugiat, aliquando in Hollandia judicatum fuisse, in vestimentis omnique apparatu lineo, laneo, lectis, stragulis similibusque, æque ac in reliqua supellectile, non quasi sed verum usumfructum legatum intelligi, & liberari fructuarium singula reddendo corpora, licet sine dolo malo attrita, nec compellendum, ut de æstimatione restituenda cautionem interponat, nisi aliud testator constituat; si fides auctori appendicis decisionum utriusque curiæ *post consil. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 37.

TITULUS VI.

Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.

SUMMARIA.

1. *Cur non æque circa res corporales, ac circa servitutes, negatoria actio recepta sit?*
2. *Quid si confessoria actio; & an fructuarius aut hæres ejus de fructibus præteriti temporis agere possit, si pendente lite ususfructus finiatur?*
3. *Quid si negatoria? utraque etiam possidentibus datur; quod non ita est in rei vindicatione. Quem casum designaverit Imp. in* §. 2. Inst. de action. in fine, *ubi in rei vindicatione is, qui possidet, actoris partes obtinet?*
4. *An si maritus uxori bonorum suorum usumfructum legaverit, vidua privata auctoritate possit in bonorum iterum possessione manere, aut ea occupare?*

1. OCcasione ususfructus ac ceterarum servitutum sive personalium sive realium, duæ in jure nostro actiones sunt proditæ, confessoria & negatoria. Quæ negatoria etiam *contraria* dicitur, *l. sicut* 8. *ff. si servit. vind.* Quod autem duplex hic actio sit, cum rerum corporalium intuitu unica tantum rei vindicatio competat, ejus hanc meriti rationem dixeris, quod, qui agit, de suo jure, non de alieno, contendere debeat, ac quod sibi, non quod alteri debetur persequi *l. uti frui* 5. *pr. ff. h. t. pr. Instit. de action.* In rebus autem corporalibus ita comparatum est, ut ex eo, quod actor negat, rem esse adversarii in possessione constituti non necessario sequatur rem petitoris esse; quia ad tertium extra litem positum jure dominii posset pertinere. Cum ergo negatione simplici, *rem possessoris esse*, nullum sibi ipsi jus quisquam asserat, inutilem esse in rebus corporalibus negatoriam actionem, sponte patet; nemine victoriam illic obtinente, nisi qui *rem suam esse* affirmaverit pariter atque probaverit. At ex adverso in servitutibus, quisquis rem suam alteri personæ aut rei servire negat, eo ipso libertatem suæ rei assertum it; in quantum negationi servitutis inest affirmatio libertatis ab eo, quod per alium arrogabatur, servitutis onere atque jure: ac proinde utilis hic esse potest negatoria actio; quippe qua non de jure tertii, sed suo, rei suæ libertate, contendit, eandemque vindicat adversus eos, qui servitutem non jure nitebantur usurpare, *d. l. uti frui* 5. *ff. h. t. l. loci corpus* 4. *§. competit* 7. *ff. si serv. vindic.* Arnold. Vinnius *ad §.* 2. *Instit. de action. num.* 6.

2. Confessoria (forte sic dicta, quia adversarius per eam adigitur fateri, rem suam servire) est actio civilis in rem, arbitraria, competens ei, cui ususfructus constitutus est. Non ei, cui tantum contractu promissus, sed nec dum quasi traditione acquisitus fuit, quippe cui sola personalis ex contractu actio danda foret. Uti nec vero domino; cum ei non possit res sua servire, *l. uti frui* 5. *ff. h. t.* Adversus quemvis rei fructuariæ possessorem, aut in posses-

sione ususfructus constituti turbantem, *l.* 1. *pr.* & §. 1. *l.* 5. §. 1. *ff. h. t. l. cujuscunque* 60. §. 1. *ff. de usufr.* & *quemquis utat.* aut liti se offerentem quasi possideret, *l. ult. ff. h. t.* præcipue adversus ipsum rei servientis dominum, *d. l.* 5. §. 1. *ff. h. t.* Ad id, ut res declaretur ususfructui obnoxia, & adversarius possessionem cum fructibus restituat, aut patiatur actorem quiete uti frui, *d. l.* 5. §. *in his* 3. & §. *ult. ff. h. t.* quod si aut lite pendente, aut etiam ante litem cœptam ususfructus extinctus sit morte fructuarii aliove modo, de fructibus præteriti temporis, & eo quod intererat ante aditum usumfructum tam fructuarius, quam heres ejus, utiliter experiri potest, *l. uti frui* 5. §. *si post* 4. *ff. h. t. l. quod est* 3. §. *pen. ff. de vi* & *armata.*

3. Negatoria itidem civilis est in rem, arbitraria, quæ rei domino datur, nec alteri quam domino dari potest, etiamsi possessor rei non esset fructuarius; cum utique possessor sola possessionis efficacia potior sit, licet nullum de cetero jus habet, *d. l.* 5. *pr. ff. h. t.* Contra eum, qui usumfructum non jure usurpat, aut tanquam fructuarius dominum in libera rei suæ & libertatis possessione turbat; ad id, ut res declaretur libera ab onere istius ususfructus, adversario injungatur restitutio rei cum fructibus, ac eo quod interest; vel, ut in posterum turbare desinat, *d. l.* 5. §. *ult. ff. h. t.* Agit enim actionibus hisce non is tantum, qui possessione destitutus est; sed & qui etiamnum possidet, ne inquietetur, *d. l.* 5. §. *ult. ff. h. t.* qua in re inter actiones hasce ac corporalium rerum vindicationes Imperator differentiam observavit in *d.* §. 2. *in fine, Inst. de actionib.* subjungens tamen, *sane uno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut ex latioribus digestorum libris opportunius apparebit.* Quibus verbis, dum alii alios casus singulares ex jure nostro petitos affingere tentant, ut videre est apud interpretes ad d. §. 2. ego, ut quod sentio edisseram, persuaderi nequeo, ut Imperatorem ad unum quendam casum singularem ibi respexisse credam; quippe quem, si ita esset, æque parco verborum apparatu potuisset exprimere, quam quo lectores ad latiora remittit Pandectarum volumina. Quin potius, dum ait, uno casu possidentem *actoris partes obtinere,* non vero, eum inspecto judiciorum ordine actorem esse: propius est, ut tantum de actoris officio in reum transferendo verba intelligamus. Actori scilicet uti alias regulariter, ita & in rei vindicatione incumbere probandi onus, tralatitium est; sic ut actore non probante reus absolvendus sit, licet nihil ipse præstet, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo.* Sed si intensionis suæ fundamentum actor jam adstruxerit; tum deinceps reo incumbit onus probandi exceptionem suam, intentioni actoris oppositam; quo respectu cum *reus in exception.* juncta *l. si quidem* 9. *C. eod. tit.* hunc esse casum illum existimo, quo is, qui possidet, actoris partes obtinet. Atque ita (ut facti specie res fiat evidentior) cum fratres emancipati una cum fratribus in potestate retentis patris suo defuncto simul heredes essent, ac fratres emancipati fundum quendam paternum possidentes velut a patre communi sibi donatum, a fratribus reliquis simulque coheredibus rei vindicatione convenirentur; in confesso autem esset, & patrem fundi litigiosi fuisse dominum, & fratres actores patri successisse, adeoque abunde videretur constare actorum jus; injunctum fuit fratribus possessoribus rei vendicatione conventis, ut docerent, unde, seu quonam titulo, domini facti essent; atque ita detegerent, non satis justo intentionem actorum fundamento constitisse, *l. sive possidetis* 16. *C. de probation.*

4. Illud haud negligendum, licet regulariter ususfructus promissus actione personali, constitutus actione in rem confessoria per fructuarium petendus sit; tamen, si maritus uxori bonorum suorum usumfructum legaverit, necesse non esse, ut uxor adversus heredes mariti actione quadam de usufructu legato contendat; sed propria auctoritate posse in rerum fructuariarum manere possessione, iisdemque uti frui; illis præsertim in locis in quibus viget *massaria* jus; eo enim jure cessante, consultius fuerit viduæ, res mariti haud possidenti, ordinariis experiri juris remediis adversus mariti heredes, de usufructu sibi legato; nec iisdem reluctantibus rerum hereditariarum invadere possessionem, Peckius *de testam. conjug. lib.* 5. *cap.* 24 *num.* 2. Vincent. Carocius *decis.* 45. *n.* 13. & *seqq.*

TITULUS VII.

De Operis Servorum.

SUMMARIA.

1. *Quid sit servitus operarum; & in quibus distet ab usufructu?*
2. *In quibus differat ab usu?*
3. *An & servitus operarum jumenti detur, quæ ab usu & usufructu distincta est?*

1. SErvitus operarum est jus percipiendi omne commodum ex operis servi alieni. Et differt ab usufructu vel usu servi *l.* 1. §. *si ususfructus* 9. *ff. ad leg. Falcid. l. huic stipulationis* 5. §. *ult. ff. usufr. quemad. caveat.* operarum namque legatarum dies non ab adita hereditate cedit, sed demum, ex quo illæ petitæ sunt. Nec operarum servitus morte aut capitis diminutione illius, cui debetur, aut non utendo, evanescit, sed demum morte servi aut usucapione ejus. Quæ aliter obtinent in usufructu, qui morte quidem fructuarii & non utendo perit, sed non rei fructuariæ usucapione, *l. hominis opera* 2. *l. opera* 7. *ff. de usu* & *usuf. legato, l. locum autem* 17. §. *pen. ff. de usufr.* & *quemadm. quis utatr.* Quibus non contradicit Gajus in *l. in hominis* 3. & *l.* 4. *ff. h. t.* licet enim (ut ibi dicitur) *fructus hominis etiam in operis consistat,* & *retro in fructu hominis etiam operæ sint,* non tamen ideo aliæ diversitates exclusæ sunt, quatenus etiam præter servi operas alia in usufructu servi comprehenduntur, nec in usufructu tam diuturna est operarum præstatio atque quidem in hac operarum servitute, non fructuarii sed servi demum interitu evanescente.

2. Qui autem operas servi habet, easdem elocare potest, *d. l.* 2. *ff. de usu* & *usufr. legato,* quod non potest qui tantum usum servi sibi constitutum habet, *l. plenum* 12. §. *ult. ff. de usu* & *habitat.* §. *item is, ad quem* 5. *Instit. eod. tit.* Licet enim hic quoque verum sit, *operis servi legatis usum datum intelligi,* uti loquitur JCtus in *l. pen. ff. h. t.* non

tamen id impedit, quominus & alia præter usum insint pinguiori huic operarum servituti.

3. Quæ de operis servorum dicta, ad jumentorum quoque operas extendi posse, sic ut & legatum operarum jumenti ab usu & usufructu jumenti distet, colligi potest ex iis, quæ Ulpianus tradidit in *l. huic stipulationi* 5. *§. ult. ff. usufr. quemadm. caveat*, præsertim, cum & jumenti proprietas utilis proprietario maneat tum in fœtura ejus, tum in carne corioque post mortem.

TITULUS VIII.

De Usu & Habitatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit usus? in quo distet ab usufructu? Quid juris, si uni ususfructus, alteri usus, tertio proprietas ejusdem rei detur? Quo sensu usus sine fructu, fructus sine usu esse possit, vel non?*
2. *Quantum usuarius capere debeat, judicis arbitrium est, aucta familia plus percipere licet; sylvæ cædua usu civitati dato, omnia membra, licet numero aucta, cædere possunt.*
3. *Minus est in usu quam usufructu; nisi usus pecuniæ datus sit, vel usuarius omnibus fructibus indigeat; vel nisi usus sine fructu inutilis sit. An id etiam in usu sylvæ cæduæ obtineat?*
4. *Usuarius alteri nequit usum vendere aut gratis concedere, nec res usuarius elocare, paucis casibus exceptis.*
5. *Qualia onera et impensas ferat usuarius?*
6. *Quid sit habitatio; an habens jus inhabitandi possit alteri gratis concedere habitationem?*
7. *Quibus modis extinguatur habitatio; non morte ejus, qui concessit.*
8. *Non capitis diminutione aut non utendo; & cur?*
9. *In dubio magis habitatio sola, quam plena proprietas præsumitur legata.. Quid juris, si legatur domus ad inhabitationem, vel, ad inhabitandum quamdiu legatarius vivit?*

1. USus est jus alienis rebus utendi ad necessitatem quotidianam, salva rerum substantia: qualis servitus etiam data intelligitur, cum χρῆσις relicta est, *l.* 10. *§.* 1. *ff. h. t.* Vide Ravardum *lib.* 2. *varior. c.* 10. (vel 12.) & ab usufructu distat: cum enim ususfructus dividuus esset, & pro parte legari posset, ac admitteret jus accrescendi, contra nihil horum in usu admissum fuit, *l. usus pars* 19. *ff. h. t.* potestque & usus sine fructu & fructus sine usu esse, *l. huic stipulationi* 5. *§.* 1. *et* 2. *ff. usufructuar. quem. caveat.* nec a juris ratione absonum est, alteri usumfructum sine usu, usum alteri sine fructu, tertio nudam proprietatem legari, *l. per servum* 14. *§. ult. ff. h. t.* quo casu usuarius deducet primo quantum suæ sufficit necessitati: reliquum ex fructibus cedet fructuario, *l. si alii* 42. *ff. de usufr. & quem. quis utat.* Aliter quam obtineret, si simpliciter uni ususfructus, alteri ejusdem rei usus legatus esset; quippe quo casu uterque tanquam conjunctus in usu concurreret, fructum haberet solus ille, cui is legatus erat, *l. per servum* 14 *§. pen. ff. h. t.* Paulus *recept. sent. lib.* 3. *tit.* 6. *§.* 25. Eodem modo, quo si uni fundus, alteri ejusdem fundi ususfructus legatus fuerit, ambo dicuntur in usufructu concursuri, *l. si tibi decem* 6. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. si alii fundum* 19. *ff. de usu & usufr. legato.* Verum cum hac ratione testantium judicia nimia videantur subverti subtilitate ac syllabarum aucupio, rectius est ut cum Geoenewegio ad *d. l.* 19. & aliis ab eo allegatis, uni tantum usum, alteri usumfructum deducto usu, ex hujusmodi testatoris elogio assignemus. Sed & usufructu constituto, usum posse per acceptilationem tolli, eo quod usus sine fructu esse possit, ab Ulpiano responsum in *l. & per* 13. *§. si quis* 3. *ff. de acceptilatione.* Nec his contrarium est, quod usuifructui usus insit, uti id ex ususfructus definitione constat, & manifeste colligi potest ex *l. is, qui usumfructum* 20. *ff. quibus mod. ususfr. amitt.* quodque fructus sine usu esse nequeat, ac inutile legatum sit, si fructus legetur deducto usu; ademtio denique nulla sit, si fructu legato usus adimatur, *l. per servum* 14. *§. usufr.* 1. *ff. h. t.* Verum enim est, usum quidem illum, qui separatam ab usufructu servitutem constituit, abesse ab usufructu posse; ac de eo usu accipiendi Jurisconsulti, dum in *ll.* superius citatis fructum dixerunt sine usu consistere: sed id non impedit, quo minus fructui, etiam ab usus servitute separato, usus insit, in quantum fruendo non potest non simul uti, innuente id satis Florentino JCto; *si alii* (inquit) *usus, alii fructus ejusdem rei legatur, id percipiet fructuarius, quod usuario superest: nec minus & ipse fruendi causa & usum habebit, l. si alii* 42. *ff. de usufructu & quemadmod. quis utat.* Confer Galvanum *de usufr. c.* 21.

2. Quantum vero usuarius usus constituti nomine percipere debeat, judex ex conditione ejus, dignitate scilicet, familiæ numero, aliisque arbitrabitur: aliquo enim largius cum usuario agendum est pro dignitate ejus, cui relictus est usus; neque tam stricte interpretandæ voluntates defunctorum, *l. plenum* 12. *§.* 1. *in med. & §.* 2. *in fine, divus.* 22. *§. ult. ff. h. t.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 44. *n.* 3. *& seqq.* Hinc aucta familia, modo id sine dolo fiat, etiam plus usuarius consumere potest, *arg. l. peculium* 65. *ff. de legatis* 2. *l. grege* 22. *ff. de legatis* 1. Cæpolla *de servitut. præd. urb. cap.* 30. *n.* 5. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 4. ex eoque fundamento traditum ab interpretibus, si concessum fuerit oppido, vico, pago, aut alteri universitati jus secandi ligna ex vicino nemore, quantum cuique membrorum ejus ad usum sufficit, aucto postea membrorum seu incolarum numero, omnibus tamen competiturum hoc lignorum cædendorum jus, Costalius aliique ad *d. l.* 22. *ff. h. t.*

3. Licet autem usus iisdem modis constituatur ac finiatur, quibus ususfructus, & iisdem in rebus consistere possit, *pr. Instit. h. t.* minus tamen est in usu, quam in usufructu, uti id de usu fundi, ædium, servorum, jumentorum ac pecorum exponit Imperator in *§.* 1. *& seqq. Instit. h. t. l. si habitatio* 10. *§. ult. l. plenum* 12. *§.* 1. 2. *& seqq. ff. h. t.* nisi pecuniæ numeratæ usus constitutus sit, quippe qui ab usufructu pecuniæ non separatur, *l. hoc senatusconsultum* 5. *§. ult. l. quoniam* 10. *§.* 1. *ff. de usufr. ear. rer.* vel nisi ad necessitatem quotidianam omnibus fructibus indigeat usuarius; quo casu cum omnes

consumere possit, non plus utilitatis proprietario superest, quam si ususfructus constitutus esset, *l. fundi usu* 15. *ff. h. t.* licet in ceteris maneat natura usus, sic ut nec vendere alteri nec elocare possit, ut post dicetur. Vel nisi usus sine fructu esset inutilis, quo casu etiam venditionem usuario permitti Pomponius a Divo Hadriano constitutum observat, *l. Divus* 22. *ff. h. t.* Sed cum id ab Hadriano in singulari tantum casu constitutum fuerit, quo quibusdam usus sylvæ legatus erat, cujus peculiares potuerunt esse circumstantiæ in lege non expressæ; vix est, ut regulariter legatario usus sylvæ cæduæ permittatur lignorum ex ea sylva cæsorum venditio: præsertim cum ratio in d. l. 22. proposita, si generaliter acciperetur de omni casu, manifestissimam esset involutura falsitatem: quis enim obsecro, verum esse credat, *nihil habituros esse legatarios usus sylvæ, nisi ipsis sylvam cadere liceret & vendere; quemadmodum usufructuariis licet:* si modo consideret, utilitatem in eo posse consistere, quod quis ad quotidianas necessitates ex sylva cædua ligna ferat, juxta *l. plenum* 12. *§. præter* 1. *in fine ff. h. t. & §.* 1. *Instit. h. t.* atque hinc est, quod Costalius *ad l.* 22. post Joh. Fabrum restringit d. legem 22. ad casum, quo tam remota est sylva usuaria, ut commode percipi usus ejus sine venditione non possit.

4. Illud sane constat, usuarium non posse usum suum seu commodum ejus in alium transferre sive vendendo, sive locando, sive donando; quamvis hæc possit fructuarius, §. 1. 2. 3. *Instit. h. t. l. sed neque* 8. *l. inque* 11. *ff. h. t.* eo quod usufructuarii omnes æqualiter viri boni arbitratu fruuntur; at fructuum jure usus absumendorum quantitas pro ratione personæ variat, dum non una & conformis omnium indigentia est. Ut tamen permissa locatio sit, si vel hæc videatur fuisse mens concedentis usum, vel forte aliter inutilis usuario usus esset, dum testator sciens usuarium hujus esse instituti, & vitæ, ut rerum talium usum elocaret, ipse rebus non uteretur, earundem usum ei reliquit, *l. plenum* 12. *§. equitii* 4. *ff. h. t.* vel denique ædium spatiosarum usus homini mediocri concessus sit: neque enim invidendum ei fuit, si modica portiuncula contentus, reliqua ex parte elocata pensionem percipiat, *l. ceterum* 4. *ff. h. t.* præsertim cum id jure constitutum sit, quod, licet tam angustus sit legatarius, cui domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum; tamen eis, quæ vacant, proprietarius nequeat uti, *l. pen. §. licet* 1. *ff. h. t.*

5. Sed uti minus in usu est quam usufructu ratione commodi, ita quoque onerum ferendorum intuitu minus est; cum enim usufructuarius impensas modicas facere obstrictus sit, eo quod omnes fructus suos facit, ut latius *tit. de usufructu* dictum: usuarius ex adverso nullas suffert; nisi ita omnem absumat rei utilitatem, ut fructum nullum percipere proprietarius queat. Qua ratione ædium usum habens, easdem reficere cogendus est, quoties nulla earum parte proprietarium uti patitur, *l. si domus* 18. *ff. h. t.* Nec dubium videtur, quin is, cui usus servi constitutus est, alimenta ei subministrare teneatur, cum omnes operas ejus utendo consumere queat, arg. *l. in rebus* 18. *§. possunt* 2. *ff. commodati*, *l. item si servi* 30. *§.* 1. *in fine ff. de ædilit. edicto.* Rarior interim hodie usus, quam quidem ususfructus inter privatos constitutio est, ob difficultates plerumque emergentes, quo usque usuarius uti debeat, & ob deprædandorum fructuum metum sub usus exercendi obtentu.

6. Habitatio, ad usum proxime accedens, est jus inhabitandi ædes alienas salva earum substantia, quam qui habet sibi constitutam, alteri non quidem donare, sed tamen locare potest, *l. si habitatio* 10. *ff. h. t. §. pen. In. h. t.* Adde responsa JCtor. Holland. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 13. Manticam *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 4. *n.* 8. cui non contradicit Vivianus, dum habitationem commodato concedi posse asserit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. commodati*, cum tamen commodatum gratuitum sit, & liberalitatis ac donationis speciem contineat. Non enim legis illius sensus est, quod habitationis jus, jam alteri constitutum, commodato concedi possit per eum, cui constitutum est: sed potius, quod, uti per legatum alicui conferri potest inhabitandi jus, & servitus hæc constitui, ita & per commodatum; quod & colligi potest ex *l. si gratuitam* 17. *ff. de præscriptis verbis*, quæ ejusdem Viviani mentionem facit. Atque ita in *l. Aquilius* 27. & *l. Lucius* 32. *ff. de donat.* epistola proponitur, qua permittitur alteri *hospitio quodam superioribus diætis omnibus gratuito uti: habitare in certo cœnaculo æque uti ex dono*. Adeoque non de constituta, sed per commodatum constituenda habitatione *d. l.* 1. *§.* 1. intelligenda est: eodem nempe modo, quo & per precarium servitutes constitui posse, Pomponius asserit, *l. & habet* 15. *§. precario* 2. *ff. de precario*.

7. Perit autem hæc servitus morte ejus, cui concessa, cum personalis sit, *l. si hab.* 10. *ff. h. t.* *hab.* 11. *C. de usufr.* non vero morte concedentis; quippe cujus hæredes ratam habere tenentur habitationis concessionem defuncto factam, sive is oneroso sive lucrativo donationis titulo eandem concessisset; cum non magis donatio quam contractus alii; morte donantis evanescat, *l. Aquilius Regulus* 27. *ff. de donat.* Sed graviter his obstat *l. Lucius Titius* 32. *ff. eod. tit. de donat.* quæ hæredibus voluntatis mutandæ ac revocandæ habitationis tribuit facultatem. Antinomiæ hujus tollendæ causa varii varias tentarunt distinctiones. Vide Cujacium *lib.* 17. *observ.* 33. Pacium *enantioph. cent.* 6. *n.* 81. Zoesium *ad Pand. tit. de donationibus n.* 78. Wissenbach *ad d. tit. de donation. v.* 2. *disput.* 16. *n.* sed quæ minus probabiles, nec nodum solvunt. Verius est, *d. legem* 32. de precaria habitationis concessione agere; nam & habitationem precario concedi posse, constat ex *l.* 2. *C. de precario*. Cumque hæc precarii natura sit, ut hæredes concedentis, tanquam ejusdem juris ac potestatis cum defuncto, æque ac concedens ipse, precario datum rei usum revocare possit, ut dicetur *tit. de precario*, & patet ex *l. locatio* 4. *ff. locati*, *l. ait prætor* 2. *§. & naturalem* 2. *l. cum precario* 12. *ff. de precario*, quid quæso mirum, si & hæredibus in *d. l.* 32. voluntatis mutatio permissa sit. Atque ita de precario eam jam ante interpretatus fuit cum aliis Covarruvias *variar. res. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 1. quos & ideo in d. l. 32. non legisse, *quamdiu volueris, utaris*, ut Florentinus liber habet; sed *quamdiu voluerim*, probabile est; cum alioquin, servata Florentini Codicis lectione, de precario accipi lex nullo modo posset a

quod & Antonio Fabro placet, qui & ideo *lib.* 2. *conjectur. cap.* 19. pro *volueris* substituit *voluerim*, constituto donationis & habitationis concessæ fine, non in donatarii sed donantis arbitrio ac potestate.

8. Non tamen evanescit habitatio non utendo, aut capitis diminutione, *d. l. si habitatio* 10. *ff. h. t. l. penult. ff. de capite minutis*. Cum enim capitis diminutione, & non utendo, non alia amittantur, quam quæ in jure consistunt, habitationem his modis non extingui necesse fuit, eo quod in facto magis, quam in jure consistit, ut Modestinus ait in *d. l. pen. ff. de capite minutis*, neque dubium, quin habitatio sit alimentorum pars, sic ut alimentis legatis cibaria, vestitus & habitatio videantur data, *l. legatis* 6. *ff. de aliment. vel cibar. legatis*. naturalem vero esse alimentorum præstationem, vel incertum est, quod & servis pœnæ, & deportatis, juris civilis prorsus incapacibus, deberi ex legato possint, nec tam quæratur, an legati aut juris alicujus capaces sint, quam potius hoc unum, an de facto ali possint, *l. is cui* 11. *ff. de aliment. vel cibar. legat. si in metallum*, 3. *ff. de his quæ pro non scriptis*. Et hoc est quod per JCtum in *d. l. pen. de capite minutis*, indigitatum puto, dum dixit, *habitationem in facto magis quam in jure consistere*.

9. Est autem subinde ob verborum ambiguitatem incertum an plena proprietas ædium, an nudum habitationis jus videatur concessum: sed placuit Justiniano, in dubio non dominium ædium, sed solam habitationis servitutem præsumi relictam; nisi probationibus evidentissimis ipse legatarius ostendere possit, etiam dominium ejus domus sibi relictum esse, *l. cum antiquitas* 13. *C. de usufructu*. Ut tamen censeri debeat proprietas legata, si cui ædes certæ, ac suis designatæ confinibus sitque, *ad inhabitandum* legatæ: nam & si prædia legentur *ad alimenta*, non fructum tantum, sed plenam proprietatem videri legatam, responsum est; ac adjectionem illam *ad alimenta* aut simile quid, magis ad causam legandi quam ad usumfructum constituendum pertinere, *l.* 4. *l. pen. in fine ff. de aliment. vel cibar. legat.* Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 4. *n.* 8. & *tit.* 2. *n.* 29. Menochius *lib.* 4. *pr.* 133. *n.* 11. Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 13. *defin.* 9. & *defin.* 10. *n.* 4. Peckius *de testamentis conjug. lib.* 5. *cap.* 25. *n.* 6. (dissentit Galvanus *de usufructu c.* 23.) nisi adjectioni *ad alimenta*, *ad usumfructum*, *ad habitationem*, subjungantur verba, *quandiu vivit*: tunc enim non proprietas, sed habitatio sola aut usufructus, morte personæ evanescens, videretur datus, quasi designata habitatione vel usufructu, dum propria ejus exprimitur qualitas ac natura, Everhardus *consil.* 180. Menochius *d. lib.* 4. *præs.* 133. *n.* 12. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 50. *n.* 4. & *seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 3. *constit.* 13. *defin.* 9. *n.* 7. 8. & *defin.* 10. Mantica *de conject. ult. volunt. lib.* 9. *tit.* 2. *n.* 29. *in fine*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 16. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 75.

TITULUS IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

SUMMARIA.

1. *Qualis cautio in vero & quasi usufructu & usu & habitatione interponenda sit? & quid restituendum sit, ut satisfiat cautioni de restituendo?*
2. *Inventarium fieri rerum fructuariarum suasit jus Romanum, desiderant omnino mores: nec liber est ab inventarii necessitate, cui alienandi potestas data est.*
3. *Cavet fructuarius datis fidejussoribus. Quid si fidejussores invenire nequeat? quid si per contumaciam cavere nolit?*
4. *Quis cavere debeat, si legatarius usumfructum legatum alteri restituere rogatus sit?*
5. *Cavendum illis ad quos finitus ususfructus redibit: singulis, si plures sint: utrique, si incertum, ad quem ex duobus rediturus sit: etiam consufructuario ob jus accrescendi.*
6. *Evanescit cautio, si is, cui cautum, durante usufructu amittat proprietatem.*
7. *Quibus cautio a lege remissa sit? an ei, cui usufructus pure proprietas in diem, vel sub conditione legata? An patri, in moribus etiam matri?*
8. *An donatori?*
9. *An cautio fructuaria remitti possit per eum, qui usumfructum actu inter vivos constituit? An & hæres testatoris usumfructum legantis? an & ipse testator, respectu membri utriusque fructuariæ cautionis?*
10. *Quo modo per indirectum testator possit fructuario remittere cautionem?*
11. *Cautio ab initio non exacta, postea tamen durante usufructu exigi potest, sine ulla temporis præscriptione. Si nec tunc exacta sit, quibus remediis proprietarius finito usufructu ad rerum restitutionem experiri possit? Cautio non est de substantia veri vel quasi usufructus.*

1. UT is, ad quem ususfructus & usus finitus redire debet, de jure suo securus sit, nec malitia aut inopia fructuarii in damno hæreat, cautionem interponi necesse est, quæ tamen aliter in vero, aliter in quasi usufructu concipitur. Quasi fructuarius enim, cum rerum fructuariarum dominus sit, & abutendi atque consumendi potestatem habeat, de utendo fruendo boni viri arbitratu cavere non compellitur, sed tantum de re eadem in genere, vel æstimatione ejus reddenda, *l. si vini* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* §. 2. *Instit. de usuf.* Vid. *tit. de usufr. ear. rer.* At fructuarius usuarius & habitationis jure gaudens, se fruiturum, usurum, habitaturum boni viri arbitratu, & finita servitute rem eandem in specie restituturum cavet, dolumque malum abesse & abfuturum esse, *l.* 1. *pr.* & §. *seqq. l. huic stipulationi* 5. *ff. h. t.* Cujus cautionis membrum alterum, quatenus de restituendo agit, semel tantum committi potest, post finitum nempe usumfructum, alterum, quo de fruendo boni viri arbitratu promittitur, sæpius etiam usufructu constante, *l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* Adde Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 17. Censeturque satisfacere fructuarius cautioni de restituendo, si id reddat, quod tempore usufructus finiti ex re fructuaria extabit, si illa casu aliquo diminuta vel extincta dicatur, vel sine dolo malo attrita sit, *l.* 1. *in pr.* & §. *ult. l. si usufr.* 9. §. *pen. ff. h. t.* Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 46. *n.* 4. Responsa JCtor. Holl. *part.* 4. *consil.* 76. *post. med.* & *consil.* 73.

2. Quia vero post longa tempora & finem vitæ longævi hominis dubium esse posset, quarum, qualium, quantarumque rerum ususfructus datus esset, præsertim, ubi bonorum omnium, aut supellectilis, aut alterius rerum universitatis ususfructus est; recte facturum hæredem & legatarium, ait Ulpianus, si intestatum redegerint, quales res sint, cum frui incipit legatarius, ut inde apparere possit, an & quatenus rem fecerit pejorem, atque insuper constare, in quid fidejussores obligati sint, *l.* 1. *§. recte* 4. *ff. h. t.* Cumque justum visum fuerit ac populare hoc Ulpiani consilium, utpote litium multarum materiam tollens, ac a difficili sæpe probandi necessitate proprietarium sublevans, paulatim in perpetuam transivit observantiam, tantusque moribus hodiernis ejus inventarii conficiendi favor repertus est, ut fructuarius nunc non minus ad inventarii confectionem quam cautionis interpositionem constringi possit; imo facilius aliquando cautionis quam inventarii remissio procedat, ut post dicetur. Neque ab hac inventarii conficiendi necessitate fructuarium omnium bonorum liberabit, quod ei cum usufructu libera quoque alienandi potestas concessa sit: cum enim talis, tanquam fiduciarius universali fideicommisso gravatus considerari debeat, ut *t.* 1. dictum, & adeo quartam ad minimum debeat restituere, nec sine prævia bonorum omnium descriptione dignosci queat, quam quantitatem quarta contineat, consequens est, ut & ipse ad inventarii compellatur conscriptionem, arg. *nov.* 108. *cap.* 1. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 4. *def.* 4. Neostadius *curia Holl. decis.* 20. & *supr. Cur. decis.* 91. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 144. *n. ult.* & 145. *n.* 10. 11. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 27. *def.* 25. D. Someren *de jure novercar. cap.* 7. *num.* 1.

3. Interponenda hæc cautio datis fidejussoribus; tum quia *satisdatio* desideratur, *l. huic stipulationi* 5. *§.* 1. *ff. h. t. l. si cujus rei* 13. *ff. de usufr. & quem. quis utat.* tum quia prætoria est, quæ personarum interventum requirit, *l.* 1. *pr. d. l.* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *l. pratoria* 7. *ff. de stipulationibus prætoriis*, unde & nominatim fidejussoribus oblatis caveri, Paulus voluit *recept. sent. lib.* 3. *tit.* 6. *§.* 27. Quod si idoneos fructuarius fidejussores invenire nequeat, arbitrio judicis relinquendum videtur, ut considerata personæ qualitate, rei fructuariæ quantitate, proniore aut difficiliore perdendi occasione, similibusque, æstimet, utrum juratoria cautione vel pignoribus datis eum ad utendum fruendum admittere debeat, an vero res fructuariæ sequestrandæ aut elocandæ sint, aut ipsi proprietario permittendum, ut fructus colligat, & collectos fructuario præstet. Pati sane non debet judex, ut is, qui satisdationem offerre non potest, propterea a liberalitate testatoris depellatur, arg. *l. cum non facile* 6. *ff. si cui plus quam per leg. Falcid. licuerit*; *leg. esse dic. l. hac edictali* 6. *§. his illud* 1. *in med. Cod. de secundis nuptiis*, *l.* 1. *§. jubet autem* 9. *ff. de collation. auth. generaliter C. de episcop. & clericis*, Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 15. *n.* 4. Christinæus *ad Leg. Mechliniens. t.* 9. *art.* 13. *n.* 7. Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 18. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 47. Joh. Papon *lib.* 14. *tit.* 2. *arrest.* 11. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 48. Peckius *de testamentis conjug. lib.* 5. *cap.* 24. *n.* 4. *in fine*, Galvanus *de usufructu cap.* 20. *n.* 5. Pinellus *ad l.* 1. *C. de bon. mat. part.* 2. *n.* 72. Paulus Voet *ad pr. Instit. de usufruct.* 5. Ant. Matthæus *de servit. disput.* 2. *thes.* 10. & *disput.* 3. *thes.* 13. Sed si exactam per proprietarium cautionem interponere valens, cavere perfracte nolit, a commodo ususfructus, donec caverit, depellendus est, *l. si cujus rei* 13. *ff. de usufru. & quemadmod. quis utat.* adeo ut fructus a tempore cautionis percepti non cedant fructuario, sed sorti adjungendi sint, ac usufructu finito cum rebus ceteris debeant ad proprietarium reverti, Neostadius *Cur. supr. decis.* 33. *in fine*. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 46. *n.* 6. & *seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 9. *art.* 13. *n.* 11. Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 11. *n.* 59. & 60. Confer. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 16. Plane si quos ante petitam cautionem fructus perceperit, eos suos facit. Appendix decisionum *post respons. Juris c. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 36.

4. Cavere tenetur quisquis ex usufructu commodum sperat, si plures sint consfructuarii, singuli, *l. si tibi* 8. *in fine ff. h. t.* Si fructuarius mox alteri usumfructum sibi legatum restituere rogatus sit, videndum, an legatario post restitutionem factam aliqua duret spes ususfructus, & ex testatoris voluntate possit post mortem fideicommissarii ad eum, tunc adhuc superstitem, recidere; quo casu rem ita expediri Ulpianus censuit, ut fideicommissarius legatario, legatarius hæredi caveat. Quod si solius fideicommissarii causa ususfructus relictus sit, nec legatario spes ulla recuperandi supersit, magis placuit, recta via fideicommissarium, subducta legatarii persona, cavere oportere domino proprietatis, *l. si usufr.* 9. *pr. ff. h. t.*

5. Cavendum illis, ad quos usufructu finito res reverti debet, aut saltem speratur reditura. Si plures sint, singulis, *l. si ususfru.* 9. *§. ult. ff. h. t. l. si cujus rei* 13. *ff. de usufr. & quemadm. quis utat.* uti &, si incertum sit, apud quem ex duobus, finito usufructu, proprietas extitura sit; veluti cum ususfructus fundi pure, proprietas alteri sub conditione legata est; cum enim existente conditione legatarius, eadem vero deficiente heres proprietatem habiturus sit, justum visum fuit & legatario proprietatis & heredi caveri, *l. si tibi* 8. *ff. h. t.* Sed &, si proprietatem alteri pure legatam ponas, eundemque rogatum eam post tempus alteri restituere, utrique itidem ob incertum ususfructus finem satisdandum placuit, *d. l.* 8. Denique etiam, cum duobus conjunctim ejusdem rei ususfructus legatus est, utrumque duplicem cautionem interponere obtinuit, alteram quidem, qua sibi invicem securitatem præstant in casum, quo post unius obitum ususfructus totus ex jure accrescendi obveniet superstiti; alteram heredi, in casum, quo ad socium ususfructus jure accrescendi transiturus non est, *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.*

6. Ceterum, ei qui nullo casu rem fructuariam ad se redituram sperare potest, frustra cavetur; usque adeo, ut & cautionis ab initio interpositæ vis omnis evanescat, si is, cui cautum, proprietatem amiserit: cum neque ei prodesse ultra possit, proprietate in perpetuum carenti, neque ei, ad quem proprietas delata; quippe cui nulla poterat ex aliena stipulatione actio videri quæsita, sed is tempore

acquisiti dominii sibi alia debuisset prospicere cautione.

7. Sunt autem casus, quibus remissa invenitur cavendi necessitas; nam etsi a cautione liber non sit, cui testator usumfructum pure, sub conditione proprietatem reliquit, dum dubium est ob incertum conditionis eventum, an unquam proprietatis dominium adepturus sit, *l. omnes* 3. §. *sed etsi* 3. *ff. h. t.* non tamen satisdat, cui ususfructus pure, proprietas in diem legata est; quia verum est, ad eum vel hæredem ejus proprietatem perventuram, *l. si usufr.* 9. §. *plane* 2. *ff. h. t.* nec fiscus, arg. *l.* 1. §. *si ad fiscum* 18. *ff. ut legat. seu fideic. causa cav.* nec pater usumfructum habens in adventitiis filiifamilias, *l. ult.* §. *sin autem* 4. *in fine C. de bonis quæ liberis*, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 10. *def.* 9. Groenewegen *ad Grotium lib.* 2. *cap.* 39. *n.* 8. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 57. *quæst.* 2. quod hodie ad matrem etiam extendi posset, quoties testamento cavendi necessitas remissa est, quasi communicato cum matribus jure illo, quod hodie patribus ex veteri superest patria potestate. Quo facit, quod ex jure Romano matri ad vota secunda transeunti, & ita proprietatem relictorum sibi a priore conjuge amittenti, hic honor fuit habitus, ut pro solis mobilibus, non vero immobilibus exponeret apud liberos satisdationem, *l. hac edictali* 6. §. 1. *C. de secund. nuptiis*. Quamvis aliis placeat, ne patri quidem hodie remissam videri cautionem, quasi is esset ex jure Romano peculiaris effectus illius patriæ potestatis, quæ nuspiam hodie superest; aut saltem arbitrio judicis id committendum esse, an parenti imponenda sit cautio, nec ne, D. Someren *de jure novercar. cap.* 11. *sect.* 3. *n.* v. *in fine*. Illud constat, inventarium omnino, si maxime cautio a parente præstanda non sit, conficiendum esse. Groenewegen & Carpzovius *d. ll.* de quo & in seqq.

8. Immunem quoque a cautione esse donatorem, qui proprietate per liberalitatem in donatarium translata, sibi reservavit usumfructum, vulgo receptum est; cum placuerit generaliter, eos, qui ex liberalitate conveniuntur (adeoque & donatorem de proprietate rerum donatarum usufructu finito conventum) non ultra id, quod facere possunt, damnandos esse, *l. Divus Pius* 28. *ff. de reg. juris*, *l. inter eos* 19. §. 1. *ff. de re judicata*, neque insuper cum donatore tam rigide, atque quidem cum aliis agendum sit, *l. ad res donatas* 62. *ff. de ædilit. edict.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 145. *num. ult.* Pinellus ad *l.* 1. *C. de bonis maternis part.* 2. *n.* 79. Mynsingerus *cent.* 5. *observ.* 39. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 16. *thes.* 11. *in med.* Ant. Matthæus *de servitutib. disput.* 3. *thes.* 15.

9. Sed & dubium vix esse potest, quin is, qui actu inter vivos usumfructum constituit, recte fructuario per expressam conventionem remittat cavendi necessitatem; uti & heres testatoris, usumfructum legantis: cum ita uterque non alieno, sed suo jur renunciet, quod lege permittitur, *l. pen. C. de pactis*, *l. potest heres* 71. *ff. ad leg. Falcid.* Groenewegen *ad l.* 4. *C. de usufructu*. Et sane, si legatarius conventione possit heredi remittere cautionem legatorum nomine, sic ut remissa heredi per legatarium non possit ex pœnitentia revocari; quia licet cuique sui juris persecutionem aut spem futuræ perceptionis deteriorem facere, *l. pactum inter* 46. *ff. de pactis*, cum tamen illa cautio etiam simul concerneret favorem testatoris; rationi conveniens est, longe magis heredem hanc posse fructuariam remittere cautionem, quæ solius heredis respicit utilitatem, ut in sequentibus patebit. Neque tali remissione vel dolus de futuro remittitur, quod fieri non posse constat ex *l. si unus* 27. §. *illud.* 3. *ff. de pactis*, vel fructuarius ad delinquendum invitatur, cum nihilominus & de damno & de restitutione actio supersit, ut post dicetur; nisi heredem dixeris ad delinquendum invitari, cum ei cautio legatorum nomine per testatorem remissa est; & commodatarium, precario tenentem, depositarium, mutuatarium, similesque ad restitutionem & doli culpæque præstationem obligatos, quoties ab illis cautio pro restitutione ac deterioratione petita non est, nec peti potest. Testatorem quod attinet, eum non posse remittere cautionem fructuariam, verius est; idque non modo quantum ad eam cautionis partem, quæ de utendo boni viri arbitratu concepta est; ut satis plane atque clare sancitum, in *l. pen. C. ut in possess. legat.* sed & alterius membri intuitu, quo de re finito usufructu restituenda cavetur: quod abunde evincitur, ex *l. si pecunia* 6. *ff. ut in possess. legat. nomine*, & *l.* 1. *C. de usufructu*, ubi, cum uxor marito omnium bonorum reliquisset usumfructum, ac cautionem ab eo exigi prohibuisset, ab Imp. rescriptum fuit, *non aliter maritum a debitoribus solutam pecuniam accipere posse, quam oblata secundum formam senatusconsulti cautione.* Quæ verba non de alia cautionis parte recte acceperis, quam de ea, quæ pro restitutione securitatem præbet; cum de pecunia exacta, adeoque rebus fungibilibus ex jure ususfructus accipiendis, ibi quæstio esset; quarum intuitu non aliam quam de restituendo cautionem interponi, notum est. Neque enervatur hæc sententia ex eo, quod excipitur a Vinnio hic dissentiente *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 29. in quasi usufructu quidem de restituendo cautionem remitti testamento non potuisse, convenienter *d. l.* 1. at aliter in vero servari: ex ratione, quod fungibilium, tanquam usu consumendorum, vindicatio nulla sed sola condictio, post finitum quasi usumfructum supersit, *l. hoc senatusc.* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* ut proinde in cautione præsidium majus majorque securitas quærenda fuerit; contra vero rerum non fungibilium corpora, usufructu finito, vindicari possint atque adeo extra cautionem remedium ad indemnitatem potentissimum proprietario comparatum sit, *l. omnes* 3. §. *ult. l. & si usufr.* 7. *pr. l. ult. ff. h. t.* Non, inquam, ista urgent satis: nam etsi demus, paulo potentiorem esse rei vindicationem, quam condictionem, non tamen inde recte deduxeris, in vero ergo usufructu cautionem de restituendo remitti posse; in quasi non item. Utrobique sane cautio securitatem addit, utrobique etiam, cautione deficiente, remedium ad recuperandum in jure proditum est, condictio in altero, in altero vindicatio; sed & utrobique deficiente cautione remedium tum vindicationis tum condictionis sæpe inane est; sic ut non majorem in vindicatione, quam condictione indemnitatem habeat, cui usufructu finito res reddenda est. Quid enim, si

quid aliud 86. *ff. de verb. signif.* junct. *l. qui fundum* 12. *ff. quemadmod. servit. amitt.* & jura quidem, possidenti commoda, debenti damnosa; adeo ut fundum habens servituti obnoxium, non possit eundem divendere, *ita ut optimus maximusque est*, *l. cum venderes* 59. *ff. de contrab. emt.* Quod ergo Pomponius tradidit, futuro quoque ædificio; quod nondum est, vel imponi vel acquiri servitutem posse, *l. si servitus* 23. *§. 1. ff. de servitut. praed. urban.* & Paulus, ædificio necdum ædificato servitutem constitui; nondum inventa aqua servitutem aquæ ducendæ concedi; denique, viam quoque ab eo promitti posse, qui fundum non habeat, *l. heredes ejus* 25. *§. contra* 10. *ff. fam. erc. l. Labeo* 10. *ff. de servitut. praed. rustic.* id de promissione ac constitutione conditionali intelligendum est; in quantum tacite subauditur, *si aliquando fundus fuerit acquisitus, aut aqua inventa*. Etsi enim servitutes prædiales ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possint; tamen si hæc adjecta sint, placitis standum esse obtinuit, *l. servitutes ips.* 4. *ff. h. t.* neque etiam vetitum, servitutes hasce posse sub conditione summo jure promitti, *l. existimo* 98. *ff. de verb. oblig.* atque ita promissionis semel iterumque mentio est in *d. l.* 25. *§.* 10. *ff. famil. ercisc.*

3. Prædia hæc ad servitutum prædialium constitutionem requisita vel urbana sunt, vel rustica. Urbana dicuntur, quæ in urbe vel agro habitandi causa exstructa sunt; omnia namque ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint *§. 1. Instit. de servitut. praedior.* quæ ædificia etiam insularum appellatione veniunt, si circumiri possint, relicto inter domos vicinas spatio intermedio; quod apud Romanos habuisse latitudinem sestertii pedis, seu pedum duorum cum semisse, ad ambitum ac circuitum, docet Brissonius *antiquitat. lib. 1. cap. 2.* Rustica sunt, quæ fructuum percipiendorum condendorumque gratia comparata sunt, ut agri, pomaria, horti; sic ut non locus, sed usus urbana & rustica prædia distinguat, *l. urb. fam.* 166. *l. urbana praedia* 198. *ff. de verb. signif.* Unde & pro usu vario tum horti, tum stabula, tum areæ, nunc rusticis, nunc urbanis prædiis adnumerantur. Area namque trituraria si sit, si horti olitorii, aut vinearii, atque ita plurimum in reditu consistant, si stabula non in continentibus ædificiis sint posita, urbanorum prædiorum numero procul dubio non continentur, *l. eo jure utimur* 4. *§. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrab. d. l. urbana praedia* 198. *ff. de V. S.* arg. *l. ult. in fine Cod. de servit. & aqua*, contra vero si horti vel stabula ædificiis juncta inveniantur, voluptati & habitationi commodiori inservientia, si areæ tales sint, quæ ædium partem faciunt, urbani hæc prædii esse, responsum est, *d. l. urbana praedia* 198. *ff. de V. S.* arg. *d. l.* 4. *§. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrab. l. si grege legato* 22. *in fine ff. de legatis* 1. *l. fundi* 211. *ff. de V. Signif.* Quin imo, in hortis suburbanis habitasse veteres, eaque ratione & hortos & villas domus appellatione contineri, constans est ex *l. lex Cornelia* 5. *§. quod si quis* 3. *ff. de injur.* quales amœnas hortorum habitationes Romanis dictas fuisse dictas, apparet ex *l. pen. §. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. senatus* 43. *§. 1. ff. de legatis* 1. Brissonius *antiquit. lib. 3. cap.* 13. nec longe diversas fuisse a prætoriis voluptati tantum deservientibus, colligi potest ex *l. urbana praedia* 198. *ff. de verb. signif.* junct. *l. Titia* 34. *§. Gajus Sejus* 3. *§. ff. de legatis* 2. Confer Vinnium paulo aliter sentientem *quaest. select. lib. 1. cap.* 30. Sciendum tamen, quædam in hac servitutum materia prædiis rusticis accenseri, quæ si de pignore tacito in invectis illatis quæstio sit, ab urbanis ceteris non longe differunt, *l. eo jure* 4. *§. 1. ff. in quibus caus. pign. tacit. contrab.*

4. Ex hac prædiorum distinctione processit servitutum in urbanas & rusticas divisio. Urbanæ dictæ quæ urbanis, rusticæ quæ rusticis prædiis sunt debitæ, denominatione facienda a prædio dominante, sic ut servitus urbana sit, ubi prædium dominans tale est; etsi serviens non urbanum, sed rusticum foret: uti personalis ea est quæ non rei, sed personæ debetur, *l. 1. §. & datur* 43. *ff. de aqua quot. & aestiv.* Atque hinc est, quod una eademque servitutis species quandoque urbana quandoque rustica dicitur, prout vel urbano vel rustico fuerit prædio constituta: uti id in servitute altius tollendi vel non tollendi, projiciendi seu protegendi, cloacæ, aquæductus, itineris ad domum, aliisque similibus manifestum est. Confer *l. servitutes* 20. *§. si domo* 1. *ff. de servit. praed. urban. l. si ego emi* 11. *§. 1. ff. de public. in rem. act. l. 2. ff. de servit. praed. urban. l. 2. ff. de servit. praed. rustic. §. 1. Instit. de servit. praedior. l. 1. §. illud quaeritur* 11. *ff. de aqua quotid. & aestiva*. Ne nunc dicam, novum non esse, ut servitus natura sua realis in personalem commutetur, dum id agitur, ut jus eundi, agendi, aut pecoris pascendi aquamve hauriendi, certæ tantum personæ tribuatur, nec ad hæredes ejus transiturum sit, *l. pecoris* 4. *ff. de servit. praed. rustic. l. pen. ff. de servitute legata, l. Mela* 14. *§. ult. ff. de alimentis vel cibar. legatis, l. 1. §. praeterea* 11. *ff. de aqua quot. & aest.* atque ita usum aquæ personalem esse, & ideo ad hæredem usuarii non transmitti, Paulo ac Modestino placuit, *l. usus aquae* 21. *ff. de usu & habitat. l. pen. ff. de servit. praed. rust.* licet alioquin plenum hauriendi jus non hominis sed prædii sit, *l. si mihi* 20. *§. ult. ff. de servit. praed. rustic. §. inter rusticorum* 2. *Inst. h. t.* Adde Wissenbach *ad Pand. vol. 1. disp.* 20. *num.* 16.

5. Ceterum an una an plures sint servitutes, non ex servientium sed dominantium prædiorum numero æstimandum est; una namque via est, etiamsi per plures fundos imponatur; adeo ut, si per unum fundum itum fuerit, per alios non, tota tamen servitus servetur, etiam ratione prædiorum illorum servientium, per quæ tanto tempore, quanto servitus amittitur, non fuit exercitum viæ jus, *l. una est via* 18. *l. cum essent* 33. *§. 1. ff. de servit. praed. rust.* Sin pluribus prædiis per eundem locum via debeatur aut alia servitus, plures servitutes sunt, sicut ex his una possit præscriptione aut aliter extingui, reliquis salvis, *l. si aedes* 32. *ff. de servit. praed. urb. l. nam satis* 6. *§. si ego* 1. *§. quemad. servit. amitt.*

6. Etsi autem reales servitutes impositæ quosvis onerent & universales & particulares prædii servientis successores, ac vicissim iis prosint, prædiis scilicet cum suo onere transeuntibus, Ant. Faber

Cod. lib. 3. *tit.* 24. *defin.* 2. quia tamen sola promissio servitutis prædia non afficit, quamdiu quasi traditio subsecuta non est; sed solummodo personam promittentis devincit, secundum vulgata jura, Cæpolla de *servit. præd. urban. cap.* 21. *num.* 1. Costalius *ad l.* 19. *ff. quib. mod. servitus amitt.* hinc, si promissæ tantum sint, particularem successorem, velut emtorem, donatarium similesque non gravant necessitate eandem imponendi, nisi emtioni aut donationi adjecto pacto id actum sit. Universales vero successores promissoris in tantum obstricti manent, ut & singuli in solidum stipulantis arbitrio ad præstandam viam aliamve servitutem a defuncto promissam conveniri possint: nam etsi obligationes regulariter inter coheredes ipso jure divisæ sunt, id tamen in illis fallit, in quibus sui natura divisionem respuit res promissa, quo in numero servitutes quoque sunt; in quibus magis probata est regula, quod ex persona heredum conditio obligationis non possit mutari, & ex individua dividua fieri, *l. stipulationum* 2. *pr. §.* 1. *&* 2. *ff. de verbor. oblig. l. hæredes ejus* 25. *§. contra* 10. *ff. famil. ercisc.* Si tamen ad unum ex pluribus hæredibus ex adjudicatione in solidum pervenerit fundus ille, cui se servitutem impositurum defunctus promiserat, eum solum ad servitutem imponendam compelli, rationis est; cum solus ipse possessor prædii, solus etiam imponendi facultatem habeat, arg. *l. sed mihi* 3. *§. hæres* 3. *ff. commodati*, Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 11. *n.* 16. vers. *secunda conclusio.*

TITULUS II.

De Servitutibus Prædiorum urbanorum.

SUMMARIA.

1. *De servitute* oneris ferendi; *quid in ea singulare?*
2. *De servitute* tigni immittendi, *& an eam habens, plura tigna, quam ab initio immiserat, deinceps immittere, & an in locum corruptorum alia substituere possit, per distinctiones explicatur. Item de servitute immittendi, ac ut super immissis ædificare liceat.*
3. *De servitute* tigni projiciendi *seu protegendi*; *quid sint protectiones, suggrundæ, meniana, & unde dicta?*
4. *Si quid in meum parietem sit immissum per vicinum, qui servitutem non habet; rescindere privata auctoritate possum, non item, si tantum protectum. Quæ sit ratio diversitatis?*
5. *Monstratur, servitutem* altius tollendi *non esse, sed potius libertatem, cum vicinus vicino permittit altius tollere contra modum lege vel statuto præfinitum.*
6. *In quo consistat servitus, quæ tribuit* licentiam altius tollendi?
7. *An etiam sit quædam servitus* altius tollendi, *qua vicinus cogitur altius tollere in suo?*
8. *Quid sit servitus* altius non tollendi?
9. *Quid sit servitus* luminum *seu* luminis immittendi? *quid moribus sit* vensterdrecht? *An acquisita censeatur luminum servitus, si fenestram posuerim in vicini pariete, eo silentio non contradicente?*
10. *Quid sit servitus* luminis non aperiendi? *si talis conventio sit interposita, afficit prædium serviens sine ulla quasi traditione.*
11. *De servitute* ne luminibus officiatur. *Distat a servitute* ne altius tollatur. *An servitus hæc generaliter constituta pertineat etiam ad lumina futura, quæ tempore constitutionis nondum erant?*
12. *De servitute* prospectus, *&*, ne prospectui officiatur, *& ne in* aream alterius prospiciatur.
13. *De servitute* stillicidii *&* fluminis. *An stillicidium in flumen converti possit, & contra? an retroduci, an produci? an & quatenus ædificari possit in eo loco, in quo aqua cassitat? quid moribus?*
14. *De servitute* cloacæ, fumi immittendi *ex taberna casearia vel ex alio loco*, effundendi vel abjiciendi in *aream vicini, & qualia tunc effundi possint? item*, ne vicinus in suo quid positum habeat, *ut* liceat in aream vicini terram, saxa, lapides provolvere, *ut* theatra vel contignationes in area vicini ad ædificandum facere liceat. *Quando vicinus invitus ad id cogi possit?*
15. *De* pariete communi, *seu* cratitio, concratitio, intergerino. *In dubio paries aut sepimentum inter duo prædia præsumitur commune esse; & duas continuas habens domos, si unam vendat, etiam mediam parietis cratitii partem censetur vendidisse. Quæ sint specialia signa unde præsumi possit, parietem communem esse, vel unius vicini proprium?*
16. *Quid vicinorum alter altero invito facere possit circa parietem communem? ubi de destructione, mutatione, fistularum, tubulorum, furni, cloacæ, camini, similiumque applicatione, parietis ipsius incrustatione & ornatu.*
17. *An, & quo usque vicinorum alter, altero invito, superstruere possit parieti communi? & quid agendum, si non jure id fecerit?*
18. *De vestibulo communi, quid in eo possit vel non possit sociorum unus, invitis reliquis? ubi de clivis faciendis, fenestris aut januis aperiendis, & similibus; & an peti possit divisio vestibuli communis, invito uno?*

1. Plures urbanæ hoc titulo recensentur servitutes, quarum gravissima est, *oneris ferendi*, cum vicini paries vel columna onus aliarum ædium ferre tenetur. In qua illud singulare ac præ ceteris grave est, quod prædii servientis dominus non pati tantum, sed & facere tenetur, parietem nempe vel columnam reficere, & vel fultura vel innovatione reddere oneri ferendo perpetuo parem, quod & ipsa *oneris ferendi* denominatio satis innuit, involvens quippe obligationem ad factum aliquod, quo interveniente onus feratur, columnæ scilicet aut parietis ædificationem refectionemve, *l. eum debere* 33. *ff. h. t. l. etsi forte* 6. *§. etiam* 2. *l. sicut* 8. *§. distans* 2. *ff. si servit. vind.* Ut tamen pro derelicto habendo prædium serviens, evitari possit refectionis necessitas, *d. l. & si forte* 6. *§. etiam* 2. *in fine*, atque etiam, durante refectione, prædii dominantis domino fulciendi oneris cura incumbat; nisi illud interim deponere malit, & denuo restituere, cum,

paries fuerit restitutus, *d. l. sicut* 8. *pr. ff. si servit. vind.*

2. Tigni immittendi jus est, quo vicino licet in vicini parietem tignum immittere, ita ut illud in dominantis simul & servientis prædii pariete requiescat, *l. urbanorum* 2. *l.* 25. *ff. h. t. l. sicut* 8. §. 1. 2. *l. si, cum meus* 14. *ff. si servit. vind. l. malum* 242. §. 1. *ff. de verbor. signific.* In qua servitute jus commune obtinet, quod nihil facere teneatur dominus prædii servientis, adeoque nec refectione parietem reddere immissioni tignorum suscipiendæ parem, *d. l. sicut.* 8. §. *distant* 2. *ff. si servit. vindic.* nec collapsum parietem servientem reponere, arg. *l. si quis alia* 18. §. *ult. ff. quemadm. servit. amitt.* Quisquis autem simpliciter pactus est hanc servitutem, *dat hy t' allen tijden 't sijnen gelieven soude mogen ankeren en balken in sijn buyrmans muer*, non expresso trabium aut anchorarum numero, neque immissionis causa; si quasdam immissas habuerit, alias deinceps immittere, numerumque pro prædii sui utilitate augere non prohibetur: &, quia prædiales servitutes natura perpetuæ sunt, in corruptarum locum alias de novo substituere licitum, ejusdem sive alterius formæ: generaliter enim concepta sine restrictione intelligenda sunt, arg. *l. si servitus* 23. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. de legatis præstand. contra tab. bon. poss. pet.* Cæpolla *de servitutibus præd. urbanor. cap.* 30. *num.* 5. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 233. Contra servatur, si non indefinite immittendi jus tributum sit; sed ab initio trabium numerus & immittendi modus inveniatur conventione circumscriptus: tunc enim neque plura immittere, neque formam immissionis mutare licet, arg. *l. servitute ipso* 4. §. 1. *ff. de servitutibus, l. is, cui via* 11. *ff. quemadm. servit. amitt.* Cæpolla *d. cap.* 30. *num.* 6. præsertim, cum servitutis concessio, tanquam odiosa (quippe libertati naturali adversa) strictam recipiat interpretationem, & in dubio pro libertate pronunciandum sit, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *def.* 4. Berlichius *part.* 2. *conclus.* 49. *num.* 27. Gratianus *discept. for. cap.* 572. *num.* 38. *& seqq.* Responsa JCtor. Holl. *part.* 5. *consil.* 143. Idemque est, si sine expressa conventione, sola scientia & patientia atque conniventia tali, quæ consensum includit, vicinus permiserit, trabium quarundam immissionem. Uti &, si sine expresso tacitove consensu domini prædii servientis per solam præscriptionem tigni immittendi jus primitus quæsitum fuerit: cum enim non plus præscribi possit, quam possessum aut quasi possessum est, nec tacitus consensus qui ex scientia ac patientia facti alieni colligitur ultra illud factum, in trabium certarum immissione consistens, extendi debeat, quippe factum præsupponens; necessario sequitur, non ultra periisse servientis prædii libertatem, quam quatenus factum intercessit libertati contrarium, arg. *l. si, cum meus* 14. *ff. si servitut. vind.* Christinæus *ad leg. Mechl. t.* 14. *art.* 30. *n. ult.* Præterea, si in constituenda tigni immittendi servitute causa immissionis expressa sit, veluti ad extructionem vicinæ domus, consequens est, ut alios in usus, aliosque fines extra domus ædificationem, immissio tignorum illicita judicetur, ac jure possit prohiberi; eo quod cessante in universum causa finali concessionis, concessio ipsa cessare debet, arg. *l. Labeo* 17. *ff. quemadm. servit. amitt.* Cæpolla *d. cap.* 30. *de servit. præd. urb. num.* 5. Denique, si quis expressa quidem conventione vicino generaliter indulserit tignorum in parietem suum immissionem, sed deinde paries in longitudinem aut latitudinem a prædii servientis dominio productus sit; in partem eam de novo ædificatam fieri non debere immissionem constat, quia pars ea nunquam servituti obnoxia fuit reddita; nisi nominatim futuro quoque parieti imposita doceatur arg. *l. si servitus* 23. *pr. &* §. 1. *ff. h. t.* Manzius *de muro communi num.* 23. 24. 25. Plane quin in locum tignorum vetustate corruptorum alia similia submittere ad eandem formam numerumque liceat domino prædii dominantis, non videtur dubitandum, etiamsi præscriptione vel conventione ad certum tignorum numerum onus servitutis limitatum sit (nisi nominatim contrarium placuisse inter paciscentes doceatur) cum ea servitutum natura sit, ut perpetuo durante, atque etiam collapsis aut depositis in universum ædibus sive dominantibus, sive servientibus, ac dein iterum restitutis, redintegrentur, *l. ser.* 20. §. *si sublatum* 2. *l. si testam.* 31. *l. eum debere* 33. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 34. *num.* 12. Respons. Juriscons. Holl. *part.* 1. *consil.* 304. Et hoc puto velle Pomponium in *l. si, cum meus* 14. *ff. si servit. vind.* dum ait, *si passus sim te immittere tigna, quæ antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes; imo etiam agere tecum potero, ut ea, quæ nova immiseris, tollas*; neque enim illic per *tigna nova* designat ea, quæ in locum priorum de novo submissa erant. Etenim primo ponit, dominum servientis prædii jam passum esse illam tignorum submissionem in locum exemtorum, dicens dominum parietis passum esse, per vicinum *tigna immitti, quæ antea habuerat*, nec de his quicquam monet, quasi injuria submissis seu restitutis, aut quasi dominus parietis illam potuisset prohibere eorundem aut similium tignorum repetitam immissionem. Cum autem prædii dominantis dominus præter ea, quæ jure reposuerat in locum exemtorum, quorumque repositionem vicinus secundum ante dicta pati tenebatur, alia insuper per nova prioribus addere vellet, tum demum recte eum prohibere, aut si is nullo jure jam immisisset, ad ea tollenda jure conveniri potuisse, verba legis evidenter probant. Ant. Faber ad *d. l.* 14. Est & plenior quædam immittendi servitus, qua id conceditur, *ut in parietem vicini tigna immittere mihi liceat, superque ea tigna* (verbi gratia) *porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant*, *l. sicut* 8. *ff.* 1. *ff. si servit. vind.*

3. Diversa ab hac tigni immittendi servitute est ea, qua vicino licet emittere suum tignum extra suum parietem, ita ut supra vicini aream promineat seu propendeat, non requiescat; & appellatur tigni projiciendi vel protegendi; quo pertinent meniana, suggrunda ac protectiones, *l. si duo* 3. §. *item videamus* 5. *&* 6. *ff. uti possidetis, l. malum* 242. §. 1. *de verb. signif. l.* 2. *ff. h. t.* inscriptio *tit. ff. de damno infecto & suggrundis & protectionibus.* Suggrunda, vel suggrundae, quasi suggerunda, vel subgerundia, sunt ea, quæ extra ædes emissa prominent, & ab inferiori parte susti-

nentur seu suggeruntur : quæ, si fuerint pars tecti, ultra structuram ædium projecta ac prominens, ad arcendas a parietibus pluvias ac stillicidia, *protectiones* dicuntur. Meniana Festus & Isidorus *lib.* 15. *orig. cap.* 3. appellata volunt a Meniano vel Menio censore, qui primus in foro ultra columnas tigna projecit, quo ampliarentur superiora spectacula. Contra, meniana a μήνη, id est, luna, derivat Stephanus Le Moyne *in variis sacris vol.* 1. *in præfat. asterisco* 18. quia extructa erant, ut post solis occasum & ad plurimam noctem ibi somnos captarent, vel liberrimum & frigidiorem aerem spirarent, post intolerabiles & urentes dierum longiorum æstus & ardores: nam qui mollius cuticulam curabant, habebant solaria, & meniana a solariis distincta.

4. Distat vero tigni immissio a projectione vel protectione, in eo, quod, si quis in meum quid immiserit, servitute carens, id mihi privata corrumpere liceat vel rescindere auctoritate; at si solummodo supra meam aream quid protexerit, aut e suo emiserit, servitutem non habens, tantum agi per me possit, jus vicino non esse ita protectum habere, *l. sed si inter* 27. *ff. h. t. l. quemadmodum* 29. *§. si protectum* 1. *ff. ad legem Aquil.* multum enim interest, quod ille in alieno fecit, hic in suo protexit, *d. l.* 29. §. 1. Scilicet quidquid unusquisque in alienum immittit, aut in alieno extruit, id ejus fit, cujus solum est, adeoque & tignum in meum parietem nullo jure a vicino immissum, & trajectus ab eo per meam domum aquæductus, non immittentis aut facientis manet, sed mihi jure dominii aequiritur, §. *cum in suo* 29. & 30. *Inst. de rer. divis.* Dum ergo id, quod ita immissum aut trajectum est, rescindo, de re mea jure domini dispono, nec id quod alienum est, sed meum corrumpo, quod licet, arg. *l. in re mandata* 21. *C. mandati*, nec ea ratione inter me ac vicinum meum jus mihi dicere videor, contra *l. non est singulis* 176. *ff. de Reg. juris.* Protectum vero a vicino supra meam aream meum non fit, quia nuspiam requiescens, ædibus meis aut fundo junctum non est. Cui consequens, ut nec jure meo rescindere aut perdere possim, quod meum effectum non est, legis Aquiliæ condemnationi, si fecerim, subjiciendus, *d. l.* 29. §. 1. Nam & arboris in alieno radicatæ ramos, supra meum propendentes, non aliter rescindere aut sublucare possum, quam si prius prohibitorium impetraverim a prætore interdictum, ne vis mihi fiat ramos rescindenti, postquam vicinus admonitus id facere distulit aut denegavit, *l.* 1. *passim ff. de arboribus cædendis.*

5. De servitute *altius tollendi* prolixa disputatio est, ac in varias opiniones iverunt interpretes. Vinnius quidem cum aliis *ad* §. 2. *Instit. de action. num.* 5. fuse adstruere allaborat, tunc esse altius tollendi servitutem, cum posita lege municipali, qua certus est præfinitus ædificandi modus, ac circumscripta ædificiorum altitudo quam nullus excederet, idque in gratiam vicinorum (de qua est *l.* 1. §. *nunciamus* 17. *ff. de operis novi nunciat. l. qui luminibus* 11. *ff. h. t. l.* 1. *C. de servit. & aqua. l.* 1. *l. ex quo pace* 12. §. *& nos* 1. *C. de ædif. privatis*), vicinus vicino licentiam indulget altius ædificandi contra legem, modum certum altitudinis non excedendum definientem. Cui opinioni quo minus subscribam, facit, quod & ex jure nostro & ratione naturali didici, licentiam altius in suo tollendi etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente, non servitutem sed libertatem esse, *l. altius* 8. *l.* 9. *Cod. de servitutibus & aqua*, *l. sicut* 8. §. *Aristo* 5. *ff. si servit. vind. t. cum eo* 9. *ff. h. t. l. Proculus* 26. *ff. de damno infecto*; hanc vero licentiam adeoque libertatem vel conventione vel lege imminui posse, eoque ipso servitutem introduci. Confer Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 69. *num.* 10. *& seqq.* Cæpollam *de servitut. præd. urban. cap.* 61. *num.* 5. Et quia de conventione id expeditum est, superest, ut idem de lege adstruatur. Patet autem id ex *l. ult.* §. 1. *C. de servitut. & aqua*, ubi Justinianus in usum agriculturæ generaliter constituit, nemini licere sic ædificare prope aream alterius triturariam, ut idoneum ventum ac sufficientem ad præfatum opus (secretionem nempe paleæ a frugibus) infringat, & inutilem domino aream faciat. Patet ex omnibus legibus paulo ante de forma ædificandi & altitudine præfinita adductis; in quibus, etsi vocabulum servitutis non occurrat, tamen contra naturalem libertatem aliquid introductum esse, nemo sanus ibit inficias; quod ipsum non alia, quam *servitutis* appellatione, potest venire. Patet denique ex *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*, ubi a natura ipsa servitus introduci dicitur, & semper inferiorem agrum in aqua excipienda superiori servire; ac hoc incommodum naturaliter pati agrum inferiorem a superiore, compensareque debere cum alio commodo: sicut enim omnis pinguitudo terræ ad eum decurrit, ita etiam aquæ incommodum ad eum defluere. Neque ratio ulla est, cur non æque rerum, ac personarum, servitutes ex jure gentium vel civili induci possent. Confer Brissonium *select. antiquit. lib.* 1. *cap.* 1. & *lib.* 4. *cap.* 6. Ubi ergo per legem publicam servitus ita publice invenitur imposita, vicinus vicino concedens aliter aut altius ædificandi facultatem, quam quidem definierant jura municipalia principumve edicta; non jam nova servitus altius tollenti quæsita videri potest, sed magis restituta naturalis libertas, quæ prius fuerat per impositam a lege servitutem ademta. Quemadmodum enim, si privata pactione mihi libertatem ædificandi ademerim; ea contrario pacto ac remissione servitutis redintegratur, sic ut deinceps non jure novæ servitutis, sed recuperatæ libertatis, meo ædificem arbitratu, ut ipse Vinnius fatetur, & certum est ex *l. si stillicidii* 8. *ff. quemadm. servit. amitt.* ita quoque, si privatus vicinus remittat servitutem publica lege in sui favorem constitutam, aliter concipi res non potest, quam quod libertas reducta sit. Ac frustra plane Vinnius est, dum hic suggerere tentat diversitatis rationem. Quamvis enim tunc cum lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, unius vicini concessione seu remissione res serviens non in universum libera esse incipiat, sed nihilominus ex vi legis affecta maneat eadem qualitate ac conditione respectu ceterorum vicinorum, quorum interest ædes altius non tolli; non tamen ullatenus inde jus diversum in servitutibus a lege impositis, & iis, quæ ex conventione constituuntur, deduci potest; cum idem quoque in servitutibus ex conventione descendentibus eveniat. Ut enim lex pluribus vicinis prospicit, servitutem imponendo, ita

quoque vicinis pluribus eandem altius non tollendi servitutem ex conventione concedi posse, palam est. Neque dubium, quin tot separatæ servitutes sint, quot prædia dominantia separata sunt, quibus servitur, *l. si ædes meæ* 32. *ff. h. t.* Quemadmodum ergo tunc, cum omnes vicini servitutem altius non tollendi in suum commodum a lege introductam remittunt, prædium incipit in universum ab ea legali servitute liberum esse, ut hoc Vinnius haud diffitetur; ita quoque ex remissione servitutis illius, quæ ex conventione fit, per omnes eos facta, quorum separatis ædibus constituta erat, ædes servientes in universum liberæ efficiuntur. Et vicissim, uti uno ex vicinis legitimam servitutem remittente, reliquis adhuc suum jus servitutis intactum est; ita quoque, cum unus ex pluribus diversarum ædium dominis, ac servitutem per conventionem habentibus, eandem remittit, integra nihilominus reliquis est potestas vindicandæ servitutis, ejus solius intuitu, qui remisit, libertate utroque in casu redintegrata. Sic sane Julianus in *d. l.* 32. *ff. h. t.* cujus verba libet apponere, *si ædes*, inquit, *meæ serviant ædibus Lucii Titii, & ædibus Publii Mævii, ne altius ædificare mihi liceat; & a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus ædificatum habuero, libertatem adversum Publium Mævium usucapiam; non enim una Servitus Titio & Mævio debebatur, sed duæ. Argumentum rei præbet, quod si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilominus servitutem deberem.* Nec distinguit, an conventione, an lege, servitus constituta sit, sed de casu, quo ædes meæ ædibus Titii & ædibus Mævii serviunt generaliter quæstionem concipit, ac subnectit decisionem. Nec dictis adversatur, *l.* 1. *C. de servit. & aqua*, cui talem nonnulli sensum affingunt, quasi contra impositam a lege servitutem præscriptio non libertatem, sed novæ servitutis speciem induceret. Aliam namque commodam d. legi sententiam posse tribui, ex glossa constat. Neque erraturum putem, qui ita illud rescriptum acceperit; scilicet, adversus eum, qui contra veterem formam, lege vel edicto præscriptam, extruxit, ut luminibus vicini officeret, recte agi posse, ut destruat, quod in servitutis publicæ præjudicium ædificavit. Sed cum forte de lege municipali aut edicto principali circa ædificandi modum docere læsus non posset, Imperator ulterius judici suggerit, eum sciturum *longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere.* Quasi diceret, servitutem publicam non modo lege vel constitutione, sed & consuetudine, induci posse, cum consuetudo, ut alibi dictum, easdem cum lege vires habeat. Ceterum ita demum consuetudine servitutem induci, si is, qui eam pro se allegat, & altiore ædificatione *pulsatur*, id est, læditur, nec vi nec clam nec precario possederit. Licet enim aliquando *pulsria* dicatur, qui tanquam reus judicio conveniatur *l. de ætate* 11. *§. qu. interrogatus* 9. *ff. de interrogat. in jure fac.* tamen & eum, qui læditur ac damnum patitur, in jure nostro *pulsari*, constat ex *l. consensisse* 2. *§. item si extra* 5. *ff. de judiciis.*

6. Vidimus, servitutem altius tollendi non in eo consistere, ut alicui in suo liceat altius ædificare: neque tamen diffiteri licet, aliquam in jure nostro notam esse servitutem, quæ altius tollendi licentiam contineat: ita enim in *l.* 2. *ff. de servit. præd. rust.* Neratius tradidit, prædiorum servitutes esse, *licere altius tollere, & officere prætorio vicini.* Idemque est *in l. in tradendis* 7. *§.* 1. *ff. commun. præd.* Nec aliud Gajus voluit in *l.* 2. *ff. h. t.* cum ait, *urbanorum prædiorum jura esse, altius tollendi & officiendi luminibus vicini.* Existimo autem jurisconsultos in *d. ll.* non aliam denotasse altius tollendi licentiam, quam qua per vicinum mihi conceditur jus & facultas altius tollendi in suo, ad mei prædii utilitatem, atque ita officiendi quoque luminibus aut prætorio vicini, si non nisi cum eo vicini incommodo altior ædificatio peragi queat: veluti si fingas expedire prædio meo, ut paries in vicini loco fiat, qui non est; vel ut jam extructus vicini paries altior sit, quam est; & ob id is mihi facultatem tribuat, parietem de novo in suo ædificandi, vel eum, qui jam illic est, in usum meum meo sumtu ad altitudinem majorem perducendi; sive luminum gratia mea intersit, ut radii solares repercussione in parietem elevatiorem ingrediantur cœnaculum meum, secundum *l. si arborem* 17. *§. interdum* 2. *ff. h. t.* sive alterius usus & utilitatis gratia. Etenim in suo quidem jure libertatis naturalis quisque altius ædificare potest, etsi vicino noceat, & luminibus ejus aut prospectui officiat, quoties servitus, *ne luminibus vel prospectui officiatur*, constituta non est, *l. inter servitutes* 12. *l.* 16. 17. *ff. h. t. l. si in ædibus* 9. *C. de servitutib. & aqua*, *l. Proculus ait.* 26. *ff. de damno infecto*. In alieno id non licere, nisi servitute constituta, certum est, ac probatur arg. *l.* 1. *§. ult. in fine*, *l.* 2. *§. item Varus* 5. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ.* Qua ratione Ulpianus scripsit, *solere opus in alieno fieri, cum jure servitutis, quam quis habet alieno agro impositam, opus in alieno facit. l. damni infecti* 30. *pr.* junct. *§. ult. ff. de damno infecto*. Nec recte dixeris, in exemplo posteriore oneris ferendi servitutem contineri; cum ea ratione vicini paries onus ædium mearum haudquaquam ferat, sicut evenit in oneris ferendi servitute. Suadentque hanc interpretationem exempla reliqua, quæ in *d. l.* 2. *ff. h. t. & d. l.* 2. *ff. de servit. præd. rustic.* junguntur servituti, *altius tollendi licentiam* respicienti: quippe quæ pleraque comprehendunt facultatem aliquid faciendi in alieno, vel supra alienum prædium, veluti, *cloacam habere per vicini domum vel prætorium, vel protectum habere licere, stillicidium avertere in tectum vel aream vicini, immittere tigna in parietem vicini.* Addita quidem invenitur servitus altius non tollendi, & stillicidii in aream vicinam non avertendi, quæ duæ non pertinent ad licentiam faciendi in alieno; sed earum mentionem non male dixeris habitam tantum occasione servitutis oppositæ, *licere altius tollere*, *aut stillicidium avertere*, in *d. ll.* inter alias enumeratæ.

7. Dixi, quo sensu *licere altius tollere* servitus sit, sed præter eam, etiam aliam in jure nostro occurrere opinor, qua vicinus in commodum vicini cogitur in suo altius extollere, & habere altius ædificata, sive propter lumina id fiat, sive umbræ gratia vicino prædio utilis aut necessariæ, sive frigoris & venti a prædio vicino arcendi causa; quales etiam præcipui servitutis, licentiam in alieno altius tol-

lendi continentis, fines sunt. Quod ut apertius intelligatur, considerandum, servituti, ne luminibus officiatur, frequentius quidem inesse servitutem, ne altius tollatur, in quantum altius ductis vicini ædibus plerumque lumina vicini contingit obscurari: *cum servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis, altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum*, inquit Paulus *l. luminum* 4. *ff. h. t.* Quandoque tamen inesse & eam, ut altius ædificata vicinus habeat, quoties nempe luminibus septentrionem versus apertis, radii solares non directo, sed per quandam repercussionem lucem idoneam cœnaculo dominanti præstant; sic enim in *l. si arborem* 17. *§.* 2. *ff. h. t.* Ulpianus observavit, *interdum eum quoque, qui tollit* (id est destruit) *ædificium, vel deprimit luminibus officere, si forte κατὰ ἀντάκλασιν, id est, per refractionem seu repercussionem, vel pressura quadam, lumen in eas ædes devolvatur*; cui consequens est, ut teneatur in vicini gratiam perpetuo altius habere ædificatum in suo; atque adeo etiam, ad exemplum servitutis oneris ferendi, facere aliquid in suo, contra ordinariam servitutum naturam: cum eadem hic, quæ in onere ferendo, ratio sit; forma scilicet & formula conventionis, qua servitus altius tollendi, ac oneris ferendi, inducitur, *ut paries altius tollatur, & ut paries oneri ferendo, uti nunc est, ita sit*, arg. *l. eum debere* 33. *ff. h. t.*

8. Contraria huic servituti est ea, qua vicinus prohibetur altius in suo ædificare, sive id luminum causa, sive utilitatis alterius gratia fiat, *l. latius* 8. *l.* 9. *l. ult. §.* 1. *C. de servitutibus & aqua*, *l. luminum* 4. *l. si domus* 21. *l. si ædes* 32. *ff. h. t.*

9. Luminum servitus non ea est, qua vicinus licentiam habet lumina, seu fenestras, in suo proprio pariete aperiendi; id enim libertatis est, licet paries prope confinium positus esset. Vide Christin. *ad Leg. Mechl. t.* 14. *art.* 23. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *defin.* sed potius, qua vicino licet in vicini pariete lumina habere; seu, qua vicinus cogitur lumina seu fenestras vicini in suo pariete pati & excipere; unde & hæc *luminis immittendi* servitus dici potest, *l. luminum* 4. junct. *l. pen. ff. h. t. l. altius* 8. *C. de servit. & aqua.* Aliter luminum servitutem (vulgo venster recht) accipit Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *num.* 25. 26. describens eam, quod sit jus aperiendi fenestram pendulam supra aream alterius; quod sine servitute fieri non posset; cum tota fenestræ apertura ac conversio super cardine supra proprium, non alienum solum fieri debeat. Quod si fenestram posuerim in vicini pariete, eo silente nec contradicente tunc, cum id fit, videri non potest mihi ea ratione quæsitum jus luminum immittendorum; cum ad libertatis conservationem sufficiat, in servitutem non consensisse, nec contradictio requiratur, *l. invitum* 5. *ff. h. t.* arg. *l. filiusfamilias* 8. *§. invitus* 1. *ff. de procurator.*

10. Opposita huic est servitus luminis non aperiendi, qua vicinus constituit, se in suo pariete fenestram non aperturum, idque in prædii vicini utilitatem. Etsi enim nuda conventio, ne sibi in suo quid facere liceat, improbata videatur, arg. *l. pen. ff. de pactis*, id tamen fallit, quoties inde commodum aliquod vicino prædio accedit, ne usus ejus deterior fiat, secundum ordinariam servitutum naturam, arg. *l. quoties* 15. *§.* 1. *ff. de servitutibus*, & quia præter conventionem ulterior usus aut patientia necessaria non est ad hujus servitutis constitutionem, consequens est, ut in emtorem quoque, aut alium successorem particularem, prædii servientis onus illud dicamus transire, Cæpolla, *de servit. præd. urban. cap.* 62. *n.* 8. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *defin.* 14. frustra dissentiente auctore notarum *ad Matt. de Afflictis decis* 285. *n.* 7. quippe qui opinioni suæ fundamentum substernit erroneum; quod nempe sola personalis obligatio, non vero ipsum servitutis jus, ex tali proflueret conventione; cujus contrarium jam demonstratum.

11. Constituta servitute, *ne luminibus officiatur*, id actum censetur, ut vicino liceat ita lumina habere in superiore parte sui cœnaculi, ut nihil iis opponi a vicino possit, quo lumen solare impediretur. Unde si id, quod a vicino ponitur, lumen quidem non impediat, solem tamen auferat, nihil contra hanc servitutem fieri censetur; nisi umbram faciat in loco, cui sol erat necessarius, veluti solario, vel heliocamino, *l. inter servitutes* 15. 16. 17. *ff. h. t.* Et licet hac servitute *maxime* illud acquisitum dicatur, ne vicinus altius tollat ædes suas, *l. luminum* 4. *ff. h. t.* (quo motus Cujacius, hanc cum altius non tollendi servitute perperam confundit, *lib.* 17. *observ.* 35.) non tamen illud tantum: cum neque viridaria (quas etiam *sylvas* appellari docet Cujacius *lib.* 10. *observ.* 15.) neque alia similia, quibus lumen impeditur, opponere possit hanc debens servitutem; uti quidem id potest, qui nudum constituit altius non tollendi jus, *l. ædificia* 12. *l. si arborem* 17. *ff. h. t.* Imo quandoque altius tollere tenetur, ac altius elevata deponere aut deprimere prohibetur dominus prædii servientis, quoties lumen reflexione & refractione radiorum solarium ingreditur cœnaculum prædii dominantis, ut ante dictum, *d. l.* 17. *§.* 2. *ff. h. t.* quod & alibi ipse Cujacius notat *lib.* 23. *observ.* 20. Constituta autem generaliter servitute, *ne luminibus officiatur*, ambiguum fuit utrum id de luminibus, quæ nunc sunt, an & de futuris accipiendum esset: sed humanius visum, verbo generali omne lumen, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit, significari, *l. qui ædificium* 22. *l.* 23. *ff. h. t.* Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 1. Et, si inter vicinos non conveniat, ad quam altitudinem prædii servientis dominus ædificium, aut aliud, quod facere instituit, ædificare aut ponere debeat, ut salva nihilominus sit servitus, nec luminibus officiatur; ab arbitro id definiendum est, *l. qui luminibus* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* Vide *l. ex quo pace* 12. *§.* 1. 2. *C. de ædif. privatis*. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 119.

12. Cum jure *luminum immittendorum*, & ne *luminibus officiatur*, in plerisque conveniunt servitutes *prospectus*, & *ne prospectui officiatur*; eo excepto, quod prospectus in inferiore cœnaculi parte potissimum locum sibi vindicet, lumina in superiore; & latior pleniorque de prospectu, quam de luminibus, servitus sit, *d. l.* 15. 16. 17. *ff. h. t.* & *l.* 12. *§.* 2. *C. de ædif. privatis*. Et huic quoque servituti

opposita est servitus non prospiciendi in aream alterius, quod alioquin jure naturali permissum est, Grotius *manud. ad jurispr. Holland. lib.* 2. *cap.* 34. *num. ult.*

13. De *stillicidiis*, aqua scilicet guttatim ex tecto decidente, deque *fluminibus*, id est, aqua collecta ac cum impetu decidente, *recipiendis* vel *non recipiendis*, *avertendis* vel *non avertendis*, in jure nostro servitutes proponuntur, §. 1. *Instit. de servit. præd. l. servitutes* 20. §. 2. 3. 4. 5. 6. *l.* 21. *ff. h. t. l. si a te* 16. *ff. si servit. vind.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *c.* 34. *n.* 13. 14. 15. 16. & *n.* 27. 28. 29. 30. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 2. *c.* 14. *n.* 20. 21. quarum natura varia intelligi facile poterit, si primo libertatem hac in parte cognoverimus, quæ est, quod unusquisque aquam ex suo cadentem in suum derivare et possit et debeat. Quo posito, pro diversa conditione regionis siccæ atque torridæ, vel ex adverso aquosæ, proque aquarum copia vel inopia ibidem reperta, jus recipiendi, avertendi vel non avertendi stillicidii fluminisve, in ædes aut aream aut cloacam ex vicinorum usu ac utilitate constitui posse, dubium non est. Dummodo meminerimus, graviorem fluminis, quam stillicidii, servitutem esse; adeoque stillicidium demitti inferius non posse, ne ex stillicidio flumen fiat; contra vero tolli altius posse; cum levior eo facto servitus reddatur, dum id, quod ex alto cadit, lenius & interdum direptum dilabitur, nec pervenit ad locum servientem, *l.* 20. §. 5. *ff. h. t.* Flumen tamen nec deprimi nec attolli posse tradit Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 30. Similiter retro duci quidem posse stillicidium placuit; quia in nostro magis incipiet cadere; produci non posse, ne alio in loco cadat quam in quo posita servitus est, *l. servitutes* 20. §. *stillicidium* 5. *ff. h. t.* & si antea ex tegula cassitaverit stillicidium, fieri non potest ut ex tabulato aliave materia deinceps cadat, *d. l.* 20. §. *si antea* 4. *ff. h. t.* denique domino servientis areæ ibi, ubi cassitare cœpisset stillicidium, altius ædificare non aliter licet, quam quatenus stillicidio nullum impedimentum generatur, *d.* 20. §. *si servitus* 3. & *ult. l. si domus* 21. *ff. h. t. l. si eo loco* 9. *ff. si servit. vind.* Qua de causa moribus nostris etiam obtinuit, stillicidii debitorem in suo prædio serviente ædificare non posse supra prædii dominantis altitudinem, nisi relicta inter parietem prædii dominantis latitudine vacua quinque pollicum, aut alio spatio statutis vel consuetudine determinato, ad aquam recipiendam stillatim cadentem. Quo etiam pertinet forte imperatorum Antonini & Veri rescriptum in *l. Imperatores* 14. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *num.* 13. 14. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 21. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 233. *in fine*.

14. Est insuper servitus *cloacæ* mittendæ, qua vicinus alienam cloacam tenetur in suo recipere, atque ita locum cavum præbere, per quam colluvies quædam fluat, *l.* 1. *pr.* & §. *cloaca* 4. *ff. de cloacis, l. jus cloacæ* 7. *ff. de servitut.* de qua plenius *tit. de cloacis*. Est & jus immittendi fumum ex taberna casearia in superiora ædificia, *l. sicut* 8. §. *Aristo* 5. *ff. si servit. vind.* de quibus tabernis casearüs & vetere casearum fumigandarum more, vide Brissonium *select. antiquit. lib.* 4. *cap.* 13. licet alioquin fumum modicum in suo facere cuique liceat; uti licet ignem in suis facere, aut sedere aut lavare, *d. l. sicut* 8. §. *apud Pomponium* 6. *ff. si servit. vind.* Petrus Gregor. Tholosanus *syntagm. jur. civilis lib.* 4. *cap.* 13. *n.* 4. & *seqq.* Est & jus effundendi vel abjiciendi aquam aut aliud quid ex superiore loco in inferiorem vicini aream, *d. l.* 8. §. 5. *fere in pr. ff. si servit. vind.* Cæpolla *de servit. præd. urb. cap.* 31. Petrus Gregor. Tholosanus *syntagm. jur. civil. lib.* 4. *c.* 13. Qua servitute concessa, urinæ tamen aut stercoris aliorumque putidorum projiciendorum facultas in dubio non videtur quæsita, arg. *l. ult.* §. *si stercus* 3. *ff. quod vi aut clam, l.* 2. §. *ibidem ait* 29. *ff. ne quid in loco publico*, Cæpolla *d. cap.* 31. *n.* 5. Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 2. *c.* 34. *num.* 17. 18. 19. Gregor. Tholosanus *d. cap.* 13. *n.* 2. Ad hæc servitus, ne vicinus in suo quid positum habeat, dum id forte prædio vicino obesset, *l. si quando* 17. §. *cum in domo* 1. *ff. si servit. vind.* Cujacius *lib.* 10. *observ.* 15. Item ut vicino liceat in aream vicini terram, saxa, lapides provolvere, aut posita habere, aut lapidem in suo cadere, ut fragmenta in aream vicini cadant; aut theatra seu contignationes facere in area vicini ad ædificandum, arg. *l. sicut* 8. §. *Aristo* 5. *in med. ff. si servit. vind. l. item sui* 3. §. 1. 2. *ff. de servit. præd. rusticor.* ad qualem contignationum erigendarum licentiam concedendam, etiam vicinus invitus constringi posset, si ædificatio alia nequeat ratione institui; idque tum publici aspectus favore, tum etiam exemplo viæ, quæ necessario cedenda ei, qui exitu alio aditque destitutus est, de quo *tit. seqq.* Christinæus *ad Leges Mechlinienses tit.* 14. *art.* 31.

15. Servitutum urbanarum occasione non incongruum fuerit de *muro communi* nonnulla subnectere, quem in confinio ædificatum collatis utrimque semipedibus aut alia latitudine Romani *cratitium* & *concratitium* dixerunt, *l. cum duobus* 52. §. *item Mela* 13. *ff. pro socio*, etiam *intergerinum*, Festo teste *in verb. intergerinus*. In primis sciendum est, inter ædes duas hortosve parietem intermedium in dubio communem præsumi, quoties pro pleno vicini alterutrius dominio indicia desunt ac probationes. Idemque de sepimento ligneo, ac interstitio inter duas ædes vacuo, aliisque omnibus inter duo prædia vicina intermediis, statuendum est, si non unius propria probentur, arg. *l. adeo* 7. §. *ult.* & *l.* 8. *ff. de acquir. rer. domin. l. si is* 4. *ff. de servit. legata*, §. *si Titius* 31. *Instit. de rer. divis. l. arbor.* 19. *ff. communi divid. l. pen. ff. pro socio*, Cæpolla *de servit. præd. urban. cap.* 40. *n.* 9. Mantica *de tacitis & ambiguis lib.* 4. *tit.* 15. *num.* 24. Caspar Mancius *in libello de muro communi num.* 37. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 12. & 13. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 14. *n.* 16. Nam &, si paries ab uno vicinorum in confinio ædificatus fuerit, communis est, juxta tritum illud, quo inædificata solo cedunt, arg. *l. si supra* 28. *ff. de acquir. rer. domin.* §. *cum in suo* 29. & 30. *Instit. de rer. divisione*, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *num.* 4. Nec dubitatur, quin is, qui duas habens domos unam distraxit, etiam parietis intergerini partem mediam,

velut ædium portionem, credatur vendidisse, si non aliud actum sit, arg. *d. l. si is* 4. *ff. de servitute legata*. Et quibus autem indiciis signisque peculiaribus pro parietis communione, aut proprietate unius vicini, conjecturæ probabiles desumi queant, latius enarratum vide apud Menochium de *præsumt. lib.* 6. *præsumt.* 73. Mascardum *de probation. conclus.* 1140. Cæpollam *de servit. præd. urban. c.* 40. Manzium *d. libello de muro communi quæst.* 1. *num.* 2. & *seqq. ad num.* 37. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 304. & *part.* 2. *consil.* 6. Christinæum *ad Leg. Mechlin. t.* 14. *art.* 13.

16. Ceterum, uti nulli licet in alieno quid facere invito domino, ita nec in pariete communi, si non accedat vicini consensus, eo quod res communis pro parte aliena est. Qua ratione neque fenestram in pariete communi aperire uni vicinorum licet, *l. pen. ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 6. Christin. *d. t.* 14. *art.* 14. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 326. neque tubulos balnearios aut fistulas eidem junctas habere, quibus aqua ducitur ex castello vel ex cælo capta, *l. quidam* 13. *l. fistulam* 19. *ff. h. t.* nec eum demolire, aut reficere, nisi urgente necessitate, *l. parietem* 8. *l. in re communi* 26. *ff. h. t.* junct. *l. si ædes* 12. *communi dividund. l. in parietis* 35. *l.* 36. 37. *ff. de damno infecto*, eo excepto, quod Hollandiæ & quorundam aliorum moribus receptum sit, posse vicinum unum invito altero ligneum deponere sepimentum commune, suoque sumtu parietem lateritium ejus loco surrogare, futurum deinde inter eosdem vicinos communem, Hugo Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 5. 6. Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 14. *art.* 12. Et quamvis furnum parieti communi adstruere jure Romano vetitum haud fuerit, si modo vicinis caveretur de damno infecto, *l. si servus* 27. §. *si furnum* 10. *ff. ad leg. Aquil.* hodie tamen neque fornacem neque latrinam neque aliud simile, quod nocere solet, secundum parietem communem fieri posse, magis obtinuit, teste Grotio *d. lib.* 2. *cap.* 34. *n.* 7. Sic ut in his omnibus melior vicini prohibentis conditio sit, *l. Sabinus* 28. *ff. communi div.dund. l. sed si inter* 27. §. *ff. h. t.* Plane quod de furno Romanis placuit, id de camino non inepte dixeris, eum parieti communi admoveri posse, si inde non probabiliter ex judicio atque arbitrio peritorum artis damnum metuatur, arg. *l. sicut* 8. §. *apud Pomponium* 6. *ff. si servit. vind. d. l.* 27. §. 10. *ff. ad leg. Aquil.* Gratianus *discep. forens. cap.* 572. *num. ult.* Cæpolla *de servitut. præd. urban. c.* 64. *n.* 6. Quemadmodum nec prohiberi potest vicinus, quominus balneum habeat juxta parietem communem; aut cameram ex figulino opere seu laterculis ita factam, ut etiam sublato pariete maneat; aut scalas, quæ removeri possunt, *d. l. quidam* 13. & *l. fistulam* 19. *pr.* & §. 1. 2. *ff. h. t.* Manzius *de muro communi num.* 47. & *seqq.* aut canalem superimponat ad aquam collectam versus plateas publicas derivandam, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *num.* 28. 29. Sed & incrustare parietem communem, et picturis exornare vicinorum alter jure suo potest; aliaque facere, quibus nullum vicino circa parietis communionem præjudicium generatur, *d. l. quidam* 14. §. 1. *ff. h. t.* Denique etiam omnia ea agere, quæ primæ conveniunt intentioni ac destinationi eorum, inter quos paries communis est, arg. §. *religiosum* 9. *Institut. de rer. divis.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 12. *in fine*, usque adeo, ut, si vicini semipedes inter se contulerint, ut ibi cratitium seu intergerinum parietem inter se ædificarent ad onera utriusque sustinenda, deinde ædificato pariete, alter in eum immitti non patiatur, pro socio agendum sit, *l. cum duobus* 52. §. *item Mela* 13. *ff. pro socio*, arg. *l. in parietis* 35. *leg.* 36. 37. *ff. de damno infecto*.

17. Utrum autem vicinorum unus invito altero in pariete aut supra parietem communem ædificare jure suo possit, non prorsus expeditum est. Ast medietatem usque id vicino licere videtur; maxime, si paries pro diviso communis sit, quod & in dubio præsumendum volunt: dum modo prima sociorum intentio non manifesto refragetur, & pars illa dimidia oneri ferendo sufficiens sit, nec opere facto in alterutrius vicini ædes inclinetur; sic ut & ei, qui non ædificat, vitiumque ex opere futurum timet, per ædificantem cautio de damno infecto præstanda foret, *l. inter quos* 39. *l. ex damni* 40. §. *quotiens* 1. junct. *l. in parietis* 35. & *seqq. ff. de damno infecto*, *l. si, cum meus* 14. §. 1. *ff. si servit. vindic. l. hoc, quod dictum* 25. §. 1. *ff. h. t.* Hugo Grotius *ad manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 34. *num.* 3. Menochius *de præsumt. lib.* 6. *præs.* 73. *n.* 23. & *seqq.* Cæpolla *de servit. præd. urb. cap.* 40. *n.* 19. Manzius *de muro communi*, *quæst.* 12. *num.* 53. & *seqq.* Unde &, si ex tribus ædibus in loco impari positis, ædes mediæ superioribus serviant, inferiores autem nulli serviant, & paries communis, qui est inter inferiores & medias, altius a domino inferiorum ædium sublatus sit, jure eum altius habiturum, cum Sabino Pomponius respondit, *l. hoc quod dictum* 25. §. 1. *ff. h. t.* eo quod sociorum unus rei communi servitutem imponere solus ita non potuit, socio non consentienti diminueret libertatis jus pro parte ejus, *l. unus* 2. *ff. de servit. l. per fundum* 11. *ff. de servit. præd. rustic.* Manzius *de muro communi n.* 73. 74. Si tamen paries intermedius non nisi ad prædium a prædio separandum exstructus videatur, vix est, ut tunc vicino ad medietatem usque altius ædificandi jus asseramus; cum secundum ante dicta nihil socius invito socio possit in rei communis præjudicium, ultra primam eorum intentionem, arg. *d. l.* 28. *ff. communi divid. l. sed si inter* 27. *in fine h. t. l. an unus* 11. *ff. si servit. vindic.* Anton. Thesaurus *decis.* 41. *n.* 13. Cæpolla *de servitut. præd. urb. cap.* 40. *num.* 33. Quod si, cum ad medietatem usque liceret, ultra eam sine vicini consensu ædificatum appareat, si quidem sciente ac tacente eo id factum sit, destruendum non est, sed tantum id quod interest tacenti præstandum: si eo ignorante, vel sciente ac contradicente, deponendum foret non jure impositum, *l. Sabinus* 28. *ff. communi divid.* nisi consuetudo loci ferat, neminem ad destruendum compelli, qui ultra annum & diem opus habuit, nullo jure, & cum vicini læsione factum; sed id quod interest exsolvendo liberari, Grotius *manud. ad Jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *n.* 7.

18. Vidimus de muro communi; de vestibulo communi (*een gemeene gang*) non minor dubitatio est;

quid in eo quisque possit? Sane, cum locus talis sociorum voluntate ad exitum, introitum transitumque ab initio destinatus sit, magis est, ut unus eorum, invito altero ac repugnante, nihil novi facere possit, quo transitus, exitus introitusque redderetur præpeditior, etsi non in universum usus tolleretur; veluti januam appendendo, quæ cardine supra hujusmodi verteretur vestibulum; aut gradus exstruendo, per quos ex ædibus in vestibulum commune descensus ascensusve fiat, dum ædes vestibulo altiores sunt aut depressiores. Quam opinionem non modo vulgatam firmat axioma superius commemoratum, quod nempe melior causa sit socii prohibentis, ne quid novi fiat in re communi, quod primæ adversatur sociorum destinationi, *l. Sabinus* 28. *ff. communi divid.* sed & argumentum ex *l. ult.* *§.* 1. *ff. h. t.* in qua dum Scævola respondit, Lucium Titium prohiberi a vicino Publio Mævio non potuisse, quo minus, aperto pariete domus suæ, januam in publico aperiret, quoties neque luminibus Publii Mævii, neque itineri ejus officeret; satis a contrario significat, Publium Mævium legitimam habiturum actionem, ne ea fiant, quibus iter ejus impediretur. Et, si is, cui viæ vel itineris servitus per fundum alienum constituta est, cum proprietario per inædificationem iter obstruente agere possit, jus ei non esse ita ædificatum habere, *l. si eo loco* 9. *ff. si servit. vindic.* longe magis hanc inædificandi atque ita nocendi potestatem per legitimos tramites impedierit, qui jure suo, sine servitutis jure, vestibulo communi uti vult secundum primam sociorum destinationem. Denique, si nullus sine servitute, vel in area alterius aliquid facere possit, vel supra aream alterius fenestram suam januamve aperire, dum is, cujus solum, ejus & cælum est, arg. *l. quemadmodum* 29. *§. si protectum* 1. *ff. ad leg. Aquil.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Hol. lib.* 2. *cap.* 34. *num.* 25. Capolla *de servit. præd. urban. cap.* 55. *num.* 1. Consequens est, ut nec in communi vestibulo socius ista, socio reluctante, possit; cum & res communis pro parte aliena sit, Cæpolla *de servit. præd. urban. cap.* 39. *n.* 6. Responsa Juriscons. Holl. *part.* 4. *consil.* 235. 236. Quibus non adversatur *l. servitutes* 20. *§. si domo* 1. *ff. h. t.* qua potissimum moti nonnulli, contra responderunt, *d. part.* 4. *consil. Holl.* 377. & 378. cujusque sententia est, si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, posse me gradus vel clivos prope januam meam jure facere, dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar. Quod enim illic clivos gradusve extruere licet, id inde est, quia jure servitutis vicinus indulserat per suam aream vicino jus eundi agendi ad domum ejus; servitute vero concessa, omnia concessa censentur, sine quibus servitus expediri non poterat; estque, quod sibi vicinus prædii servientis dominus imputet, dum sciens, ex plano non posse vicinas introiri ædes, non apertius circumscripserit servitutis concessionem. Alia vestibuli communis ratio est; quippe cujus usum communem ad ingressum transitumque dum sibi communi consensu socii nominatim reservarunt, jus non patiebatur, ut unus, ceteris invitis, qui nec propalam nec per consequentiam ab initio consenserant, tolleret aut diminueret ædificando usum transitus, adeo manifeste non in unius sed omnium sociorum utilitatem destinati conservatique, ut, licet rerum omnium communium intuitu ad unius socii desiderium a communione recedendum sit, tamen de vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo, invito utrolibet, dari non debeat: ne is, qui de vestibulo licitari cogitur, necesse habeat interdum totarum ædium pretium facere, si alio aditu destitutus sit, *l. arbor* 19. *§. de vestibulo* 1. *ff. communi divid.*

TITULUS III.

De Servitutibus Prædiorum Rusticorum.

SUMMARIA.

1. *Quid sit* iter, *tum jure Romano, tum moribus? Qui fundum vendens aquam excipit in illo fundo, &* circa eam late decem pedes, *non proprietatem sed iter tantum censetur excepisse.*
2. *Quid* actus, *quæ latitudo ejus; an & quo sensu iter actui insit, vel non?*
3. *Quid* via: *quo modo iter & actum contineat? Quæ sit latitudo viæ jure civili et moribus?*
4. *Vicinus viam vendere vel precario concedere cogitur vicino, cujus prædium nullum exitum aditumque habet. Et quid distet talis via a viis aliis circa potestatem claudendi, scindendi, corrumpendi viam?*
5. *Quid sit via vicinalis, et an claudi possit?*
6. *Quid sit* aquæductus? *requirit aquam vivam. Quid si fons exaruerit iterumque fluat post tempus, quod præscriptioni sufficit? An si aqua longo tempore ex prædio superiore ad inferiora defluxerit, dominus agri superioris possit extraneo aquam concedere, in præjudicium domini agri inferioris?*
7. *Quid* aquæhaustus? *An haustum debens cingere puteum et muro includere possit? ad quem spectet refectio et purgatio putei servientis, vel putei communis? an via publica aut locus sacer intermedius haustum impediat?*
8. *Itinere, actu, via, aquaductu, sine certi loci designatione concessis, electio competit domino prædii dominantis, per quam fundi partem ire agere etc. velit. Sed* civiliter *eligere debet. Nec, si elegerit, mutare rursus potest. Dominus tamen prædii servientis mutare potest, et alium æque commodum loco assignare.*
9. *An flumen publicum intermedium impediat iter, actum, viam, haustum; si non vado nec ponte, sed pontonibus trajiciatur?*
10. *Quid sit servitus* pecoris pascendi? *quando realis, quando personalis sit? an tunc ex pascuis novalia fieri? An dominus suum quoque pecus immittere? An includi possit animal alienum non jure depascens?*
11. *Recensentur aliæ plures rusticæ servitutes, et earum requisita, partim ex legibus, partim ex moribus.*
12. *Exemplo servitutum enumeratarum possunt et alia excogitari, si modo servitutis natura et requisita adsint. An servitus sit, si testator jusserit,* ab uno prædio alteri prædio præstari certam arundinum aut similium quantita-

tem; *vel si id inter duorum fundorum dominos contractu actum sit?*

1. UT urbanarum, ita & rusticarum servitutum plures in jure species occurrunt, quæ cum non magnis sint difficultatibus innodatæ, suffecerit obiter eas recensuisse. Iter est jus eundi ambulandi hominis, *pr. Inst. de servitut.* adeoque eundi ac redeundi: ambulare enim est spatia reciproca facere, & in sua vestigia reflectere. Vel etiam est, qua quis pedes vel eques commeare potest, *l. inter actum* 12. *ff. b. t.* aut etiam sella vel lectica vehi, *l. qui sella* 7. *ff. b. t.* quale iter a spatiandi servitute distat, quippe quæ plus voluptatis quam utilitatis in se continet, ideoque personæ potius, quam prædio constituitur, *l. ut pomum* 8. *ff. de servitutibus*, ut latius traditum *tit.* 1. *de servit.* Quisquis vero iter habet, non ipse tantum ire potest, sed & cum eo domestici, hospites, convivæ, mercenarii, medici, arg. *l. usu retinetur* 20. *ff. quemadm. serv. amitt.* §. 1. *et* 2. *Inst. de usu et babitat. l.* 1. §. *is cujus colonus* 7. 11. *l. inde etiam* 3. §. *uti videmus* 4. *ff. de itinere actuque privato.* Observandum tamen, usu nostro iter proprie esse, qua quis pedes commeare potest (vulgo *een voedpad*) ab eoque diversum esse jus equo commeandi per fundum alterius, quod vulgo *een ry pad* appellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 1. *et seqq.* Si itineris latitudo definita non sit, ab arbitro definienda est, *l. certo* 13. §. *latitudo* 2. *ff. b. t.* plerumque ad trium quatuorve pedum latitudinem, ut vult Groenewen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 35. Quod si quis duo habens prædia, in unius venditione aquam, quæ in fundo nascebatur, & *circa eum aquam late pedes decem* exceperit, non dominium ejus loci, sed iter duntaxat per illud spatium videtur sibi pactus esse, *l. qui duo* 30. *ff. b. t.*

2. Actus est jus agendi jumentum vel armentum vel vehiculum, *pr. Inst. de serv. prædior. l. inter actum* 12. *ff. b. t.* cujus latitudo si partium conventione definita non sit, certam a lege determinationem non habet, sed ab arbitro statuenda est, *l. certo* 13. §. *latitudo* 2. *ff. b. t.* ac proinde quod a Festo scriptum est, *actum esse iter inter vicinos quatuor pedum latum*; non de latitudine per legem definita accipiendum, sed de ea, quæ plerumque partium solebat conventione comprehendi. Meminisse enim oportet, illam saltem esse debere actu latitudinem, ut illac jumentum duci queat: nec præcise requiri, ut & jumentum & vehiculum illac duci possit: proinde si tam angusti loci demonstratio facta fuerit, ut neque jumentum neque vehiculum ea inire possit, iter magis quam actus acquisitus videretur: sed si jumentum ea deduci potuerit, non etiam vehiculum, actum datum intelligi, Pomponius docet, *l. si tam angusti* 13. *ff. de serv.* cum quo ut Modestinus concilietur, dum ait in *l. inter actum* 12. *ff. b. t.* actum esse, *ubi & armenta trajicere & vehiculum ducere licet*, dicendum est, & jumentum & duci vehiculum dubio posse ab eo, qui actum habeat, si tanta inveniatur designata actus latitudo, ut vehiculi quoque ductum admittat; imo actu concessio sine latitudinis determinatione, arbitrum non angustiorem debere assignare locum, quam quo & jumenti & vehiculi ductus patet: ceterum sufficere posse ad actus constitutionem, si vel ea latitudo a partibus definita reperiatur, non qua vehiculum, sed tantum jumentum inire potest. Quæ & ratio esse videtur, quod ab Ulpiano & Justiniano actus fuerit descriptus jus agendi jumentum *vel* vehiculum; quasi alterum ad actus naturam sufficiat, *l.* 1. *ff. b. t. princ. Instit. de servitut. prædiorum*. Qui autem actum habet, etiam iter habet, eoque uti in dubio etiam sine jumento potest, *d. pr. Instit. de servitut. prædior. d. l.* 1. *ff. b. t.* nisi aliud in actu constituendo placuerit, ut scilicet non nisi cum jumento, quod pellitur, eat; quo casu actus sine itinere esse dicitur, *l. loci* 4. §. *qui iter* 1. *ff. si servit. vindic.* In dubio scilicet hæc conjectura est, eum, qui actum concesserit, longe magis iter, quod minus est, voluisse concedere; quæ præsumtio cessat, ubi in contrarium manifesta voluntatis declaratio est. Quod vero Paulus scripsit, eum, qui actu legato iter adimit, nihil adimere, quia nunquam actus sine itinere esse potest, *l.* 1. *ff. de adimend. vel transfer. legatis*, id de eo haud dubie intelligendum itinere, quo quis jumentum ducens aut vehiculum, simul ipse ire debet. Sed & dici potest, illum, qui actu legato iter ademit, nihil agere quia iter, quod ab actu separatim consideratur ut alia servitus, non locaverat; frustra vero adimit testator, quod non prius ipse legavit. Quo modo & in *l. si quis ita* 3. §. *si loci* 6. *ff. de adim. vel transf. legat.* Ulpianus ait, usufructu loci legato, si testator iter adimat, non valere ademtionem, nec vitiari legatum, sicuti qui proprietatem fundi legat, iter adimendo legatum non minuit. Actui nempe iter aliquod inest ex necessitate, quod abesse aut separari ab actu nequit, dum quis jumentum ducens, illud comitatur: de quo *d. l.* 1. *ff. de adimend. vel transf. legatis.* Inest & aliud non ex necessitate, sed sola probabili conjectura, puta, quo quis solus ire potest sine jumento: quod proinde etsi in dubio quoque datum intelligatur, adimi tamen jure potuit, quo de casu est *d. l.* 4. §. 1. *ff. si serv. vind.* non ademtum nominatim, ipso jure competit domino prædii dominantis, velut actus pars; idque non formaliter, ita ut separata itineris & actus servitus esset, sed materialiter & naturaliter, ut loquuntur. Unde actum habens *iter & actum habere* dicitur, *l. qui iter* 2. *ff. quemad. serv. amitt.* & qui actum stipulatus est, si deinde iter stipuletur posteriore stipulatione nihil agit; non magis, quam si quinque quis stipuletur, qui prius decem deduxerat in stipulationem, *l. si pupillus* 9. §. *ult. ff. de novation. l. qui usumfructum* 58. *ff. de verb. oblig.* atque insuper actum habenti, si statuto tempore iverit tantum, non egerit, ablatum non censetur præscriptione agendi jus, *d. l.* 2. *ff. quemadm. servit. amitt.* quæ aliter obtinerent, si iter actui non foret inclusum. Plane formaliter (ut ajunt) actus in se iter non continet quatenus actum habens iter separatim vindicare nequit, & si maxime cœperit iter separatim vindicare, nec obtinuerit, actum deinceps vindicare non prohibetur; quasi aliud nunc peti videatur, aliud ante petitum sit, ac ideo exceptio rei judicatæ cessare debeat, *l. si mater* 11. §. *si quis iter* 6. *ff. de except. rei judic.* junct. *l. si pupillus* 9. §. *ult. in fine ff. de novation.* quod falsum esset, si iter formale esset actus pars; cum utique totum petere nequeat, qui in partis petitione suc-

cubuit, & versa vice, *l. si quis cum totum* 7. *pr.* & §. *pen.* & *ult. ff. de except. rei judic.*

3. Via est jus eundi, ambulandi, agendi, lapidem insuper aut tignum trahendi, hastam rectam referendi, si modo fructus non lædat; quæ posteriora nec itineris nec actus jure permissa sunt, *l. qui sella* 7. *ff. h. t.* Continetque via in se iter & actum, non materialiter tantum, sed & formaliter, sic ut viam habens sibi constitutam etiam iter aut actum vindicare nominatim possit, prout vel ire vel agere fuerit impeditus *d. pr. Instit. de servit. præd.* & viam remisisse censeatur, qui cum eam prius in stipulatum deduxisset, deinceps & iter & actum accepto tulit, & *per jusjurandum* 13. §. *si id* 1. *ff de acceptilat.* Unde & non ineleganter Ulpianus scripsit, *via iter et actum in se continent*, *l.* 1. *ff. h. t.* quasi tribus servitutibus in unum collatis; eo fere modo, quo idem Ulpianus notavit, stipulationem judicatum solvi tres clausulas in unum collatas habere, *l.* 6. *ff. judicatum solvi.* Confer Rævardum *ad leg.* 12. *tab. cap.* 14. Etsi autem latitudo viæ ex partium determinatione angustior ampliorve esse possit; eam tamen ad minimum tantam esse necesse est, ut illac & jumentum & vehiculum inire queat; ne alioquin iter magis aut actus, quam via videretur concedi, *l. si tam angusti* 13. *ff. de servitut. l. via constitui l. via constitui* 23. *ff. h. t.* Quod si latitudo a partibus definita non sit, lex duodecim tabularum in subsidium eam octo pedum in porrectum & sedecim in anfractum esse jussit, *l. via latitudo* 8. *ff. h. t.* ac nostris moribus, quoties non uni sed pluribus per locum eundem via concessa est sine latitudinis expressione, solere arbitrio judicis assignari latitudinem pedum duodecim, ut currus obvii sibi invicem cedere queant, testes sunt Groenewegen *ad l.* 8. *ff. h. t.* Leeuwen *censur. forens part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 35.

4. Præter viam, arbitrio domini prædii servientis constituendam aut denegandam, alia insuper via est, quæ ex necessitate per prædii servientis dominum concedenda est, dum aditum exitumque nullum fundus vicinus habet: (vulgo *een nood-weg.*) qualis via aut iter jure quidem Romano necessario cedi debebat ei, qui sepulchrum in fundo habebat, nullam autem ad sepulchrum viam, *l. si quis sepulcrum* 12. *ff. de religios. & sumt. funerum*, adeo ut & Pomponius auctor sit legibus prædiorum vendendorum cautum fuisse, ut dominis prædiorum, in quibus sepulchra fecerint, post venditos fundos ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter, aditus, ambitus funeris faciendi sit, *l. utimur* 5. *ff. sepulchro violato.* Sed id ex æquitate ab interpretibus ad omnia prædia, aditu exituque carentia, extensum fuit, scilicet, implorato extra ordinem judicis officio, vicinus vel jus viæ plenum constituat, justo pretio accepto; vel saltem precario viam concedat, tunc exercendam, cum necessitas postulaverit; idque cum minimo, quoad ejus fieri potest, vicini patientis detrimento, *d. l.* 12. *arg. l. ult. ff. de servitut. præd. urb. l. item Labeo* 22. §. *sed etiam* 3. *ff. famil. ercis. l. servum filii* 44. §. *ult. ff. de legatis* 1. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 51. Papon *lib.* 14. *tit.* 1. *art.* 3. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 5. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 30. & 34. Qualis via ex necessitate ac precario indulgenda a ceteris in eo distat, quod non claudi tantum per dominum prædii servientis, sed & scindendo vel effodiendo corrumpi possit; ita ut demum rogatus, & necessitate urgente, eandem aperire teneatur, & habilem ad usum præstare. Grotius & Leeuwen *d. loco.* Cum ex adverso vias ceteras dominus prædii servientis nec scindendo nec aperiendo corrumpere possit, arg. *l. per quem* 14. *ff. h. t.* imo ne ostio quidem præcludere aliter, quam ut semper prædii dominantis domino pateat liber per ostium transitus, arg. *l. si quid* 5. *C. de servit.* & *aqua*, Leeuwen *d. cap.* 14. *n.* 39. van Alphens Papegaey *part.* 1. *tit.* 16. *van complainte, t'eerste verbaal.*

5. Sed nec confundenda via, jure servitutis constitui solita, cum ea, quæ vicinalis est, ex collatis vicinorum agris facta, cujus pars una in militares seu publicas vias exitum habet, altera sine ulto exitu in vico intermoritur, *l. ult. ff. de locis & itiner. publicis.* Quam etiam non nisi communi vicinorum consensu claudi posse, notat Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 7.

6. Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum vel ex fundo alieno, sive ex capite sive ex alio quovis loco; non tamen ex puteo, vel lacu aut piscina vivam aquam non habente, *l. servitus* 9. *ff. h. t. l.* 1. §. *quanquam* 6. *ff. de aqua quot.* & *æstiva l. un.* §. *hoc interdictum* 4. *ff. de fonte*, *l. foramen* 28. *in fine ff. de servitut. præd. urban.* Quæ quidem servitus, exarescente fonte, ex quo aqua ducebatur, evanescit; reviviscit tamen, ubi rursus eodem ex fonte cœperit aqua fluere, etsi demum post temporis tanti spatium, quo servitus non utendo amitti solet; eo quod jus ducendi sine negligentia aut culpa amissum erat, *l. unus ex sociis* 34. §. *si fons* 1. *l.* 35. *ff. h. t.* Potest autem non uni tantum, sed & pluribus eundem per locum aquæductus concedi, ut vel simul, vel diversis singuli diebus horisve ducant, si modo aquæductus & aqua omnibus sufficiat, *leg. rusticorum* 2. §. 1. 2. *ff. h. t.* Quod si aqua longo tempore ex prædio superiore ad inferiora defluxerit, an prædii superioris dominus extraneo possit jus aquæ ducendæ concedere, in præjudicium inferiorum, quibus hactenus aqua profluerat, quæstionis est; quæ ut definiatur, videndum, utrum, aqua naturaliter, vel opere manu facto in prædio inferiore, ad prædia inferiora defluxerit, an vero opere in ipso prædio superiore manu facto. Priore enim casu, ratio non est, cur non dominus superioris prædii aquam in suo erumpentem, atque adeo suam, vel sibi retineat, vel cui voluerit servitutis jure ducendam concedat, ab inferioribus prædiis, ad quæ delabi solebat avertendam, arg. *leg. si ibi* 10. *Cod. de servit.* & *aqua*, cum nulla hic concipi queat servitutis præscriptio, per inferiorum fundorum dominos facta aquæ intuitu, sed plenissimam fundus superior retinuerit libertatem; aut si quæ servitutis hic quæreretur, in eo magis consisteret, quod inferiora prædia superiori serviant in aqua superflua excipienda, *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ.* Et sane, si cuique liberum sit, venas aqueas subterraneas, quibus ad alterius agrum aqua delata ibidem erumpit, in suo fundo rescindere, quia jure suo sic utitur, quoties servitus in contrarium constituta non est, *l. si in meo* 21. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*, *l. fluminum* 24. §. *ult. ff. de damno infecto*; quid ni

eodem jure impediat quoque, ne supra faciem soli sui fluens aqua ad inferiores fundos labatur? Si vero opere manu facto in fundo superiore inferioris fundi dominus aquam in suum derivaverit, cum ita præscriptione jus aquæ ducendæ prædio inferiori quæsitum sit, arg. *d. l.* 1. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcenda*, non potest in præjudicium juris inferiori prædio quæsiti aliis concedere aquæ ducendæ jus, arg. *l. per quem locum* 14. *ff. h. t.*

7. Proximus ductui haustus est, jus nempe aquæ hauriendæ ex fonte vel puteo vel flumine privato alieno, imo nostris moribus utiliter etiam ex cisterna aliena. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 10. Quo concesso, datum simul censetur iter ad puteum; uti vice versa itinere ad puteum dato simul haustus intelligitur indultus, *l. item sic* 3. *§. qui habet* 3. *ff. h. t. l. unic. §. plane* 5. *ff. de fonte*. Potest autem dominus prædii servientis, in quo puteus aut fons est, prædium muro aut sepimento includere, si modo januam in sepimento relinquat, arbitrio haurientis aperiendam, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 39. De cetero, putei vel cisternæ purgatio atque refectio communis est domino putei & illis, qui ex illo puteo aquæ hauriendæ servitutem habent, quamdiu non renunciarunt juri servitutis, arg. *l. & si forte* 6. *§.* 2. *ff. si servit. vindic.* Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 12. Leeuwen *d. cap.* 14. *num.* 37. Quod si servitus quidem aquæ haustus constituta non sit, sed tota vicinia communem puteum habeat, in tantum communis erit istius putei refectio, ut nec unus ex vicinis possit renunciando juri aquæ hauriendæ ab illo refectionis onere in totum liberari. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 46. 47. *n.* 4 5. Imbertus *enchiridio*; verbis, *vicinus an contribuat*. Via publica si inter duo prædia sit intermedia, aquæ haustus quidem sola dominorum voluntate constitui potest, at aquæductus non nisi Principe permittente, aut juxta mores hodiernos consentientibus illis, quibus viarum publicarum cura tum in urbe tum in agris demandata est, *l. servitutes prædiorum* 14. *§. ult. ff. de servitutibus*, *l. si prius* 17. *§. via publica* 2. *ff. de aqua & aquæ pluv. arc.* Groenewegen *ad d. l.* 14. eo quod ad haustum exercendum nil præter iter per viam publicam requiritur; quod omnibus liberum est: enimvero in ductu viam publicam scindi seu aperiri & trajectum fieri necesse est, quod sola publica, nequaquam privata permissum auctoritate, *l.* 2. *§. ult. & tot. tit. ff. ne quid in loco publico fiat.* Plane si sacer aut religiosus fundus intermedius sit, non aquæ tantum ducendæ, sed & hauriendæ servitus impedita est; cum id, quod humani juris esse desiit, non recipit servitutem, *d. l. si prius* 17. *§. sic &* 3. *de aqua & aquæ pluv. arcend. d. l. servitutes* 14. *§. ult. ff. de servitut.* junct. *l. caveri* 4. *ff. communia prædiorum*.

8. Illud itineri, actui, viæque, quin & aquæ ductui ac haustui commune est, quod simplicius tali servitute per fundum cessa, vel testamento relicta, nec facta partis assignatione, per quam ea exerceatur, electio ejus prædii dominantis domino competat, *l. si cui* 9. *ff. de servitut. l. ult. ff. de aqua quot. & æstiva*; &, si plurium fundo communi servitus eadem legata sit, omnes debeant de loco consentire, *l. itinere* 28. *ff. h. t.* Cujus electionis illa ratio est, quod, nulla parte destinata, totus fundus & omnes fundi glebæ creduntur servire, *l. certo* 13. *§. si totus* 1. *l. si mihi* 21. *ff. h. t.* Quo posito, inficias iri non potest, quin prædii dominantis dominus, per quamcunque iverit, egerit, duxeritve prædii partem, id jure suo vi servitutis in infinito, seu indefinite, concessæ agat. Unde nec obstat, quod in actibus inter vivos electio debitori potius tribuenda sit, *§. si quis agens* 33. *Instit. de action.* Cum illa regula tantum locum habeat, ubi res in genere, vel duæ res alternative debitæ sunt, adeoque nec totum genus nec res utraque, sed una tantum species solvenda est; quod non ita est in casu nostro, ubi non quædam, sed omnes partes & glebæ fundi dicuntur servire. Quod autem Paulus in *l. si via* 26. *ff. h. t.* hæredi facultatem tribuit, per quam fundi partem constituere velit servitutem itineris actus viæ aquæductus simpliciter legatam; id ad antiqui juris vestigia referendum est, & de damnationis legato accipiendum, in quo electio hæredis erat. Sed sublata legatorum differentia, electio ex jure novo legatario relinquenda fuit, ut in materia legatorum latius dicetur. Ita tamen prædii dominantis domino eligendi potestas est, ut *civiliter* in eligendo versari debeat. Unde primo quidem permittendum ei non est, ut per villam ipsam medias-ve vineas eat agat, cum id æque per alteram partem facere posset, minore fundi servientis detrimento: usque adeo, ut, licet totus fundus servire dicatur, non destinata parte, quæ serviret, tamen partes illæ solæ, quæ tunc, cum cessio fieret servitutis, ædificiis, arboribus, vineis vacuæ fuerint, eo nomine servire intelligantur, *l. si mihi* 21. *l.* 22. *ff. h. t. l. si cui* 9. *ff. de servitutib.* arbitro etiam ad definiendum locum dando, si minus civiliter & cum captione domini prædii servientis velit servitutem exercere, *l. certo* 13. *§. si totus* 1. & 3. *ff. h. t.* Sed & secundo constitit, eum, qua viam primum direxerit, ea demum ire agere deinceps debere, nec amplius mutandæ ejus habere potestatem; adeo ut ceteræ agri partes præter eam, qua servitus exercita in posterum liberæ censeantur, *d. l. certo* 13. *§.* 1. *ff. h. t. d. l. si cui simplicius* 9. *ff. de servitut.* arg. *l.* 1. *§. illud tamen* 15. *ff. de aqua quot. & æstiva*; nisi etiam mutandi licentia conventione concessa sit, *l. nam satis* 6. *§.* 1. *post med. ff. quemadm. serv. amitt.* Quæ tamen non impediunt, quominus domino prædii servientis mutare liceat, & aliud, quam prius electione vel conventione designatum fuerat, spatium ad iter actum viam assignare; si modo nullum inde prædii dominantis domino præjudicium generetur. Unde &, si viam debens ædificium ponat in assignato viæ loco, non potest per dominantis prædii dominum prohiberi, ne in opere cœpto pergat, interposita novi operis nunciatione; sed viæ servitutem vindicare debet, ut alia parte æque commoda ire agere per fundum permittatur, *l. qui viam* 14. *ff. de operis novi nunciat. l. locum* 2. *§. pen. ff. de religios. & sumt. fun.* Costalius *ad l. si cui* 9. *ff. de servitut.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 9. & *Cod. lib.* 3. *tit.* 24. *defin.* 4. Cæpolla *de servitut. urban. præd. cap.* 23. *num.* 3. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 50. nisi ædificando tota agri latitudo occuparetur: tunc enim, quia via in totum impediretur, viam vindicans, eo

ipso quoque obtineret operis cœpti inhibitionem; de quo casu accipienda, *l. si eo* 9. *ff. si servit. vind.* Vide Revardum *lib.* 2. *varior. cap.* 2.

9. Similiter itineri actui viæ & aquæ haustui commune est, quod, uti via publica, inter prædium dominans ac serviens intermedia, harum servitutum impositionem non impedit, ita neque intermedium publicum flumen, quoties illud vel vado transiri potest, vel ponte strato, *l.* 1. *ff. de servit. præd. urb. l. servitutes* 14. *§. ult. ff. de servit. l. ult. ff. h. t.* Quod si pontonibus trajiciendum sit, Paulo quidem Jurisc. aliquando placuit, magnitudinem fluminis impedimento esse, quo minus hæ servitutes tunc constituantur, *l. si prius* 17. *§. via publica* 2. *ff. de aqua & aquæ pluv. arc.* sed eidem, penitius omnia consideranti, postmodum contra visum fuit: adeoque si fingas, tua prædia meo vicina esse, tuis flumen, trans flumen rursus tua vel tertii prædia, ac denique viam publicam, in quam iter mihi acquiri volo ex meo prædio, recte a te mihi via iterve conceditur usque ad flumen; & rursus a te vel a tertio prædii trans flumen siti domino a flumine usque ad viam publicam datur: qui sensus est *d. legis ult. ff. h. t.* Ant. Faber *in rational. ad d. l. ult.*

10. Pecoris pascendi jus est, quo licitum alicui suum pecus immittere in pratum alterius pascendi causa. Quæ ut realis sit ac prædio debeatur, requiri videtur, ut talia pascantur animalia, quæ prædii vicini instrumento continentur, adeoque prædii accessoria sunt; veluti, cum id agitur, ut boves aratores, per quos fundus colitur, vicino in agro pascantur, *l. item sic* 3. *pr. ff. h. t.* alioquin personæ concessa nec emtori nec heredi debetur, *l. pecoris* 4. *ff. h. t.* Hac vero servitute constituta, non amplius liberum est prædii servientis domino ex pascuis facere novalia; cum generaliter in servitutis constitutæ præjudicium nihil invito prædii dominantis domino innovandum sit, arg. *leg. si quid* 5. *l. si manifeste* 7. *C. de servitut. & aqua*, quamvis & suum pecus simul immittere possit pascendi causa, quatenus utriusque animalibus pratum sufficit, arg. *l. certo* 13. *§. si totus* 1. *ff. h. t.* Quod si sine servitutis jure pecus immissum sit, domino fundi expellere illud sine atrocitate, at non includere permissum est; ut latius ad *tit. de pauperie*.

11. Sunt præterea servitutes pecoris ad aquam appulsus, dummodo pecora colligata pellantur ad aquam per fundum alterius, ne fructibus noceant, *l.* 1. *§. Trebatius* 18. *ff. de aqua quot. & æstiva*, arg. *l. si cui simplicius* 9. *ff. de servit.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 50. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib*, 2. *cap.* 14. *n.* 43. cretæ educendæ, lapidis cædendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ in fundo alieno, si modo id ad prædii alicujus dominantis utilitatem fiat; nec ultra calx coquatur aut effodiatur arena, quam quatenus ad ipsum illud prædium dominans opus est, *l.* 4. 5. *§.* 1. *l.* 6. *ff. h. t.* Confer *tit. seq.* Est & jus navigandi per alterius lacum perpetuum ad nostra prædia, *l. via constitui* 23. *§. si lacus* 1. *ff. h. t.* cum quo coincidit in his regionibus aquaticis jus navigandi per fossam alterius navigabilem; quo casu fossam communibus illorum, qui ea utuntur, impensis purgari & navigabilem conservari receptum est, arg. *l. & si forte* 6. *§.* 2. *ff. si servit. vindicetur*, Leeuwen *d. part.* 1. *lib.* 2 *cap.* 14 *num.* 41. 42. item, ut aquam in alieno quærere & inventam ducere liceat, *l. Labeo* 10. *ff. h. t. l. ult. ff. si servit. vindic.* ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur, *l. item* 3. *§. idem* 1. *ff. h. t.* ut tugurium habere liceat in fundo vicini; scilicet si quis habeat pascendi servitutem, aut pecoris appellendi, ut, si hiems ingruerit, habeat, quo se recipiat, *l. veluti* 6. *§.* 1. *in fine ff. h. t.* ut in alieno uvas premere, frumenta vel legumina excutere liceat, *l. Mela* 14. *§. ult. ff. de aliment. vel cibar. legatis*, ut vicino habenti lapicidinas, fundo alteri vicino imminentes, jus sit terram, saxa in vicini fundum jacere, posita habere, provolvere, ac inde exportare, *d. l.* 3. *§.* 2. *ff. h. t. l.* 8. *§.* 5. *ff. si servit. vind.* ut aquam in suo superficientem exonerare liceat per fundum alterius: etsi enim naturaliter agri inferiores servire dicantur superioribus in aqua excipienda, quamdiu scilicet inferior dominus nullum adhibuit obstaculum ad arcendam a suo prædio aquam nocentem, *l.* 1. *§. ult. ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*, non tamen eundum inficias, quin inferioris agri domino liceat secundum libertatem naturalem ea in suo facere, quibus aquam sibi nocituram ac aliunde affluentes avertat. Imo, si prædii superioris dominus opere manu facto id egerit, ut aqua in prædium inferius immittatur, agere poterit inferior, jus alteri non esse id ita facere, *l. sicut* 8. *§. Aristo* 5. *ff. si servit. vind.* Ne ergo exonerationi aquarum impedimenta struantur, aquæ exonerandæ servitutem constitui utile est, *l. qui duo* 29. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad juri prud. Holl. lib.* 2. *cap.* 35. *n.* 14.

12. Porro non dubium, quin, hisce jam enumeratis servitutibus, novæ aliæ ex voto contrahentium addi possint, si modo servitutum prædialium aut personalium natura in iis inveniatur. Alioquin enim fieri potest, ut prædii alicujus dominus ad annuam præstationem salicis aut arundinum alteri prædio obligetur, nec tamen ideo illa species ad servitutes reducenda sit. Qua ratione, cum Sejus prædia diversis pagis Mæviæ & Sejæ legasset, & ita cavisset, *præstari volo ex prædiis Potitianis prædiis Lutatianis annua arundinis millia trecena, & salicis mundæ annua librarum singula millia* responsum fuit, servitutem jure constitutam non videri neque in personam neque in rem. Non in personam, quia non personæ sed prædio præstatio fit; non in rem, quia morte legatarii extinguitur, adeoque magis ut annuum legatum consideratur, *l. Gajus Sejus* 12. *ff. de annuis legatis*. Rursus, cum Lucius Titius promisisset de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædiis Gaji Seji, & postea Titius vendidisset fundum additis his verbis: *quo jure quoque conditione ea prædia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt itaque habebuntur*, definitum fuit, emtorem Gajo Sejo obligatum non esse; quod utique falsum esset, si Titii prædium venditum vel reali vel personali fuisset affectum servitute, *l. ult. §. Lucius Titius* 1. *ff. de contrah. emt.* Plane, si constet, hæc, quæ ex uno præstantur prædio, ad alterius prædii culturam requiri; non inepte prædialem servitutem tum dixeris videri constitutam; veluti, cum id actum, *ut pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumantur l. item sic* 3. *§. idem* 1. *ff. h. t. l. veluti* 6. *§.* 1. *ff. h. t.* Et in hisce spectandam es-

se potissimum testatoris legantis aut contrahentium voluntatem, vide apud D. Noodt *probabil. lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 10. & 11.

TITULUS IV.

Communia Prædiorum tam Urbanorum, quam Rusticorum.

SUMMARIA.

1. *Servitutes prædiales rusticæ & urbanæ iisdem constituuntur modis, pactionibus & stipulationibus; an hodie necesse sit, eas constitui coram lege loci?*
2. *Ultima quoque voluntate, & officio judicis.*
3. *Quid jure veteri, medio, & novo obtinuerit circa usucapionem & præscriptionem servitutum, & de lege Scribonia?*
4. *An ad servitutum acquisitionem per præscriptionem requiratur scientia domini? an & justus titulus verus?*
5. *Non acquiritur servitus præscriptione, si quis longo tempore non sit usus jure suo, puta, altius non ædificaverit, & inde vicinus commodum senserit, licet ad preces vicini id intermisisset; secus si id commisisset ad vicini prohibitionem.*
6. *Quanto tempore servitutes moribus hodiernis acquirantur? et de annali præscriptione ejus, qui quid sine servitute exstruxit, quod servitutem redolet, ex lege municipali.*
7. *An possint esse* servitutes servitutum, *et an servitutes* neque ex bonis neque extra bona sint? *ad explicationem* l. 1. ff. de usu & usufr. legato.
8. *Servitutes urbanæ et rusticæ jam constitutæ, una cum prædiis pignori dari possunt, sine prædiis seorsim nullo modo: possunt tamen utraque vicinum prædium habenti creditori de novo constitui in crediti securitatem, duratura, donec debitum solutum fuerit.*
9. *Prædiales servitutes omnes individuæ sunt, pro parte acquiri vel amitti nequeunt. An unus sociorum imponere possit prædio communi? Quid juris, si plures socii separatim prædio communi servitutem imposuerint actu inter vivos vel testamento? et quid moribus?*
10. *An unus sociorum prædio communi servitutes acquirat? quid hodie? an hæres acquirat prædio, quod alteri sub conditione legatum est, ut prosit legatario?*
11. *An et quatenus superficiarii, vasalli, emphyteutæ eas imponant?*
12. *An prædialem servitutem habentes possint novum opus nunciare?*
13. *Disputatur, an servitutes, et nominatim an servitus aquæductus constitui possit ultra prædii dominantis utilitatem? vel quis alteri ductum aut haustum ex suo ductu concedere?*
14. *An unquam res sua cuiquam servire possit? qua occasione explicatur Africani locus in* l. 33. §. 1. ff. de servit. præd. rust.
15. *Servitutes prædiales solius amœnitatis gratia constitui non posse sine concurrente prædii dominantis utilitate.*
16. *Plures servitutes prædiales per eundem locum pluribus concedi possunt. Concessa servitute, omnia concessa videntur, sine quibus servitus exerceri nequit, quod exemplis in haustu, ductu, itinere, actu, via, eorumque complanatione, impedimentorum remotione, refectione, & aditu refectionis causa, aliisque monstratur.*
17. *Servitutem debens nihil agit, sed tantum patitur. Omnes servitutes debent habere causam perpetuam, non tamen usum continuum. Quid juris de servitute* foraminis pavimenti proluendi causa *tum jure civili tum moribus?*
18. *Si servitutes ad certum tempus, vel precario concedantur, id præter earum naturam est, sed tamen subsistunt. An qui precario concessit servitutem prædialem, illam omni tempore pro arbitrio revocare possit, distinctione explicatur.*
19. *Requiritur in servitutibus prædialibus vicinitas prædii dominantis et servientis; unde vicinitas æstimanda sit, tanquam servituti sufficiens?*

1. QUamvis in nonnullis urbanæ servitutes a rusticis diversæ sint, plurima tamen habent inter se communia. Etenim iisdem prope finiuntur modis, iisdemque constituuntur; puta pactionibus atque stipulationibus, accedente quasi traditione, quæ in usu atque patientia, vel demonstratione loci ad servitutis exercitium, consistit, *§. ult. Inst. de servit. præd.* & nostris moribus solemni ritu coram lege loci facienda est, ut prædium serviens reali afficiatur servitutis jure, ac creditoribus impedimento sit, quo minus illud ut liberum sub hasta divendant, cum invalidæ sint ex vulgata praxi & jure certo immobilium alienationes, non factæ coram lege loci, ubi immobilia sita sunt, alienationis autem appellatione veniant etiam servitutum constitutiones, *l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* Groenewegen *ad §. ult. Instit. de servit. praedior.* & ad *Hug. Grotii manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 36. *num.* 1. Quamvis ipsi Hugoni Grotio contra placuerit, edictum Caroli V. de immobilibus non nisi coram lege loci tradendis ad servitutis impositiones haud esse porrigendum, in Respons. JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 316. *revera* 216. *pag. mihi* 564.

2. Ultima quoque voluntate prædiales imponi & acquiri servitutes, palam est, *d. §. ult. l. potest* 16. *ff. h. t.* quo casu nec quasi traditione opus est, sola testatoris dispositione sufficiente ad transmittendum in legatarios jus in re, arg. *l. a Titio* 64. *in fine ff. de furtis*, unde & servitutis vindicatio legatario tribuitur, *l. ult. ff. de servit. legata*. Sed & officio judicis in judiciis divisoriis easdem constitui nihil vetat, sive id agatur, ut prædium hereditarium, uni adjudicatum heredi, alteri prædio itidem hereditario servitutem debeat, sive judicati exsequendi causa duo debitoris prædia distrahantur, quorum unum sine servitute per alterum constituta minus commodum emtori præberet usum, *l. item Labeo* 22. *§. sed etiam* 3. *ff. famil. ercisc. l. communi* 7. *§. Neratius* 1. *l. ut fundus* 18. *ff. communi divid.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 12. *num. ult.* Legis etiam dispositione jura servitutum induci, *tit.* 2. latius dictum est.

3. Usucapionem quod attinet, antiquissimis quidem temporibus nullam urbanarum aut rusticarum servitutum usucapionem admissam fuisse constat; cum illæ, tanquam incorporales, possideri non po-

tuerint: sine possessione autem usucapio nulla sit, *l. si ades* 32. §. 1. *in fine ff. de servit. præd. urban. l. servitutes* 14. *ff. de servitut.* junct. *l. sine possessione* 25. *ff. de usucapion.* Successu tamen temporis eas beneficio prætorio per longi temporis capionem cœpisse acquiri, probabile est. Quin & urbanæ usu populi ac prudentum interpretatione cœptæ usucapi, donec lex Scribonia earum inhibuit usucapionem, *l. sequitur* 4. §. *ult. ff. de usurp. et usucap.* Ex quo tempore, etsi cum ædificiis longo tempore capi potuerint, velut accessoriæ, nuspiam tamen potuerunt per se solæ, teste Ulpiano *l. si aliena* 10. §. *hoc jure* 1. *ff. de usucapion.* An autem lege Scribonia, uti urbanarum, ita quoque rusticarum servitutum usucapio sublata fuerit, non æque expeditum est. Si conjecturis locus in re obscura, magis est, ut de urbanis tantum eam conceptam fuisse existimemus; tum quia necdum satis demonstratum invenio, rusticis in servitutibus unquam usu invaluisse eam, quæ ex lege 12. tabularum erat immobilium, biennii usucapionem (vide Vinnium *select. quaestion. lib.* 1. *cap.* 31. *in pr.*), tum quia lex Scribonia de iis egit servitutibus, quarum libertas usucapi poterat, *d. l.* 4. §. *ult.* quod in urbanis quidem, interveniente facto contrario contingebat; in rusticis non item, *l. haec autem* 6. *ff. de servit. praed. urban.* junct. *d. l.* 4. §. *si viam* 27. *ff. de usucap.* tum denique quia Paulus in *d. l.* 4. §. *ult.* de lege Scribonia agens, non nisi urbanæ servitutis exemplum subjungit, & Ulpianus de eadem usucapione impedita disserens, *hoc*, inquit, *jure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint:* ita ædificiorum injecta mentione non alias designans servitutes, quam quæ ædificiis seu prædiis urbanis inhærent, *d. l.* 10. §. 1. *ff. de usucapion.* Confer RæPardum *libello singulari de lege Scribonia.* Quicquid ejus rei fuerit, illud utique extra dubium est, Pandectarum jure longi temporis præscriptione rusticas potuisse servitutes acquiri. Ita de aquæductu, & de itinere actuque privato testatur Ulpianus *l. si quis diuturno* 10. *ff. si servitus vind. l. apparet* 5. §. *si quis* 3. *ff. de itinere actuque privato, l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcendae*, ac ante eum Scævola *l. ult. ff. de aqua et aquae pluv.* & Antonius Caracalla *l. si aquam* 2. *C. de servitut. et aqua.* Novissimo denique jure longi temporis præscriptionem decem aut viginti annorum in omnibus tum personalibus tum realibus servitutibus obtinuisse, docet Justiniani constitutio, *l. ult. in fine C. de praescript. longi temporis* 10. *vel* 20. *ann.*

4. Neque ad hanc servitutum præscriptionem scientia domini prædii servientis desideratur, *l. ult. circa fin. C. de praescript. longi temp. decem vel vig. ann.* sive quis ex concessione ejus, qui non dominus sed tantum possessor est, servitutem per fundum vicini exerceat; sive per prædium a vero domino possessum servitute quasi concessa, quæ tamen nunquam concessa fuerat, palam utatur, domino ignorante; cum *d. l. ult.* non distinguat, & utrobique eadem militet a difficultatis inextricabilis occasione petita ratio in d. l. fin. allegata. Licet haud sit eundum inficias, quin de facto scientia domini concurrere possit, ac posteriore in casu frequenter concurrat: quo modo & eandem intervenisse commemoratur in *d. l. si aquam* 2. *C. de servitut. & aqua.* Quibus contraria non est *l. si a te* 16. *ff. si servit. vind.* quippe quæ non agit de servitute per longum tempus acquirendâ, sed de ea, quæ per verum prædii servientis dominum vendita, emtori acquiri non poterat sine quasi traditione, quæ quasi traditio in usu domini prædii dominantis & scientia ac patientia domini prædii servientis consistens, protinus sine ullo temporis interventu emtorem efficit dominum servitutis. Diss. Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 7. Revardus *ad legem Scriboniam num. ult. in fine.* Vinnius *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 31. Sed nec justum titulum concurrere debere, verius est; si modo bona fides præscribentis adsit; cum ei, qui diuturno usu & longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus est, necesse non sit docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo; sed sufficiat, ut ostendat, per annos tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse, vetustate scilicet temporis auctoritatem dante: tametsi jus non probaretur, *l. si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vind. l. ult. ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* Quamvis enim & hic justus titulus verus intercedere queat, dum forte is, qui fundi tantum possessor est, servitutem prædialem vicino concessit: tamen nihil impedit, quominus etiam sine concessione tali vicinus servitutem, quasi constitutam, non vi, non clam, non precario exercens per prædium vicinum a non domino possessum, longi temporis præscriptione eandem acquirat, legibus superioribus generaliter quasi possessione, non vi, clam vel precario obtenta, contentis. Nec recte quis ea, quæ de justi tituli necessitate in immobilium usucapione traduntur in *l. nullo* 24. *C. de rei vindicat. l. ult. C. de usucap. pro herede*, ad servitutum præscriptionem transtulerit, ductus arg. *l. si aquam* 2. *C. de servitut. & aqua.* Quod enim illic rescriptum est, *servitutem exemplo rerum immobilium tempore fuisse quaesitam*, non aliam, quam temporis intuitu, similitudinem inducit, nec ad titulum, sed ad tempus referendum est, æque scilicet servitutes, ac res ipsas immobiles, longi temporis præscriptione acquiri. Idemque de comparatione, quæ est in *l. ult. in fin. C. de longi temp. praescript.* judicium esto. Fachineus *controvers. lib.* 13. *cap.* 83. Aliter Revardus *d. tract. de lege Scribonia num.* 7. Vinnius *d. lib.* 1. *cap.* 31. & plures ibidem allegati.

5. Interim prætermittendum haud videtur, non eo solo induci servitutis præscriptionem, quod forte vicinorum unus jure suo in re sua longo tempore usus non est, ac inde commodum alter vicinus percepit. Quid enim, si arbores in suo non plantaverit, viridaria non fecerit, altius in suo non ædificaverit, atque ita contigerit, ut vicini lumina diutissime remanserint non obscurata, liberiorve prospectus haud impeditus? perperam sane vicinus inde sibi altius non tollendi, prospectui luminibusve non officiendi servitutem asseruerit; cum altius exstruere in suo & similia facere, res meræ facultatis sint, quarum intuitu præscriptio probata non est; sed omni tempore libertas salva, *l. altius* 8. 9. *C. de servitut. & aqua*, sic ut cum eo, qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non serviat, nullam actionem competere, nec novi operis nunciationem fieri, nec actionem ex cautione de damno infecto, quæ forte per vicinum, nunc altius ædificantem, ante fuerat

interposita, exerceri posse Ulpianus tradat, *l. Proculus* 26. *ff. de damno infecto*, *l. cum eo* 9. *l. inter servitutes* 15. *in fine ff. de servit. præd. urban.* Neostadius *Cur. supr. decis.* 98. Idemque dicendum, si longo vel longissimo temporis spatio vicinus ad preces vicini cessaverit jure suo uti; cum precaria possessio ad stabilem servitutum acquisitionem justa ac sufficiens non sit, *l. si quis diuturno* 10. *ff. si servit. vind. l. si ædes mea* 32. *ff. de servit. præd. urb.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *n.* 6. Sane, si vicinus altius exstruere aut viridaria ponere tentaverit, operique cœpto vicinus alter, obscurationem aliudve damnum metuens, intercesserit operis novi nunciatione facta, atque inde toto tempore præscriptionibus præfinito cœptum opus intermissum probetur, vix dubium, quin ex concurrente tali hominis facto servitus præscriptione quæsita sit, arg. *l. hæc autem* 6. *ff. de servit. præd. urban.* Neostadius *d. Curiæ suprem. decis.* 98. Responsa JCtor. Holland. *part.* 1. *consil.* 199. *in fine*.

6. Mores nostros quod attinet, ut rerum immobilium, ita quoque servitutum præscriptiones, non decennio aut vicennio, sed tantum triente seculi adimpleri, vulgo receptum est; sine ulla inter *continuas* & *discontinuas* distinctione; Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 36. *num.* 4. 5. 6. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* Lambertus Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 9. *n.* 12. Groenewegen *ad l.* 1. 2. *C. de servit. & aqua*, Ant. Matthæus *parœm. JCtor. parœm.* 9. *num.* 16. Si quis tamen sine servitutis constitutione quædam in suo vel alieno servitutem redolentia, sciente vicino & operi non intercedente, ædificet; vel, cum eo ignorante opus perfectum esset, is deinde intra annum & diem non contradixerit ac destructionem petierit, variorum locorum statutis & consuetudinibus obtinuit, destructionem invito haud esse imperandam, sed eum, qui exstruit, ad id quod interest vici[illegible] damnandum. Grotius *d. cap.* 36. *num.* 7. Groenewegen *ad d. l.* 1. & 2. *C. de servit. & aqua*. Argentræus *ad consuet. Britan. art.* 371. Ant. Matthæus *d. parœm.* 9. *n.* 19. Adde Christinæum *ad Leg. Mechlin. tit.* 14. *art.* 45.

7. Illud insuper servitutibus commune est, quod *servitutum servitutes esse nequeant*, eo quod servitutes *neque ex bonis*, *neque extra bona* sunt, *l.* 1. *ff. de usu & usufr. legato*. Cujus legis sententia a variis varie exposita (vide D. Noodt *probabil. lib.* 2. *cap.* 3. Pinellum *ad l.* 1. *Cod. de bonis maternis part.* 3. *n.* 6. & *seqq.* Donellum *comment. jur. civil. lib.* 3. *cap.* 5. *fere in med.*) mea quidem opinione manifesta erit, si consideremus, eam non de servitutibus itineris actus viæ jam constitutis, sed demum constituendis accipiendam esse; quod & observatum a Galvano *de usufructu cap.* 3. *n.* 5. etsi alioquin de jam constitutis magis apertum sit, earum jam constitutarum usumfructum aliamve servitutem esse non posse, ac ne ex benignitate quidem sustineri, *l. cum esset* 33. §. 1. *in fin. ff. de servit. præd. rustic.* Ait Paulus in d. l. 1. *nec usus nec usus fructus itineris, actus, viæ, aquæductus, legari potest, quia servitus servitutis esse non potest, nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit: sed incerti actio erit cum herede, ut legatario quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem præstet: aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Quæ si de jam constitutis itineris actus viæ servitutibus, ac legato earundem usufructu intelligas; explicandum fuerit, qua ratione ususfructus earum utilitatem adferre queat legatario, prædii dominantis neque dominium habenti neque possessionem. Nam ut ad prædium suum proprium fructuarius harum servitutum iret, ageret, duceret, per prædium serviens, a servitutum ratione prorsus alienum est; nec prædii servientis dominus, qui non binis prædiis sed uni tantum servitutem concessit, pati teneretur, eam, quam indulsit, arbitrio ac voluntate domini prædii dominantis extendi ultra dominantis prædii utilitatem, *l. ergo* 5. §. 1. *l.* 6. *l. ex meo aquæductu* 24. *ff. de servit. præd. rustic.* maxime, ubi perpenderis, in materia servitutum generaliter observatum fuisse, meliorem quidem vicini, servitutem patientis, conditionem fieri posse, deteriorem non posse, *l. servitutes* 20. §. *stillicidium* 5. *ff. de servit. præd. urban.* Contra vero, si de constituendis demum servitutibus Paulum interpretemur, satis apertus sensus erit, summo jure dominum suo prædio imponere per legatum non posse itineris actus viæ aquæductus servitutem, quæ ususfructus haberet naturam, & morte legatarii extingueretur; eo quod servitutes ipso jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem constitui possunt, *l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus*; id autem fieret, si itineris & servitutum similium ususfructus legaretur. Quia tamen temporaria talis servitutum prædialium constitutio, summo jure reprobata, ex benignitate sustentata fuit, sic ut temporis aut conditionis adjectio doli exceptionem prædii servientis domino pariat adversus prædii dominantis dominum, ultra tempus ac contra placita servitutes vindicantem, idque secundum magis probatam a Papiniano Cassii ac Sabini opinionem, *d. l.* 4. *ff. de servitut.* hinc etiam in d. l. 1. Paulus subjunxit, defendi oportere legatario servitutis exercitium; adeoque *incerti actionem esse cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi agendi ducendi facultatem præstet; aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restituatur.* Quæ verba posteriora etiam satis abundeque evincunt, non de constituta, sed demum ex testatoris elogio per hæredem *constituendo* vel *præstanda* itineris actus aquæductus servitute totam d. legis primæ disputationem constare. Ac proinde, ut verbo dicam, tota principalis decisio, quæ est in d. l. 1. coincidit prorsus cum decisione d. l. 4. ff. de servitutibus, utcunque verbis plane discrepantibus proposita, dum utrobique re ipsa definitur, servitutes prædiales summo jure non posse ad tempus constitui; de facto tamen constitutas ex benignitate usque ad tempus adjectum, non ultra defendi. De cetero argumentum ex senatusconsulto, *quo cavebatur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit*, duci non potuisse pro eo, quod summo jure legatus itineris actusve ususfructus valeret, Paulus in med. d. legis primæ ea docet ratione, quia nempe servitutes tales *neque ex bonis neque extra bona sunt*. Etenim, cum necdum constitutæ essent,

adeoque necdum natæ, necdum uspiam apparentes, necdum ullius prædii qualitates, etiam *in bonis* seu *ex bonis*, seu inter bona domini prædii dominantis aut servientis numerari nullo modo poterant, sed magis ut rerum *non ens* veniebant considerandæ. Quæ tamen eadem, quia rerum aliarum futurarum exemplo sperari poterant & ex domini voluntate produci ac nasci, merito dicebantur *extra bona non esse*; quippe quod de iis non recte asserueris, quæ & vendi & legari & donari possunt, &, (ut verbo dicam) ea ratione commerciis hominum non prorsus exemta intelliguntur. Atque hunc verum d. legis intellectum puto, maxime cum animadverto, in aliis quoque juris nostri partibus difficultates circa Jurisconsultorum responsa subinde non aliter superari posse, quam si de servitutibus non constitutis sed constituendis ea interpretemur: uti id de habitatione jam a me demonstratum *tit. de usu & habit.* ac in quæstione, utrum servitutes prædiales pignori dari possint hic subnectenda, similiter patescet.

8. Neque enim unquam dubitandum censui, quin servitutum urbanarum ac rusticarum illud quoque commune fuerit, quod, licet utræque quidem jam constitutæ una cum prædiis, ut vendi & legari, ita quoque pignori dari potuerint, neutræ tamen seorsim sine prædiis ullam receperint pignorationem. Et quamvis Marcianus urbanarum tantum servitutum meminerit, dum ait, *jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt, igitur nec convenire possunt ut hypothecæ sint*, *l. si is, qui bona* 11. *§. ult. ff. de pignor. & hypoth.* rusticarum tamen cum eadem sit ratio, idem iis quoque jus statuendum est. Quod enim vinculum pignoris haud admittant, id inde est, quia tantum nudæ prædiorum qualitates sunt, & nullum sine prædiis, quibus hærent, intellectum habent, *l. quid aliud* 86. *de verbor. signif.* junct. *l. qui fundum* 12. *ff. quemadm. servit. amitt.* *§. ideo* 3. *Instit. de servitut. prædior.* nulli insuper alteri, quam prædium dominans habenti, utiles esse possunt, *d. l.* 5. *§.* 1. *l. ex meo aquaduct.* 24. *ff. de servit. præd. rustic.* non denique seorsim sine prædiis vendi. Ut proinde frustra foret creditor, si quandam ex earum pignore vel hypotheca speraret debiti securitatem, distractione impedita. Quibus non adversatur, quod servitutes jam constitutæ possint alteri precario concedi, *l. quæsitum est* 8. *§. si servitute* 5. *ff. de precario*, nec ulla diversitatis ratio intercedat, quominus eodem etiam modo pignus admittant. Etenim, etsi non possit iri inficias, quin in d. l. 8. §. 5. de servitute jam constituta agatur, dum ea narratur ibidem amissa; quod in ea, quæ demum constituenda foret, locum non invenit; tamen & illud vicissim concedendum est, illic solam ac separatam servitutem prædialem sine prædio, sed una cum prædio dominante, tanquam accessoriam fuisse precario habitam; qualiter etiam pignori eam obligari posse supra monitum. Precario scilicet prædium quis rogaverat, & non utendo amiserat debitam isti prædio servitutem; ait Ulpianus, eum interdicto de precario teneri, si dolo fecerit. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 32. Adde Ant. Fabrum *conject. lib.* 19. *cap.* 6. Sed hæc omnia non impediunt, quo minus utræque, tum urbanæ, tum rusticæ, necdum natæ aut constitutæ, creditori prædium vicinum habenti (non alteri) de novo concedantur, ac constituantur, *ut quamdiu pecunia soluta non sit, iis servitutibus creditor utatur, & si intra certum diem pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat*, puta, simul cum ipso prædio dominante, *l. sed an via* 12. *ff. de pignor. & hypoth.* Quæ tamen ita procedunt non summo jure, sed prætoria tuitione; cum ipso jure servitutes neque ex tempore neque ad tempus constitui potuerint, *l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus*, unde & in *d. l.* 12. *in fine* Paulus adnotavit, hanc sententiam propter utilitatem contrahentium fuisse admittendam: eodem nempe modo, quo servitutes precario constitui potuisse obtinuit, arbitrio concedentis revocandas, *l. veluti* 3. *l. & habet* 15. *§. precario.* Nec est, quod quis cum Ant. Fabro *conject. lib.* 19. *cap.* 7. & Vinnio *d. loco*, existimet, in rusticis solis servitutibus hæc vera esse, in urbanis non item, quia in d. l. 12. tantum rusticarum exempla Paulus recenset; & quædam inter urbanas ac rusticas dari posse videtur ratio diversitatis. Contra enim, si certiora scrutemur principia, parem utrobique causam deprehendemus: cum neque minor in urbanis quam rusticis utilitas, adeoque etiam securitas sit, quoties creditori prædium vicinum habenti constituuntur, per eundem exercendæ donec debitum exsolutum sit, ac ob moram debitoris una cum prædio dominante distrahendæ; neque magis rusticæ quam urbanæ separationem a prædio, cui constitutæ, recipiant, aut concessionem tertio faciendam ultra prædii dominantis utilitatem; nulla denique ratio reddi possit, cur minus utræque in securitatem crediti ad tempus constitui possent, quam precario concedi; nam in utrisque precarium admitti, extra dubium est, *l. veluti* 3. *l. & habet* 15. *§. precario* 2. *ff. de precario*. Et quamvis Ant. Faber *conject. lib.* 19. *cap.* 7. *num.* 3. contendat, perevidentem esse differentiam inter pignus & precarium, quod precario etiam concedi possint res, quæ venditionem non recipiunt, pignori obligari non aliæ, quam quæ distractionem patiuntur; illa tamen hoc casu nullam mutationem affert, cum urbanæ æque ac rusticæ servitutes una cum prædiis, quibus constitutæ, venditionem recipiant, sine prædiis neutræ; adeoque quantum ad servitutes attinet, inter precarium & pignus necdum ulla diversitas in hoc tertio est. Frustra quoque differentiæ rationem inter urbanas rusticasque servitutes Vinnius *d. loco* in eo quærit, quod unum idemque prædium rusticum eandem servitutem per eundem locum pluribus prædiis præstare potest; at unum idemque prædium urbanum uni tantum, & ei, cui servitus ab initio constituta est. Primo namque differentia illa si vera esset, nihil tamen ad præsentem conferret quæstionem, eo quod secundum ante dicta servitutes tam urbanæ quam rusticæ, velut pignoris constitutæ, non seorsim sine prædio dominante, sed tantum cum eo venduntur, debitore moram in solvendo committente; ut proinde parum referat, pluribus per locum eundem servitus eadem deberi possit, nec ne. Deinde perpetuam non esse eam inter urbanas ac rusticas diversitatem, in servitute altius non tollendi, luminibus aut prospectui non officiendi, aliisque similibus apparet; ut enim pluribus per eundem locum iter actum viam constitui posse, Paulus docet *l. qui per certum* 15. *ff. h. t.* ita quoque in urbanis id fieri posse, idem Paulus ibidem observat, con-

venientiam potius in eo tertio quam differentiam ponens: atque insuper id constat ex *l. si ædes* 23. *ff. de servit. præd. urban.* junct. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. *ff. si servit. vind.* Confer Galvanum in pluribus hic consentientem *de usufructu cap.* 39. *num.* 10. 11. 12. Castillo de Sotomayor *de usufructu cap.* 70. *n.* 32. *& seqq.* Perezium *ad t. C. quæ res pign. oblig. n.* 10.

9. Individuis præterea rebus prædiales omnes servitutes adnumerandæ sunt, sic ut pro parte acquiri, constitui, aut adimi non possint. Unde nec sociorum unus, altero invito servitutem recte imponit prædio pro indiviso communi, *l. unus* 2. *ff. de servitutibus*, *l. unus ex sociis* 34. *ff. de servit. præd. rustic.* Quod si plures socii separatim eidem fundo servitutem diversis imponant temporibus, si quidem actu inter vivos id fiat, valida erit, ex quo novissimus pro sua parte eandem cesserit, cessionibus superioribus interim in suspenso hærentibus, donec novissima fuerint cessione firmatæ usque adeo, ut, si unus eorum, qui prius cesserunt, aut mortuus fuerit, aut partem alienaverit, ante cessionem a novissimo factam, repetita heredis aut successoris particularis cessio desideretur, *l. per fundum* 11. *ff. de servit. præd. rustic. l. ult. ff. h. t.* Idemque est, si alter cedat, alter leget servitutem, *d. l. ult.* Si vero diversis sociorum duorum testamentis legata sit, non aliter subsistet, quam si simul utriusque socii hereditas adeatur: non enim, sicut viventium, ita defunctorum actus suspendi, receptum est, *d. l. ult. in fine ff. h. t.* Cui tamen nimiæ Romani juris subtilitati hodie non videtur locus relinquendus, sed magis pro servitutis firmitate pronunciandum, etsi diversis temporibus aditæ fuerint sociorum hereditates, vel ante novissimam cessionem priorum cedentium jus morte vel alienatione in alios translatum; præsertim, cum aliis quoque juris civilis partibus permissum inveniatur, defunctorum actus ad tempus suspendi, *l. usufructus* 26. *ff. de stipulat. servor.* Costalius & Groenewegen *ad d. l. ult. ff. h. t.*

10. Vice versa, nec sociorum unus prædio communi servitutem acquirit ita, ut sibi & socio, sed tantum ut sibi prosit, *l. si unus* 19. *ff. de serv. præd. rust. l. proprium* 5. *ff. h. t.* nec fructuario, *l. sed, si quid* 15. §. *ult. ff. de usufr. & quemadm. quis utat.* Sed, cum hodierno jure non pro se tantum quisque, sed & pro alio valide stipuletur, consequens est, & socium communi, & extraneum alieno posse prædio servitutem adipisci, teste Groenewegio ad *d. l.* 19. Plane etiam heredem rei sub conditione legatæ servitutem sic acquirere potuisse placuit, ut, existente legati conditione, una cum re legata ipsa quoque servitus acquisita legatarium sequatur, etsi jam tum ipso servitutis acquisitæ momento dominum speraretur ab herede recessurum, *l. is, cui via* 11. §. 1. *ff. quemad. serv. amitt.*

11. Superficiarios, emphyteutas, vasallos quod attinet, servitutem imponere hactenus possunt, ut sibi, non ut domino directo noceant, & durante quidem utilis dominii jure servitutes ita impositas prætor tueatur, res autem libera ad dominum redeat, ubi legitimus extiterit emphyteusios aut feudi extinguendi modus, *l.* 1. §. *ult. ff. de superficiebus*, *lib.* 2. *feud. t.* 8. versu *rei*. Nec obstat, quod superficiarii fructuarii dicuntur, & superficies servitus, *l.* 1. §. *quia autem* 6. *ff. de superficieb. l. si sibi homo* 86. §. *ult. ff. de legatis* 1. servitutis vero servitus esse nequit, *l.* 1. *ff. de usu & usufr. legato*, latiori enim sensu tunc servitutis appellatio omne complectitur incommodum & qualequale rei onus.

12. Commune etiam utrique servitutum generi est, quod, qui eas habet sibi constitutas, novum opus nunciare possit, si modo novum illud opus servituti directo contrarium sit; veluti si altius tollat, aut luminibus officiat, qui vicino concesserat altius non tollendi aut luminibus non officiendi jus, *l. inter servitutes* 15. *in fine ff. de servit. præd. urb. l. de pupillo* 5. §. *& belle* 9. *ff. de operis novi nunciat. l. unic.* §. *jus habet* 3. *ff. de remission.* sic ut electio ei competat, utrum servitutem vindicare, an novi operis nunciatione jus suum tueri malit, arg. *d. ll.* junct. *l. si eo loco* 9. *ff. si servit. vind.* Quod si non in universum opere novo impeditum reddatur servitutis exercitium, cessante operis novi nunciatione, sola servitutis vindicatio domino prædii dominantis patet. Qua ratione eum, qui viam habet, si opus novum nunciaverit adversus eum, qui in via ædificat, nihil agere, sed servitutem vindicare non prohiberi, Julianus auctor est, *l. qui viam* 14. *ff. de operis novi nunciat.* scilicet, quia per inædificationem, in spatio viæ assignato cœptam, non in totum eundi agendi potestas præclusa est, dum omnes fundi totius glebæ servire incipiunt, ex quo dominus usum loci adimit, per quem via primitus determinata fuerat, arg. *l. certo* 13. §. *si totus* 1. *ff. de servit. præd. rustic.* & per servientis prædii dominum alia fundi parte assignari potest via, quam quæ ab initio fuerat servituti destinata, ut dictum *tit. praced.* 3. *n.* 8. *in fine.* Confer *Responsa Jurisc. Holl. part.* 1. *consil.* 205.

13. Adhæc illud obtinet, quod servitutes constitui nequeunt ultra prædii dominantis utilitatem; adeoque calcis coquendæ, cretæ vel arenæ fodiendæ, lapidis eximendi, similiumque servitute concessa, non ultra effodere, eruere, cædere licebit, quam quatenus ad ædificandum in fundo dominante aut ad alium fundi ipsius usum opus est, *l. ergo* 5. §. 1. *l.* 6. *pr.* & §. 1. *ff. de servit. præd. rustic.* Et aquæ ductum habens, inde rursus aquam alteri nequit prædio concedere, nisi id nominatim pacto præter ordinariam servitutum naturam actum sit, *l. cum essent* 33. §. 1. *ff. de servit. præd. rustic. l. Labeo* 2. *ff. de rivis*, nec ad alium fundum proprium postea forte acquisitum ducere, imo, ne ad aliam quidem ejusdem fundi partem, quam ad quam servitus ab initio acquisita fuit, *l. ex meo aquæductu* 24. *ff. de servit. præd. rustic.* quod & ab Impp. significari puto in *l.* 12. *C. de servit. & aqua*, dum illic *non modus prædiorum, sed servitus aquæ ducendæ terminum facere* dicitur; perinde enim id accipiendum, ac rescriptum fuisset, non pro magnitudine fundi qua late patet, & ad omnes ejus partes semper aquam duci posse, sed videndum esse, quo usque & ad quas fundi partes aquæ ducendæ servitus constituta sit, ac inde, non vero ex ipsis agri finibus, determinari oportere, quis aquæductus concessi terminus & finis sit. His interim gravissime Labeo adversatur in *l.* 1. §. *illud Labeo* 16. *ff. de aqua quot. & æst.* ubi interdictum de aqua quot. & æstiva tribuit ei, qui aquæductum habens ad suum fundum, postea etiam fundi

emti nomine eandem aquam ducere vult, nisi ei nocitum sit, ex quo aquam ducit. Sunt quibus placet, regulam quidem fuisse, ne ultra prædii dominantis utilitatem servitus operetur, sed consuetudine deinceps ab ea regula fuisse recessum, & licuisse prædii dominantis domino aquam alteri concedere, si non noceretur prædio servienti; regulam esse in *d. l.* 24. & similibus; de consuetudine qua recessum ab ea regula, accipi debere quæ in *d. l.* 1. §. 16. traduntur. Sed quominus huic conciliationi, prima fronte non improbabili, calculum adjiciam, facit, quod a *Pomponio* scriptum invenio, *Labeonis* fuisse sententiam, *posse me cuilibet vicino ex aquaeductu meo commodare*; eam vero a *Proculo* (alioquin Labeonis successore & sectæ illius promotore præcipuo) fuisse reprobatam, *d. l.* 24. Sane enim, si Labeonem de usu ac consuetudine, jam tum contra regulam recepta, accipias; largiendum fuerit, usum istum a Proculo successore Labeonis, non potuisse probabiliter, nec debuisse ignorari, longeque minus adeo directo refelli Labeonis opinionem: perperam quoque tunc Pomponium ipsum, rejecta simpliciter Labeonis sententia sic usu stabilita, laudasse eam, quæ Proculi erat, ut *veriorem*, *d. l.* 24. imprudenter denique, imo contra veritatem tum Pomponium in *l.* 2. *ff. de rivis*, tum præcipue Africanum in *d. l.* 33. *ff.* 1. *ff. de servit. præd. rust.* tradidisse, *nisi pactum aut stipulatio de hoc subsecuta sit*, in servitute aquæductus constituenda, dominum prædii servientis per plurium prædia aquam ducentem, *non posse cuivis eorum*, *neque alii vicino haustum ex rivo cedere*, si id tunc sine ulla pactione, vi consuetudinis inductæ, licuisset, ac prætor æque ex speciali pacto primæ servitutis concessioni apposito, solitus fuisset concessam alteri ex servitute jam constituta utilitatem tueri. Quibus omnibus illud accedit, quod nullam putem in jure nostro facti speciem exstare, in qua quis ea, quæ jure servitutis ex alieno beneficio seu concessione habet, alteri rursus tribueret, & ita alteri prodesset, citra expressam conventionem. Imo ne sibi quidem quemquam regulariter prodesse posse faciendo aliquid in alieno, quod alteri non noceret & facienti prodesset, abunde evincit exceptio & casus singularis a Paulo propositus in *l. in summa* 2. §. *item Varus* 5. *ff. de aqua & aquae pluv. arcendae.* Neque aliud ex *l.* 1. §. *ult.* & *l.* 3. *ff. de rivis*, probari potest, quam quod jurisconsulti alii paulo plenius, alii restrictius domino prædii dominantis jus tribuerint faciendi ea, quæ ad tuendam & promovendam constitutæ servitutis utilitatem videbantur spectare. Quæ cum ita sint, inter jus & factum distinctione adhibita potius legum superiorum conciliationem tentari posse existimaverim; scilicet, nullo quidem jure potuisse dominum prædii dominantis sine speciali conventione alteri vicino aquam concedere, aut aquam ad prædium, postea a se comparatum, ducere ex aqua, ad prædium dominans jure servitutis ducta; secundum veriorem Proculi sententiam, deque jure illo agere, *d. l.* 24. & 33. *ff.* 1. *ff. de servit. praed. rust.* De facto tamen id aliquando, convenienter opinioni Labeonis, contigisse, ut aquæductum habens ad suum fundum, ductum inde rursus haustumve vicino largiretur, aut ipse ad aliam duceret prædii partem, vel fundum alium recenter emtum: tali autem ex facto nullum quidem acquisitum fuisse servitutis jus, nec confessoriam, quasi pro juris tuitione, cum effectu potuisse dari, sed interdictum, ne vis fiat aquam ducenti, nihilominus fuisse a prætore accommodatum ei, qui sic aquam de facto duxerat, etsi nullo jure; in quantum ad id, ut quis interdicto tali vincat, sufficiens est, vel uno die vel nocte una aquam, de qua agitur, non vi non clam non precario ab adversario ductam esse, licet servitus constituta non sit, *l.* 1. *pr.* junct. §. *quod autem* 4. & §. *sed etsi* 10. *ff. de aqua quot. & aestiva*, *l. ult. ff. de rivis.* Et ad hoc factum, non ad ipsum ducendi jus, recte dixeris Ulpianum in *d. l.* 1. *ff.* 26. *ff. de aqua quot.* respexisse, dum Labeonis sententiam, in quæstione de ipso servitutis jure satis aperte alibi reprobatam, probat tamen in quæstione interdicti de aqua ducenda, quod non de jure, sed de facto disponebat, hactenus saltem, ut temporariam tribuerit ducendi facultatem ultra prædii dominantis utilitatem, donec de quæsito vel non quæsito ipso servitutis jure constaret. De facto certe, non jure, in interdictis quæri, ipse Ulpianus testis est *l. de servitutibus* 2. §. *ult. ff. si servitus vindic.* & interdicta sæpe illis, qui jure carent, accommodata fuisse, evidenter docetur *d. l.* 1. §. 10. *de aqua quot. & aestiva*, *l. sunt personae* 43. *ff. de religiosis*, *l.* 1. §. *hoc interdictum* 9. junct. *l.* 3. §. *si quis rivum* 8. *l. ult. ff. de rivis*, adeoque ab interdicto dato argumentum pro legitima juris aut servitutis constitutione perperam peti, ac male concludi, eum, qui interdictum habet, jus quoque habere, in aperto est.

14. Illud difficilioris hujus disputationis occasione restat, ut, quæ Africani mens fuerit, paulo pressius examinemus, quando superiorem proponens exceptionem *in d. l.* 33. *ff.* 1. *ff. de servit. praed. rust.* ait: *pacto enim vel stipulatione intervenientibus & hoc concedi solet* (ut nempe prædii dominantis dominus per plurium prædia aquam ducens, possit eorum cuivis, aut alii vicino, haustum ex rivo cedere) *quamvis nullum praedium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui possit.* Sunt enim, qui Africanum id velle opinantur, regulam quidem esse, quod res sua nemini serviat, *l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. pet.* ab illa tamen regula recessum quandoque fuisse, ac rem suam domino potuisse servire, cum ei, per cujus fundum aquam duco, permitto aquam haurire ex rivo illo, aut pecus suum ad rivum istum appellere aquarum. Rursus, regulam quidem dictare, servitutis usumfructum esse non posse, *l.* 1. *ff. de usu & usufr. legato*, verum tamen & hanc usu non ita rigide fuisse servatam; sed ex benignitate fructum servitutis constitui, dum is, qui aquæductum habet, ex suo fundo alteri vicino aquæ istius jam ductæ haustum largitur, quoties illa potestas in prima servitutis constitutione domino prædii dominantis indulta fuit. Verum, ut, quod res est, dicam, non facile persuasum habeo, Romanos ab illa regula tam naturali, qua res sua nemini servit, voluisse ullatenus aut potuisse resilire, cum semper in aliena re jure servitutis, in re propria jure dominii cuncta agi intelligerent, *d. l.* 5. *ff. si ususfr. pet.* & omnia, quæ per prædii servientis dominos fiunt, ad illud potuerint reducere principium, quo cuilibet in suo facere, quod libet, licet, ex dominii jure, nisi lex aut jus alteri constitutum impedimento sit.

Ac proinde magis est, ut Africanum regulæ utriusque superioris meminisse credam, quo significaret, tali conventioni (qua domino prædii dominantis liceret alteri haustum ex aqua, quam ipse ducebat, concedere) neutram regulam adversari, neque ea ratione contingere, ut vel res sua domino serviret, vel servitutis ususfructus esset. Quod, ut manifestius appareat, considerandum, rivum per quem aqua jure servitutis ducitur, ejus esse, cujus est fundus, in quo rivus est; (cum non aliud rivus sit, quam locus per longitudinem depressus, per quem aqua defluit, *l.* 1. *§. ait ergo* 2. *ff. de rivis*, junct. *l. si servus servum* 27. *§. si quis aquæduct.* 32. *ff. ad leb. Aquil.*) sed & aquam ejus esse, in cujus est fundo, sive opere manu facto perveniat; sic ut aquam in suum delatam servare, sibi quisque in suo possit, etiam opere manu facto, ac impedire, profluat ulterius, nisi servitus ad id constituta esset, *l. si ibi* 10. *C. de servitut. & aqua*, sive aquam pluviam in suo retineat, *l.* 1. *§. iidem ajunt* 11. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*, sive puteum in suo fodiendo venas præscindat aqueas, quibus ad vicini puteum aqua defertur, *l. fluminum* 24. *§. ult. ff. de damno infecto*, arg. *l. quotiens* 15. *ff. de servitut.* sive ita denique primitus ipse servitutis jure aquam in suum derivasse proponatur: quin enim eam quoque semel acquisitam, deinceps domini jure retinere possit, dubium non est; eodem modo, quo & cretam, & arenam, & lapides, & pedamenta vineis fulciendis, & alia similia jure servitutis eruta, effossa, excisa, atque ita quæsita, quisque deinceps sibi habet sibique tenet dominii jure, *l. ergo* 5. *§.* 1. *l.* 6. *ff. de servit. præd. rustic.* Quibus positis, si servitutem aquæductus habens per plurium prædia, uni ex fundorum servientium dominis vi pacti superius memorati permiserit aquam haurire aut pecus appellere ad aquam, jure servitutis per suum prædium versus prædium dominans perfluentem; neque servitutis servitutem constituit, neque domino res sua servit: cum enim ille, in cujus agro est rivus ac defluens per eundem aqua, jure dominii aquam, non jam alienam, sed suam, suo in fundo existentem, ducat, non impeditus hactenus jure suo uti sua in re *l.* 2. *ff. de Rivis*, quasi reservata aut restituta sibi sui prædii libertate ad id, ut vel in præjudicium ejus, cui aquæductus acquisitus est, aquam hauriendo minuere possit, & aquæductum extenuare; quis obsecro crediderit, eum, hæc jure dominii libertatisque naturalis agentem, servire sibi, aut servitutis servitutem exercere? Contra, si jam aquam jure servitutis ductam, ad prædium dominans pervenisse concipias, atque ita ejus factam esse, cujus est ipsum prædium dominans; dominum prædii dominantis vicino deinde concedentem haustum ductumve ex ea aqua, ne sic quidem servitutis servitutem constituisse, dicendum est, sed potius præter ordinariam servitutum prædialium naturam id effecisse, ut occasione servitutis constitutæ utilitas alteri quoque quæratur. Concedit nempe vicino aquam, (haustu vel aliter percipiendam) non jam amplius alienam, sed suam, suum quippe ad fundum jam delatam; non ex aquæductu aquæductum, sed ex sua aqua propria proprioque fundo haustum, pecorisve ad aquam appulsum. Servitutem sane servitutis constitui nullus recte asseruerit, si fructuarius perceptos jure servitutis fructus, atque ita plenissimo dominii jure suos effectos, vendit alteri, vel donet aut (quod præcipuum est) tanquam res fungibiles in quasi usumfructum rursus concedat. Quod vero fructuario licet ex jure communi, fructus scilicet & commoda quæsita in alium transferre; id ipsum si is, qui aquæductum habet, ex speciali pacto servitutis constitutioni apposito faciat, puta, ex aqua jam sua suoque fundo haustum vicino permittendo, nihilo magis servitutem servitutis constituere existimandus est: sed potius jure dominii novam suo prædio proprio servitutem imposuisse: sic ut prædium illud primæ quidem servitutis seu aquæductus intuitu dominans sit; serviens vero ratione haustus, aut appulsus pecorum, vicino tributi.

15. Ceterum, uti ultra prædii dominantis utilitatem servitus regulariter non constituitur, ita ex adverso nec talis recte conceditur, quæ neque de præsenti neque de futuro ullam prædio dominanti adferret utilitatem, *l. quotiens* 15. *ff. de servitutibus*. Cui consequens est, solius amœnitatis gratia reales non posse servitutes indulgeri; præsertim, cum constet, amœnitatem non ad res, sed personas referri, arg. *l. competit* 16. *§.* 1. *ff. quod vi aut clam.* Unde & Paulus JCtus, cum in servitute *ut pomum decerpere*, vel *ut cœnare in alieno liceat*, nullam inveniret utilitatem, quæ tribui prædio posset, sed solam personæ voluptatem, merito in *l.* 8. *ff. de servitutibus*, talem servitutem imponi posse negavit; de reali non personali intelligendus, juxta tituli ipsius inscriptionem, in quantum prædiales per excellentiam *servitutes* simpliciter appellari, ante in *tit.* 1. *de servitutibus* observatum est. Et quamvis verum sit, non modo ad irrigandum agrum, sed & amœnitatis causa, vel ad usum atque commodum hominum, aquam duci posse, *l.* 1. *§. illud quæritur* 11. *l. hoc jure* 3. *ff. de aqua quot. & æstiva*, non tamen inde sequitur, solius amœnitatis causa realem hanc servitutem induci. Ne autem cum umbra hac in quæstione luctemur, in servitute prædiali posse cum utilitate, prædio dominanti accedente, concurrere etiam personarum utilitatem ac voluptatem, nemo dubitaverit, nisi qui vulgatissimam ignorat prospectus & ne prospectui officiatur servitutem; aut non didicit, prædia ipsa sæpe principaliter in hominum amœnitatem extructa esse ac comparata, prætoria voluptati *tantum* inservire, *l. urbana prædia* 198. *ff. de verb. signif.* prædia esse voluptuaria, viridaria vel gestationi vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amœnas habentia, *l. si cujus rei* 13. *§. fructuarius* 4. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Adde *l. lin. & labra* 15. *ff. de action. emti:* porticus denique ambulatorias Romanis usque adeo in usu fuisse, ut & cessio servitutis probata fuerit, qua mihi permitteretur in parietem vicini tigna immittere, supraque ea tigna porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant, *l. sicut* 8. *§. comperit* 1. *ff. si servit. vind.* Id unum plures nobiscum censuerunt negandum, solius amœnitatis ergo prædiales posse servitutes imponi; & immerito prædiorum servitutem appellari, quæ præter voluptatem, personas solas respicientem, nullam insuper haberet ad ipsum prædium referendam utilitatem. Neque solam in

servitute prospectus, & ne prospectui officiatur, amoenitatem, sed & utilitatem prædialem reperiri, facile animadvertet, quisquis consideraverit, eam potissimum in se comparatam esse, ut non per superiora tantum, sed & per inferiora lumen liberius in coenaculum intrare queat; nec aliud esse prospectus jus quam lumen liberius per fenestras inferiores hauriendum; adeoque non aliter distare has a se invicem, quam ut majus ac minus; eumque, qui servitutem habet, ne prospectui officiatur, habere simul eam, qua luminibus officiendum non est, insuperque præter luminis utilitatem etiam prospectus amoenitatem, quæ ex inferiore tantum loco constituendam prospectus servitutem sponte sua comitatur, idque ad distinctionem luminis ex inferiore loco non constituendi, ideoque nec habentis prospiciendi libertatem, *l. inter servitutes* 15. & 16. *ff. de servit. præd. urban.* Et sane, si in *d. l.* 8. *ff. de servit.* regulam a Paulo traditam dicas, sed quæ usu mutata aut certe mitigata est, ac de usu illo contra regulam recepto agere Pomponium & Ulpianum in *d. l.* 1. §. 11. & *l.* 3. *ff. de aqua quot. & astiva*, necesse fuerit, ut fatearis perperam & inepte Paulum fecisse, quod regulam juris veteris, usu contrario jam abrogatam, tradidisset, nec mutationis aut mitigationis ullam fecisset mentionem, atque ita lectorem incautum in errorem deduxisset; cum tamen & Pomponius Paulo longe antiquior, & Ulpianus eidem Paulo coætaneus, jam istius mutationis ac mitigationis meminisset, (uti volunt dissentientes) in *d. l.* 1. §. 11. & *d. l.* 3. Quale ineptiæ vitium ne de Paulo, Jurisconsulto accuratissimo, aut præsumamus, aut admittamus, satius erit, si amoenitatis quidem gratia aquam duci posse concedamus, sed neque Pomponium neque Ulpianum in *d. ll.* asseruisse, realem propterea servitutem esse. Quin potius, uti impensæ, natura sua voluptuariæ, incipiunt utilibus adnumerari, quoties in res promercales seu venales factæ sunt, in quantum augent pretium rerum promercalium, ob impendia talia pluris distrahendarum, licet non ideo desinant emptoribus aliisque voluptatem præstare & amoenitatem, *l. quod si ha res* 10. *ff. de impens. in rem dot. factis*, ita quoque, si quæ prædio concedantur jura, etiam voluptatem domino prædii & aliis allatura, (veluti, jus aquæ ducendæ, non agri irrigandi causa, sed ad fontes salientes, ad gratos leni murmure cadentium aquarum lusus, ad balnea, & quæ plura sunt his similia) non alia de causa prædiales servitutes erunt, quam quia inde surgit pretium prædii, quo forte voluptati tantum deserviturum est, quo fit, ut quod hominum intuitu ad amoenitatem pertinet, prædii tamen respectu comprehendat utilitatem, & ut tale, realibus debeat servitutibus accenseri. Confer, si libet, acerrime pro servitutibus realibus solius amoenitatis gratia constituendis disputantem Galvanum *de usufructu cap.* 32. *num.* 4. & *seqq.*

16. Præter hæc, illa quoque prædialium servitutum convenientia est, quod plures diversæ prædiorum diversorum dominis eodem in loco vel per locum eundem constitui possint, si modo priori per posteriorem non fiat præjudicium, *l. qui per certum* 15. *ff. h. t. l. si ædes* 32. *ff. de servit. præd. urban. l. Lucio* 4. *ff. de aqua quot. & astiva*, junct. *l. supra* 11. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcenda*, *l. per quem locum* 14. *ff. de servit. præd. rustic.* Ac servitute concessa simul concessa censeantur omnia, sine quibus servitus exerceri nequit. Quo modo haustu aquæ dato, iter quoque ad puteum datum intelligitur, *l. item sic possunt* 3. §. *ult. ff. de servit. præd. rustic.* Et, si mihi per aream tuam in domum meam ire agere cesseris, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam sit, dum domo mea altior area tua est, vel gradus vel clivos propius januam meam jure facere possum; dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar, *l. servitutes* 20. §. *si domo* 1. *ff. de servit. præd. urb.* Is quoque, qui aquæ ducendæ jus habet, vel fistulam in rivo ponere, vel aliud quidlibet facere potest, quo aquam latius excipiat, modo ne domino vel rivalibus aquagium deterius efficiat, *l. hoc jure* 3. §. *pen. ff. de aqua quot. & astiva*, *l. Quintus* 15. *ff. de servit. præd. rust. l. qui fundum* 40. §. *in lege* 1. *ff. de contrah. emt.* Nec minus, itinere legato, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere. Proculus ait *l. si iter* 10. *ff. de servitutibus*, quin & viam sternere liberum est, (non tamen silice aut ponte, nisi id actum sit, *l. super* 11. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcendæ*, *l. loci* 4. §. *si quis* 5. *ff. si servit. vind.* ac arboris impendentis, & viam aut iter invium ac inhabile reddentis remotionem postulare, *l. loci* 4. §. *si quis mihi* 5. *ff. si servit. vind.* denique nec dubium, quin itineris actus viæ rivi similiumque purgatio atque refectio (quin & depressio vel allevatio, si non aliud actum) domino prædii dominantis permittenda sit; usque adeo, ut refectionis gratia accedendi etiam ad ea loca, quæ non serviant, ipsi fabrisque ejus, qua proxime possit, facultas competat, *l. refectionis* 11. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Adde *l.* 1. §. *ult. l.* 3. *ff. de rivis*.

17. Adhæc omnibus in servitutibus (excepta ea, quæ est oneris ferendi, & altius tollendi, secundum alibi dicta) id obtinet, quod prædii servientis dominus nihil ipse facere teneatur, sed tantum pati aut non agere, *l. quotiens* 15. §. 1. *ff. de servitutibus*. Quodque omnes causam debeant habere perpetuam, *l. foramen* 28. *in med. ff. de servitut. præd. urban.* Unde, licet jus navigandi constitui possit per lacum perpetuum, *l. via constitui* 23. §. *si lacus* 1. *ff. de servit. præd. rustic.* tamen neque ex lacu neque ex stagno concedi aquæductus potest: sed nec valere summo jure servitus foraminis in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, si in eum locum nihil aquæ ex coelo veniat, *d. l. foramen* 28. *in pr.* & *in fine ff. de serv. præd. urb.* nec aquæ ex castello ducendæ, quæ prius eo per rotam attollenda fuerat. Sed cum ab Antonino rescriptum fuerit, tuendum ex benignitate esse, qui emtione vel alio legitimo modo sibi hoc jus comparavit, etsi jure servitus non valeat, *l. de aqua* 2. *ff. h. t.* etiam ratio nulla est, quo minus proluendi pavimenti causa jus foraminis in imo triclinii pariete concessum similem mereretur tuitionem; nostris præsertim moribus, quibus non, uti apud Romanos, spongiis pavimenta exterguntur, juxta *l. quæsitum* 12. §. *item pertica* 22. *ff. de instruct. vel instrum. legato*, sed majore aquæ copia atque proluvie, pluvialem sæpe superante, expurgari

solent mundarique, Groenewegen *ad d. l.* 28. *ff. de servit. præd. urban.* Etsi vero jus Romanum eandem regulariter perpetuam desideret, non tamen ita usum continuum aut possessionem; cum plures servitutes sint, veluti iter, actus, via, quæ sui natura intermissionem habent, certa continuaque carentes possessione, *l. cum ususfructus* 13. *ff. de usu & usufr. legato*, *l. servitutes prædiorum* 14. *ff. de servitutibus*, atque insuper his & aliis modus adjici possit, quo possessio interrumpatur, & usus earum temporibus secernatur ac statis dierum horarumve intervallis, *l. servitutes* 4. §. *ult. l.* 5. §. 1. *ff. de servitutibus. l. si sic constituta* 7. *l. si communem* 10. §. 1. *ff. quemadmodum servitut. amit. l. cum constet* 5. *pr.* & §. 1. *ff. de aqua quot. & æstiva*.

18. Omnes quoque servitutes, licet neque ad tempus, neque ad certam usque conditionem constitui ipso jure possint, tamen, si dies aut conditio adjecta fuerit, doli vel pacti exceptione occurri posse contra placita servitutem vindicanti, admissum fuit, *l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus*, qua ratione precario etiam concedi posse servitutes tum rusticas tum urbanas, Pomponius & Gajus docent, *l. ait prætor* 2. §. *ult. l.* 3. *l. & habet* 15. §. *precario* 2. *ff. de precario*, utcunque tunc propria destituantur servitutum natura, arg. *l. pen. ff. h. t.* Sed cum ea precarii conditio sit, ut ad libitum concedentis revocari queat, *l.* 1. *pr.* & §. 2. *l.* 2. §. 2. *ff. de precario*, non æque expeditum est, utrum precaria servitutum concessione hæc pro arbitrio revocandi potestas concedenti permittenda sit? Non displicet, inspiciendum esse utrum id, quod precario concessum est, sui natura temporale sit, aut sine notabili precario tenentis dispendio possit ulterior ejus impediri usus; an ex adverso perpetuum, ac tale, quod non nisi cum grandiore incommodo & graviore impendiorum factorum jactura revocandum esset. Illo quidem casu vix est, ut non liberrimam concedenti asseramus revocandi potestatem, secundum vulgatam precarii proprietatem: quod in itinere, actu, via, aquæ haustu, pecoris ad aquam appulsu, similibusque actu transeunte constantibus, plerumque non magnum prærequirentibus apparatum aut sumtum, locum habet. At hoc casu contra dicendum fuerit, non aliter admitti oportere servitutis precario concessæ revocationem, quam si nova emerserit & judicis arbitrio sufficiens revocandi causa; prout id in tigni immittendi projiciendi ac protegendi servitute, aut concessa in alieno fundo ædificandi potestate, & id genus aliis, usus perpetui causa fieri & exstrui solitis, nec sine detrimento graviore destruendis deponendisve, contingit: neque enim videri posset dolo carere, quisquis vicinum precarii fiducia exstruentem post plura impendia depellere festinat, atque ita beneficium precarii ac liberalitatem, in vicini compendium concessam, in ejus studet dispendium ac læsionem detorquere, contra *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, cum tamen dolum non a precario minus, quam ceteris a negotiis exulare fas sit. Confertque huc apprime id, quod de commodato sine temporis adjectione concesso, iterum non statim aut intempestive, sed demum post usum arbitrio judicis sufficientem, repetendo Paulus tradidit, addens, adjuvari nos, non decipi, beneficio oportere, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 5. *ff. commodati*. Ut proinde hic confugere liceat ad illud ejusdem Pauli jurisconsulti; hæc nempe æquitatem suggerere, etsi jure deficiamur, *l. in summa* 2. §. *item Varus* 5. *ff. de aqua et aquæ pluv. arcendae*. Confer Cæpollam *de servitut. praedior. urban. cap.* 79. *n.* 6. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 6.

19. Commune denique illud est, quod in omni servitute prædiali dominans & serviens prædium sibi invicem vicina esse debent, *l. ergo* 5. §. 1. *ff. de serv. præd. rust.* quæ tamen vicinitas non tam ex contiguitate, quam potius ex utilitatis præstatione, & serviendi habilitate æstimanda est. Quamvis enim in eo inter urbanas rusticasque servitutes differentia sit, quod plerumque in rusticis impediat servitutem prædium medium, quod non servit, *l. qui sella* 7. §. 1. *ff. de servit. præd. rustic.* in urbanis non item, dum servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur, neve altius tollatur, a remotiore prædio deberi potest, medii prædii libertate intacta, si modo non tantum distent a se invicem, ut prospici non possent, *l. loci* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. *ff. si servit. vindic. l. si ædes meæ* 38. & 39. *ff. de servit. præd. urban.* tamen quin in rusticis etiam prædia remotiora servire queant, dubitare non oportet, si modo intermedia quoque eandem præstent servitutem. Qua ratione per contigua plurium prædia aquam recte duci, per plurium fundos unum idemque itineris actus viæ jus constitui, nec haustum via publica aut loco publico interveniente impediri, in usu fuit, *l. una est via* 18. *l. cum essent* 33. §. 1. *ff. de servitut. præd. rustic.*

TITULUS V.

Si Servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

SUMMARIA.

1. *Quibus datur actio confessoria pro realibus servitutibus, tum directa, tum utilis? An & fructuario pro servitutibus prædio fructuario debitis?*
2. *Contra quos detur?*
3. *Ad quid tendat? etiam ad reponenda in pristinum statum illa omnia, quæ in præjudicium servitutis facta, extructa, destructa sunt.*
4. *Cessat, si dominus prædii servientis quid fecerit in præjudicium servitutis, vicino consentiente; vel si prædii intermedii liberi dominus jure suo ea fecerit, quæ servi. uti obsunt.*
5. *Quid sit negatoria? quibus & contra quos detur, ac quibus in casibus & ad quid? ubi & de canalibus fistulisque aqueis ruptis, sterculino prope parietem alterius habito, & humectante, deque pariete ultra semipedem inclinato supra aream vicini, & onere refectionis.*
6. *Quædam actiones re ipsa sunt confessoriæ & negatoriæ, quædam sola verborum conceptione.*
7. *De formulis actionis confessoriæ & negatoriæ ex usu fori.*

1. Quemadmodum in personalibus, ita & realibus in servitutibus, actioni confessoriæ & negatoriæ locus est. Confessoria directa quidem prædii dominantis domino datur, *l.* 1. 2. *ff. h. t.* etiam socio, quoties prædium commune servit prædio alte-

rius socii proprio, aut proprium servit prædio communi, *l. si communi* 27. *ff. de servit. præd. rustic. l. si quis ædes* 30. §. 1. *ff. de servit. præd. urban. l. ut pomum* 8. §. 1. *ff. de servitutibus*, utilis vero creditori hypothecam habenti, emphyteutæ, superficiario, vasallo, *l. ei, qui* 16. *ff. de servitutibus*, *l.* 1. §. *ult. ff. de superficiebus*, *l.* 1. §. *ult. ff. de remissionibus*, *lib.* 2. *feud. tit.* 8. versu *rei autem*; illis insuper, quibus servitus talis constituta fuit, quæ summo jure civili non subsistebat, sed jure prætorio sustentata fuit, arg. *l. de aqua* 2. *ff. de commun. prædior. l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus*. Adhæc vindicantibus jurisdictionem, regalia recensita in *lib.* 2. *feud. tit.* 56. jus patronatus, & similia, postquam hæc secundum tempora posteriora & mores hodiernos cœperunt esse patrimonialia privatorum aut Principum. Præterea dominis prædiorum superiorum, quo inferiora prædia aquam naturaliter defluentem recipiant, si scilicet talis servitus lege vel more regionis firmata sit, *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua & aqua pluv. arcend.* Non item fructuario, nisi per consequentiam, dum impeditus exercere servitutem fructuario prædio constitutam, ipsum usumfructum vindicat quasi impeditus uti frui, *l.* 1. *l. uti frui* 5. §. *utrum* 1. *ff. si ususfr. petetur*, interdicto tamen de itinere actuque privato, si hoc anno usus est, experiri posse fructuarium, receptum fuit; eo quod in confessoria quidem de jure, in interdicto autem de facto quæritur, *l. de servitutibus* 2. §. *ult. ff. h. t.* Quin imo, cum fructuarius possit alteri, novum opus in prædii fructuarii præjudicium facienti, novum opus nunciare non suo quidem, sed procuratorio nomine, *l.* 1. §. *ult. ff. de operis novi nunciatione*, etiam procuratorio nomine eum posse servitutes a tertio vindicare, obtinuit; quod vult Ulpianus, cum ait, „ fructuario vindicandarum servitutum jus es„ se, secundum quod opus novum nunciare potest „ vicino; “ id est, eodem modo, quo & opus novum nunciare potest, *l. unic.* §. *item Juliano* 4. *ff. de remission.* Unde & in *d.* §. 4. subjungitur, fructuarium domino ipsi rei fructuariæ novum opus nuntiare non posse, nec contra ipsum dominum agere, jus ei non esse, invito se, altius ædificare; sed, si hoc facto ususfructus deterior fiat, ipsum usumfructum petere debere. Scilicet, cum vicino opus novum nunciat, aut a vicino servitutem vindicat, proprietarium repræsentare, adeoque procuratorio nomine hæc agere potest, at ut contra ipsum proprietarium agat, aut proprietario novum opus nunciet, proprietarii ipsius nomine ac velut procurator ejus, contradictorium est. Adde Galvanum *de usufr. cap.* 36. 37. Castillo Sotomayor *de usufructu cap.* 7. *n.* 20. Si plures sint unius prædii dominantis domini, in solidum singulis hæc actio competit; cum servitutes individuæ sint, adeo ut etiam uno agente, is non sibi tantum, sed & omnibus ceteris vincat aut vincatur, in quantum de ipso experitur servitutis jure; nam quatenus in æstimatione venit id quod interest, non quanti reliquorum, sed solummodo quanti sua interest, consequetur; eo quod dividua est præstatio ejus quod interest, *l. loci* 4. §. *si fundus* 3. *l. etsi forte* 6. §. *si ædes* 4. *ff. h. t.* arg. *l. supra* 11. §. *quod si* 4. *ff. de aqua & aqua pluv. arcenda*. Si tamen unus in solidum de servitute agens, sua culpa succubuerit, non est æquum, hoc ceteris damno esse, *l. si de communi* 19. *ff. h. t.*

2. Datur contra quemvis in servitute impedientem, *l. si quis diuturno* 10. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. §. *competit* 25. *ff. de aqua quotid. & æstiva*, nisi agatur de servitute oneris ferendi, in qua id singulare, quod contra solum dominum detur, *l. & si forte* 6. §. *hac autem* 3. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. de serv. præd. urban.* Nec interest, utrum directo quis impediat, an per consequentiam, dum non patitur viam refici vel sterni, aliaque fieri, quæ juris interpretatione concessa censentur, servitute constituta, *l. loci* 4. §. *si quis mihi* 5. *ff. h. t.* Præcipue vero contra prædii servientis dominum datur: &, si plures sint, contra singulos in solidum: quia divisionem hæc res non recipit, *d. l. loci* 4. §. *sed & si* 4. *ff. h. t.* sic ut reus solidum præstare teneatur, sive de ipsius servitutis præstatione, sive de præstando eo quod interest seu æstimatione quæstio sit; quia in omnem eventum actoris in solidum interest non prohiberi, *d. l.* 4. *ff. h. t.* junct. *l. stipulationum* 2. §. 1. 2. *ff. de verb. obligat.* excepta servitute oneris ferendi, quantum ad onus seu impensa refectionis, *l. etsi forte* 6. §. *si ædes* 4. *in fine ff. h. t.*

3. Tendit hæc actio ad id, ut liber relinquatur constitutæ servitutis usus, ac cautio de non turbando in futurum interponatur; jurejurando in litem a judice actori deferendo, si reus cavere recuset, *l. harum actionum* 7. *ff. h. t.* Præstentur etiam fructus, quo *fructuum* nomine in hac materia continetur id quod interest, servitute non prohiberi, (cum in servitutibus prædialibus fructus non sint, proprie sic dicti) adeoque commodum omne, quod prædii dominantis domino abest, damnumque quod sensit, ob impeditam servitutem, *l. loci* 4. §. *in confessoria* 2. *l. & si forte* 6. §. *pen. ff. h. t.* junct. *l. si commissa* 13. *ff. ratam rem haberi.* Reficiatur insuper columna vel paries in oneris ferendi servitute, secundum modum in servitutis impositione dictum, *d. l.* 6. §. *modus* 5. *l.* 7. *l.* 8. §. *distant* 2. *ff. h. t.* aut altius tollatur paries in servitute illa, qua vicinus cogitur parietem ad certam altitudinem elevatum habere (de quo dictum *tit.* 2.) arg. *l. si arborum* 17. §. *interdum* 2. *ff. de servit. præd. urban.* denique removeantur aut in pristinum restituantur statum omnia illa, quæ ita implantata vel ædificata aut destructa sunt in prædio serviente, ut viam inviam, iter inhabile faciant, aut alio quocunque modo deteriorem reddant impositæ servitutis usum, *l. loci* 4. §. *si quis mihi* 5. *ff. h. t. l. supra* 11. *ff. de aqua & aqua pluv. arcenda*, *l. si quid* 5. *l. si in ædibus* 9. *C. de serv. & aqua*, non modo si prohibente vicino ædificata aut facta sint, sed &, si eum consensisse non probetur, *l. luminum* 4. *l. invitum* 5. *ff. de serv. præd. urban.* Qua ratione, cum ædibus pupilli vel minoris esset debita servitus ne luminibus officiatur, a prædio tutoris aut curatoris, & is durante administratione altius suas ædes extollendo pupillaribus officeisset luminibus, adeoque per injuriam id ipse commisisset, quod alium facientem necesse habebat ex officio prohibere, data minori actio fuit, ut, quod non jure factum erat, tollatur, *l. altius* 15. *ff. h. t.*

4. Cessat tamen hæc actio, si dominantis prædii

dominus consenserit in id, quod in servitutis præjudicium exstructum est, arg. *d. l.* 5. *de servit. præd. urban.* ut &, si dominus prædii remotioris servitutem altius non tollendi debens, cum prædium intermedium liberum esset, altius exstruxerit postquam jam prædii intermedii liberi dominus jure suo altius exstruxerat: cum eo modo nihil ipse prædii servientis dominus videri possit fecisse contra servitutem constitutam, quippe jam a domino intermedio jure impeditam. Ut tamen renascatur hæc actio, ædibus mediis intra præfinitum servitutibus amittendis tempus depositis vel depressis, *l. loci* 4. §. *ult. l.* 5. *l.* 6. *pr. ff. h. t.*

5. Negatoria actio, quæ etiam *contraria* dicitur, *l. sicut* 8. *ff. h. t.* domino accommodatur prædii sui libertatem asserenti; contra eum, qui servitutem usurpare vult; etiam socium, si forte paries communis opere per socium facto in alterius socii ædes se inclinaverit, ac ædium dominus agere velit, *jus socio non esse parietem ita inclinatam habere l. si cum meus* 14. §. 1. *ff. h. t.* arg. *l. si tertius* 6. *ff. inde quæritur* 2. *l. supra* 11. §. *si vir privato* 5. *ff. de aqua & aqua pluv. arc.* Tendit autem generaliter ad id, ut prædium declaretur liberum ab onere istius servitutis, sive prædium nullo modo serviat, sive servitutem quidem debeat, sed non eam, quæ usurpatur, vel non prædio tali, cujus nomine usurpatio fit; cum sufficiat, quod, quantum ad eum pertinet, cum quo ago, liberas ædes habeam, ut ait Paulus JCtus, *l. loci* 4. §. *competit* 7. *ff. h. t.* sive non eo modo debeatur, quo vicinus eam nunc exercere vult, dum forte plura vult tigna immittere, quam prædii servientis dominus ab initio permisit, aut aliter modum adjectum excedere, arg. *l. servitutes* 4. *ff.* 1. *ff. de servit. l. is, cui* 11. *ff. quemadm. servit. amitt. l. si, cum meus* 14. *ff. h. t.* Adde *tit. de serv. præd. urb. num.* 5. sive etiam ab alio prædio vere debita, nocere incipiat prædio alteri, quod servituti obnoxium non est: adeo ut, si fistulas, quibus aquam duco, in via publica aut fundo alieno habeam, & hæ ruptæ inundent parietem tuum, recte mecum agere possis, *jus mihi non esse, flumina ex meo in tuum parietem fluere*, *l. fistulas* 13. *ff. h. t.* Cui non absimile est, si vicinus meus sterculinum fecerit, aut balneum, secundum, seu prope meum parietem, ex quo paries meus madescebat, *l. si quando* 17. §. *ult. ff. h. t. l. fistulam* 19. *ff. de servit. præd. urban.* vel paries vicini inclinatus, supra meam aream promineat ad latitudinem dimidiati pedis, aut amplius, *l. si, cum meus* 14. §. 1. *l. si quando* 17. *pr. ff. h. t.* Etsi enim in casibus hisce fistulæ ruptæ, sterculini nocentis, parietisque inclinati, nihil in prædio illo, cui nocetur, factum sit, sed in proprio, & cuivis jure liceat in suo facere ea, quibus vicino nocet, si prosit sibi; observandum tamen, cuique in suo hactenus facere licere, quatenus nihil in alienum immittit, *l. sicut* 8. §. *Aristo* 5. *ff. h. t.* immittit vero ea ratione aquam & humectationem in alterius parietem, immittit parietem inclinatum, vel potius projicit supra aream alterius, arg. *d. l.* 8. §. 5. *l.* 17. *ff. h. t.* Pertinetque tunc refectionis sumtus ad dominum parietis inclinati, aut aquæductum vel sterculinum ita habentem, ut noceat; pariete communi inclinato, communis quoque refectio est, nisi unus sociorum solus facto suo causam dederit vitio parietis, arg. *d. l.* 14. §. 1. & *l.* 17. *ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 14. *art.* 41. Plane ad refectionis ipsius factum etiam unus sociorum in solidum conveniri potest, regressum de impensis deinde contra reliquos habiturus; cum individuum sit factum restitutionis, licet impensa dividua sit, arg. *l. præterea* 2. *pr.* & §. 1. *ff. de prætor. stipul.* Papon *lib.* 6. *tit.* 11. *ar.* 1. Insuper hac actione petuntur fructus, seu id quod interest, secundum explicata in actione confessoria, ac cautio de non turbando in futurum; quam etiam ab adversario non exactam judex ex officio interponi jubet, *l. harum actionum* 7. *leg.* 12. *ff. h. t.* denique destructio aut in pristinum statum restitutio eorum, quæ contra libertatem prædii non jure facta sunt, *l. si, cum meus* 14. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.*

6. Ceterum plerumque quidem actiones hæ vere, re & nomine, confessoriæ & negatoriæ sunt; quandoque tamen sola verborum formula ac conceptione; sic ut verbo tenus actio negatoria sit, quæ vi & efficacia sua est confessoria; & vice versa. Quo modo adversus eum, qui altius non tollendi servitutem debet, actio confessoria per negationem mota proponitur, jus scilicet non esse vicino altius tollendi, *l. loci* 4. *ff. ult. l.* & *si forte* 6. *in pr. ff. h. t.* §. *aquæ* 2. *in med. Inst. de actionibus*. Ut ex adverso is, qui jure suo, ac convenienter libertati naturali in suo altius ædificare vult, si a vicino impediatur, quasi altius non tollendi servitutem deberet, libertatem suo prædio recte asserit adhibita actionis confessoriæ formula, jus sibi esse altius tollendi ædes suas, *d. ff.* 2. *Inst. de actionibus*.

7. Formulas actionis confessoriæ ac negatoriæ ex usu fori, & opponendarum his exceptionum, vide apud Wassenaar *pract. judic. cap.* 1. *num.* 46. §. 2. 3. & *num.* 95. *ff.* 2. Plura non addo, cum generalia alia ad has actiones pertinentia jam supra *tit. si ususfructus petatur*, tractata sint.

TITULUS VI.

Quemadmodum Servitutes amittuntur.

SUMMARIA.

1. *Servitus prædialis, nondum constituta, sed tantum vendita vel stipulanti promissa, evanescit, si stipulans ante impositionem alienet fundum suum aut partem ejus, nisi simul spem servitutis alienaverit ac cesserit; & quid juris, si is, cui legata servitus, fundum alienet ante impositionem?*
2. *Jam constitutæ evanescunt confusione seu consolidatione; sed si quis partem tantum prædii dominantis aut servientis pro diviso acquisiverit, in parte altera adhuc servitus salva est. Quid juris, si prædii dominantis & servientis domini sibi invicem partem prædii tradiderint? Quid, si prædium serviens inter plures socios divisum sit, & postea dominus prædii dominantis partem unam acquirat?*
3. *An reviviscant servitutes confusione extinctæ, si iterum postea cesset confusio, per distinctionem explicatur.*
4. *Pereunt etiam interitu prædii dominantis aut servientis; restituendæ tamen, si restituatur in*

pristinum statum praedium, quod interierat, licet inter in eritum & restitutionem praedii intercesserit tempus, quod sufficit ad amittendam servitutem; nisi dominus praedii servientis posuerit aut exstruxerit interim aliquid servituti contrarium, & inde tantum tempus elapsum sit. Non tamen pereunt, si sola agri superficies mutetur, ex vineis prata fiant.

5. *Pereunt & remissione, expressa vel tacita, quod exemplis illustratur. An, & quando, & quo usque per unius servitutis remissionem altera quoque remissa videatur?*

6. *Servitutes remitti possunt pro parte quadam praedii dominantis aut servientis, sive unus tantum praedii dominus sit, sive plures praedium dominans aut serviens diviserint inter se. Non item remittit unus ex pluribus dominis praedii pro indiviso communis; nec fructuarius aut proprietarius, vel tutor, vel maritus, ratione praedii fructuarii, pupillaris, dotalis.*

7. *Quanti temporis non usu servitutes* continuae *&* discontinuae *vulgo dictae pereant jure civili ac moribus?*

8. *An in hac amissione per non usum tempora praedecessoris singularis conjungantur cum temporibus successoris?*

9. *Quibus modis quis videri possit servitute usus vel non usus esse, & an sufficiat, quod per alium servitus exercita sit?*

10. *Quid juris circa amissionem, quae non usu fit, si praedium dominans aut serviens per longitudinem aut latitudinem inter plures socios divisum sit, per distinctiones explicatur.*

11. *Recensentur casus, quibus servitutes non pereunt non utendo. Urbanae quoque servitutes non extinguuntur, nisi concurrat factum servituti contrarium & bona fides praescribentis; secus in rusticis.*

12. *Quid juris, si quis pleniore vel minus plena servitute usus sit, quam quae concessa erat, vel unus ex pluribus per eundem locum aquam ducentibus jus suum amiserit, vel iverit tantum, non item egerit actum habens, vel iverit per unum fundum ex pluribus servientibus?*

13. *Finitur etiam servitus resoluto jure ejus, qui eam concessit.*

14. *An moribus pereat praedialis servitus, si praedium serviens solemniter decreto judicis venditum ac traditum sit, & dominus praedii dominantis edictis monitus non mature indicaverit suum servitutis jus?*

1. Reales servitutes evanescere possunt vel antequam constitutae sunt per quasi traditionem, vel postea. Antequam constitutae sunt, tantum scilicet promissae, si is, qui servitutem, veluti viam, a praedii vicini domino stipulatus fuerat, ante eandem constitutam fundum suum alienaverit vel in totum, vel pro parte, *l. si sub una* 136. §. 1. *ff. de verbor. oblig.* corrumpere namque censetur stipulationem, in eum casum illam deducendo, a quo incipere non potest: sive enim totum fundum alienet, corruit stipulatio, quia servitus praedialis constitui nequit ei, qui praedium non habet: sive partem tantum fundi distrahat, irrita promissio fit, quia pro parte dominii, aut per unum socium communi praedio servitus acquiri non potest, *l. pro parte* 11. *ff. de servitutibus*, *l. proprium* 5. *in fine ff. commun. praedior. l. pluribus* 140. §. *ult. ff. de verbor. obligat.* licet semel legitime quaesita etiam per partem dominii recte conservetur, dum pars praedii dominantis alienata alterius domini esse coepit *d. l.* 140. §. *ult.* Sed &, si stipulator fundum nominatim cum servitute promissa vendiderit, emtorique suam cesserit ex stipulatu actionem; non erraverit, qui eo casu ratam existimaverit mansuram stipulationem, non obstante alienationis interventu; cum nulla obstet juris ratio, cur non simul cum fundo transferatur in alium spes quoque servitutis fundi intuitu per stipulantem, tempore stipulationis etiamnum plenum fundi dominium, jure quaesita. Groenewegen *ad d. l.* 136. *ff. de verb. obligat.* Quod si servitus legata sit, & legatarius, antequam legatum agnovisset, fundum alienaverit, usque adeo emptorem sequetur legata servitus, ut venditor ne repudiare quidem eam possit in damnum emtoris; eo quod, uti dominium, ita & servitus sine traditione jure legatario acquiritur, *l. si partem* 19. §. 1. *ff. h. t.* ibique Costalius.

2. Constitutae vero atque jam impositae reales servitutes, licet neque morte, neque alienatione praediorum aut publicatione extinguantur, *l. via constitui* 23. §. 2. & 3. *ff. de servit. praed. rustic.* multis tamen finiuntur modis; veluti cum idem praedii utriusque tum dominantis tum servientis dominus fit, eo quod nemini res sua servire potest, *l.* 1. *ff. h. t.* junct. *l. uti frui* 5. *ff. si ususfr. petatur*, *l. si quis aedes* 30. *ff. de servit. praed. urb. l. quicquid* 10. *in fine ff. communia praedior. l. legatum est* 116. §. *ult. ff. de legatis* 1. Unde si socii praedii pro indiviso communis redemerint communiter servientem praedio communi fundum vicinum, servitutem perire necesse fuit, *l. si communi* 27. *ff. de servit. praed. rust.* Aliter, quam obtineret, si duo praedia, quae mutuo servirent, inter eosdem fuerint communicata, *l. unus ex sociis* 34. *ff. de servit. praed. rustic.* quia nunc quisque ex permutatione quadam videtur acquisivisse partem alieni praedii, & vicissim amisisse partem sui praedii, cui consequens est, ut quisque ratione partis illius, quam retinuit, intelligi debeat etiam retinuisse servitutem in parte illa alieni fundi, quam sibi ex permutatione non quaesiverat. Idemque est, si dominus praedii dominantis & servientis sibi invicem tradiderint suorum praediorum partes pro diviso, *l. quis aedes* 30. §. 1. *ff. de serv. praed. urban.* aut praedium serviens non in commune utrique socio, sed singulis pro parte divisa quaereretur; quippe quo casu magis unicuique socio in parte alterius in totum salvum esset mansurum servitutis jus; eo quod, ut ante dictum, servitus ab initio non quidem pro parte acquiri, sed acquisita tamen per partes retineri potest, *l. ut pomum* 8. §. 1. *ff. de servit. l. pluribus* 140. §. *ult. ff. de verb. obligat.* Sed &, si praedium serviens coeperit inter socios regionibus divisum esse, & partem ejus unam deinde emerit dominus praedii dominantis; nihil vetat, in altera parte, quam non redemit, servitutem superesse, si modo ea partis non redemtae magnitudo aut latitudo sit, ut servitutem eandem pati possit: nam si via debita sit, & non redemtae partis spatium tam angustum, ut illac vehiculum duci am-

plius non possit, servitutem viæ in totum evanuisse dicendum est, *l. nam satis* 6. §. 1. *in med.* vers. *certe si is ff. h. t.* Longe magis, si ex pluribus prædiis simul servientibus unum redemtum sit, in ceteris non redemtis illibatum manet servitutis jus, *l. si, cum servitutibus* 15. *ff. h. t. l. si mihi* 20. §. *pen. l. tria* 31. *ff. de servit. praed. rustic.*

3. Quod si cesset iterum confusio, videndum, utrum illa ab initio ea mente contigerit, ut esset perpetua, si non aliud de novo interveniat, an vero ita, ut aliquando confusio rursus resolvatur. Nam si eo animo confusio intervenerit, ne esset perpetua, dum tantum revocabile prædii dominantis aut servientis dominium acquirebatur, post tempus iterum recessurum, servitutes confusione extinctas post separationem iterum redintegrari oportere, dicendum est: uti id in prædio serviente, quod in dotem marito, prædii dominantis domino, datum est (aut vice versa), fit, ubi postmodum matrimonio soluto dos reddenda est, *l. si maritus* 7. §. 1. *ff. de fundo dot.* Sicut &, si prædium hereditarium, sub conditione legatum, aut fideicommisso relictum, prædio hæredis (aut hoc illi), servitutem debeat, ubi per aditionem facta confusio deinceps resolvitur existente legati vel fideicommissi conditione, *l. Papiniani* 18. *ff. de servitutibus l. si heres* 73. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Contra, si sic confusio facta sit, ne rursus fiat separatio, nisi causa nova intercedat (dum eo animo dominans serviensve prædium acquisitum est domino prædii alterius dominantis aut servientis, ne rursus abeat ab acquirente) interveniente deinceps separatione extinctæ manent, quæ fuerant confusione sublatæ, servitutes; nisi id pacto actum fuerit, ut renascantur: quod accidit, cum qui serviens suo prædio prædium simpliciter emit, & alterutrum iterum deinde alienat, *l. si quis aedes* 30. *ff. de servitut. praed. urban.* ibique Gothofred. *in notis*. Qui distinctioni non adversatur, quod, ubi fundus heredis fundo defuncti serv.t, hereditate adita sic fiat confusio, ut maneat perpetuo; & tamen hæreditate deinde per hæredem distracta, servitutes amissæ restituendæ sint, *l. 2. §. & si servitutes* 19. *ff. de haered. vel act. vend. l. si ei* 9. *ff. commun. praedior. tam. urb. quam rust.* Etenim, ut eo casu servitutes redintegrentur, tacito censetur pacto placuisse; in quantum hereditate vendita id inter emtorem & venditorem actum creditur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset, adeoque non venditor sed emtor videatur hæres extitisse, *d. l.* 9. *ff. communia praedior l. 2. pr. & §. cum quis debitori* 18. *ff. de hered. vel act. vend.* unde & actione ex emto vendito ad servitutes renovandas experiundum esse asseritur, *d. l. 2. §. pen.* Non etiam repugnat *l. si maritus* 7. *pr. ff. de fundo dotali*, in qua, cum maritus, qui stante matrimonio fundum redemerat dotali prædio servientem, eum rursus constante matrimonio alienasset simpliciter sine servitutis redintegrandæ conventione, teneri dicitur uxori ad litis æstimationem, eo quod marito imputandum fuit, quod iterum sine restauratione servitutis prædio dominanti debitæ fundum distraxit; qui sane teneri non posset, si servitus post alienationem reviviscere ob temporale tantum dotis dominium marito quæsitum. Etenim prudenter factorum species separandæ sunt. Reviviscit nempe servitus, quæ ob acquisitum temporale dominium extincta fuerat, ubi rursus illud ab acquirente recedit. At in casu *d. l.* 7. non evanuit servitus per acquisitum aliquod temporale dominium prædii dotalis, sed potius per acquisitionem prædii servientis stante matrimonio contingentem, non ea mente, ut fundus ille acquisitus deinde rursus a marito abiret, sed magis ut illum perpetuo sibi haberet, nisi nova causa alienationem suaderet. Hinc ergo vendens iterum illum fundum, quem animo sibi perpetuo habendi ab initio comparaverat, debuisset iterum speciali pacto id agere, ut servitus redintegraretur in fundi dotalis utilitatem, quod quia non fecerat, ideo, soluto matrimonio, dominioque revocabili prædii dotalis ab eo recedente, uxori tenebatur ad amissæ servitutis æstimationem, eo quod uxori salva esse debuisset, servitus prædio dotali tempore dotis datæ debita, quæ non per acquisitionem temporalis dominii prædii dotalis, sed potius per adoptionem dominii perpetui fundi servientis (quamvis simul etiam per occasionem temporarii dominii jam ante marito in dote quæsiti) extincta erat. Minus obstat *l. si quis ex fundo* 13. *ff. h. t.* cum illic prædium dominans & serviens non inceperit ad eundem pertinere, adeoque nec confusio contigerit, nec confusione servitus evanuerit, sed manserit debita tam parti prædii dominanti alienatæ, quam ei, quæ alienata non est: ac proinde, parti non alienatæ iterum postea accedat pars alienata, salvam habere debuit servitutem, nec partis recuperatæ nec partis servatæ intuitu unquam peremtam; si modo needum tempus usucapioni constitutum præterlapsum sit, quippe quo lapso, servitus periisse censeretur non utendo, quæ ratione partis non alienatæ ante praescriptionem salva erat, licet ob partem alienatam intermediam liberamque non potuerit dominus partis non alienatæ eandem exercere, utcunque tempus præscriptioni implendæ præfinitum needum præteriisset, arg. *l. & ideo* 5. *l.* 6. *ff. si servit. vind.* dissentit perperam Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n.* 7. 8. 9.

4. Interitu quoque dominantis aut servientis prædii servitus extinguitur; ut tamen ad interitum inundatio haud reducenda sit, quippe qua interveniente jus servitutis nihilominus salvum est, *l. si locus* 14. *ff. h. t.* arg. *l. si ager* 23. *l.* 24. *ff. quib. mod. ususf. amitt.* sed restituta re, quæ interierat, veluti repositis ædibus servientibus aut dominantibus, aut restituto per alluvionem fundo, qui prius edacitate fluminis aut impetu consumtus erat, reviviscere seu renovari servitutem, æquum est, *l. servitutes* 20. §. *si sublatum* 2. *l. si testamento* 31. *l. eum debere* 33. *ff. de servit. praed. urban.* Cæpolla *de servit. praed. urban. cap.* 28. *n.* 6. Donellus *comment. jur. civilis lib.* 11. *cap.* 18. *in fine*, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 41. *defin.* 19. Unde & ædium servientium dominus eas collapsas exustas aut depositas non potest aliter reponere, quam ut salva eodem modo esse possit servitus in repositis, uti ante fuit, *d. l.* 20. §. 2. *l.* 31. *ff. de servit. praed. urban.* Secus, quam in ususfructu obtinet, qui extinctus exustis vel collapsis ædibus, in domo reposita haud reviviscit, *l. quid tamen* 10. §. *pen. ff. quib. mod. ususfr. amitt. l. qui usufr.* 36. *ff. de usufr. et quemad. quis utat. d. l.* 20. §. 2. *ff. de servit. praed. urb.* eo quod pri-

petuæ natura sua sunt servitutes prædiales, non vero personales; ut proinde non mirum sit, reales facilius quam personales redintegrari, quo propria earum, quoad ejus fieri potest, natura conservetur: perpetuas autem natura sua prædiales esse servitutes utilitatis publicæ ratio effecit, *l. servitutes* 20. *§. si sublatum* 2. *ff. de serv. praed. urbanor.* Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 72. *num.* 16. *& seq.* Nec refert, quod inter interitum & restitutionem prædii tantum intercesserit temporis spatium, quantum sufficit ad amittendam servitutem; nam & tunc eam renovandam esse, definitum est, *d. l. si locus* 14. *ff. h. t.* arg. *l. si quis alia* 18. *§. ult. ff. h. t.* Cum enim dominus prædii dominantis non habuerit jus cogendi prædii servientis dominum, ut is ædes reponeret, quippe non ad aliquid faciendum, sed tantum ad patiendum ex communi servitutum natura devinctus, *l. quotiens* 15. *§.* 1. *ff. de servitutibus*, consequens est, servitutem, sine culpa aut negligentia ejus, cui debita, amissam, restituendam esse, arg. *l. & Atilicinus* 35. *ff. de servitut. praed. rusticor.* Plane, si prædii servientis dominus, debens forte altius non tollendi aut luminibus non officiendi servitutem, posuerit aliquid exstruxeritve, collapsis ædibus dominantibus, quod servituti obest ac tanto tempore positum exstructumve retinuerit, quantum præscriptioni sufficit; nec servitutis jus salvum amplius erit, nec, ut restituatur, jure desiderabitur, arg. *l. hac autem* 6. *ff. de servitut. praed. urban. d. l. si quis alia* 18. *§. ult. ff. h. t.* eoque nititur fundamento, quod, si remotior area servitutem debeat altius non tollendi, & mediæ areæ dominus servitutem non debens altius extulerit ædificia sua, dein & is, qui servitutem debet (quippe jam non officiens prædio dominanti, adeoque nec extruere impediendus) non aliter prædii dominantis domino servitutis vindicandæ potestas sit, quam si intra tempus præscriptioni statutum vicinus intermedius suum rursus ædificium deposuerit, *l. & ideo* 5. *l.* 6. *ff. servit. vind.* Nec recte dixeris, eum & hoc casu sine culpa sua servitutem amisisse, cum utique sibi imputare debeat, quod ita a remotiore vicino servitutem adeptus fuerit, ut intermedius eandem suo potuerit jure & arbitratu impedire. Quod si certo agrorum generi, veluti vineis, aut hortis, aut pomariis, servitus acquisita sit, sublatis vero vineis aut arboribus, vineæ horti pomaria esse desinant, & ita mutata sit facies soli, servitus tamen eo ipso non extinguitur, eo quod ad solum magis, quam ad superficiem pertinet: nisi in contrahenda servitute aliud actum sit, *l. certo generi* 13. *ff. de servit. praed. rustic.*

5. Remissio etiam servitutem perimit, eaque non expressa tantum, sed & tacita, quæ contingit, dum duæ servitutes simul debitæ sunt, quarum una principalis, altera accessoria est; in quantum principali remissa, accessoria quoque remissa censetur, arg. *l. Labeo* 17. *ff. h. t.* Uti & dum id prædii servientis domino conceditur, quo servitus necessario & naturaliter impeditur: veluti si permittatur, ædificium extrui in loco viæ assignato, vel altius ædificari per eum, qui debebat stillicidii jus, *l. si stillicidii* 8. *ff. h. t. l. pen. in fin. ff. commun. praed.* sive quis hæc expressa conventione permittat; sive sciens patiatur ea strui vel fieri, nec novum opus nunciet facienti; in quantum cogere deinceps vicinum nequit, ut suæ formæ res restituatur; sed præstatione ejus, quod interest, tenetur contentus esse, arg. *l. Sabinus* 28. *ff. communi dividundo l. qui bona fide* 13. *§. si quis juxta* 7. *ff. de damno infecto.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 37. *num.* 4. Leeuwen *cen. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *num.* 46. nisi hæc tantum precario concessa fuisse doceatur; quo casu adhuc salva servitus est, *d. l. penult. ff. commun. praed. l. si ades* 32. *ff. de servit. praed. urban.* Quod si duæ separatæ servitutes principales ab eodem prædio debeantur, unius remissio alteram non perimit, sive eidem prædio dominanti utraque sit debita, sive diversis: nam si altius non tollendi servitutem ædes meæ tum Titii tum Mævii ædibus debeant, nihil vetat, remissa per Titium servitute, meæ solo liberatum Titio, Mævio nihilominus servitutem debere, *d. l. si ades* 32. *ff. de servit. praed. urb.* Rursus, si jus mihi sit per fundum tuum eundi agendi & aquam ducendi; remissa per me aquæ ducendæ servitute, eundi tamen agendique potestas intacta est. Quæ adeo vera sunt, ut, si servitutis unius remissio per consequentiam quandam redderet inutilem alteram, quæ remissa non est, ne prior quidem ulterius evanuisse censeatur, quam quatenus liberum manet non remissæ exercitium. Finge & altius non tollendi & stillicidii servitutem impositam; deinde remissum altius tollendi jus; aut datum aquæductum per meum fundum, simulque, ne mihi liceat invito vicino in eo loco ædificare; postea mihi concessam esse licentiam ædificandi; sane nec altius tollendi nec ædificandi potestas aliter prædii servientis domino tributa videbitur, quam quatenus superesse potest stillicidii aut aquæ ducendæ jus, *l. si domus* 21. *ff. de servit. praed. urban. l. si mihi* 20. *ff. de servit. praed. rustic.*

6. In totum autem, non vero per partes, remissio servitutis facienda est; cum individuum sit servitutis jus, *l. unus ex sociis* 34. *ff. de servit. praed. rustic.* Verum id non impedit, quo minus, ut ad certam fundi partem constitui, ita & ad certam fundi partem remitti servitus possit, reliquis fundi ejusdem partibus salva futura, *l. ad certam* 6. *ff. de servitutibus.* Sed &, si inter plures divisus sit fundus dominans, nihil vetat, quo minus unus sociorum ratione suæ partis, quam jam pro diviso tenet, servitutem remittat; cum post divisionem tot separatæ credantur servitutes esse, quot sunt prædii dominantis partes factæ, arg. *l. nam satis* 6. *§.* 1. *fere in pr. ff. h. t.* Idemque est, si serviens fundus divisus sit, quocunque modo divisio instituta fuerit, sive per longitudinem viæ, sive per latitudinem ejus, sive viæ spatio definita sit sive non: etsi enim distinctiones tales usum inveniant, si de servitute per non usum amittenda quæstio sit, ut postea latius dicetur; tamen, si de remissione agatur, videntur supervacuæ. Nam si verum sit, ad certam fundi partem posse servitutem remitti, *d. l.* 6. *ff. de servitut.* remitti quoque poterit uni eorum, cui ex divisione pars certa prædii servientis quocunque modo ita obvenit, ut pars illa post divisionem adhuc remanserit servituti obnoxia, *d. l. nam satis* 6. *§.* 1. *vers. persunt tamen, ff. h. t.* Non tamen recte servitutem remittit unus dominorum prædii dominantis adhuc communis, invito socio: tum quia nihil facere potest in præjudicium socii ac rei communis; tum quia nec

unus ex sociis prædio communi servitutem acquirit; naturale vero est, unumquodque eo, quo ligatur, dissolvi modo, arg. *l. unus ex sociis* 34. *ff. de servit. præd. rust. l. proprium* 5. *in fine ff. commun. prædior.* junct. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris.* Nec proprietarius aut fructuarius eam, quæ prædio fructuario debita est, *l. sed si quid* 15. *§. ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Nec tutor servitutem prædio pupillari constitutam, *l. sed pecunia* 3. *§. pen. ff. de rebus eor. qui sub tut. vel cura.* Nec maritus eam, quæ prædio dotali debetur, *l. Julianus* 5 *ff. de fundo dotali*, nisi per indirectum, dum sibi emit prædium, serviens prædio sibi in dotem dato, iterumque stante matrimonio alienat servitute non renovata; quo tamen casu ad servitutis æstimationem maritus soluto matrimonio obligatus efficitur; sed &, si solvendo non sit, utiles uxori ad servitutem restaurandam actiones dantur, *l. si maritus fundum* 7. *pr. ff. de fundo dot.*

7. Non utendo insuper servitutes pereunt, decennio quidem inter præsentes, vicennio inter absentes, *l. pen. C. de servitut. & aqua*, etsi servitutis usus aliquo modo ex conventione interruptus sit, dum vel alternis tantum diebus, vel horis alternis, vel tantum de die, vel tantum de nocte aqua duci, iri, agi potest, *l. si sic* 7. *ff. h. t.* Plane, si alternis tantum annis, alternisve mensibus, vel sola hieme, vel singulis demum quinquenniis semel, servitutis exercitium permissum sit, duplicato demum tempore seu annis viginti servitutes evanescere dicendum est, nulla tunc inter præsentes aut absentes distinctione servata, arg. *d. l.* 7. *ff. h. t.* junct. *l. ul. C. de servitut. & aqua.* Cum enim jure veteri tempus usucapiendi liberationem a servitute biennium esset, sive inter præsentes sive inter absentes, & in servitutibus hisce, quas DD. appellant *discontinuas* duplicatum tempus esset præfinitum, *d. l.* 7. Justiniano placuit, jure etiam novo simpliciter duplicare auctum decennii tempus, & ita vicennium præscribere, *d. l. ult.* In qua lege dum vicennio absque distinctione dicitur amitti servitus, quæ singulis quinquenniis uno tantum die transitum per agrum alterius permittebat (quæque propterea secundum juris veteris dispositionem summæ difficultati erat involuta, quia ne intra duplicatum quidem biennii tempus redibat servitutis hujus exercendæ vicissitudo), consequens est, uti vicennio quoque, non vero duplicato inter absentes vicennio, præscriptio fiat illarum servitutum discontinuarum, quarum usus vicissitudinarius alternis annis mensibusve, adeoque frequentius recurrit. Ceterum etsi nonnullis placuerit pragmaticis, etiamnum hodie illud decennii aut vicennii tempus ad libertatis præscriptionem sufficere, nec id ratione careat; cum & de libertate reducenda, adeoque liberatione agatur, cui favendum; & læsio minor per servitutis amissionem inferatur: Responsa JCto. Holl. *part.* 1. *consil.* 199. *post med.* quia tamen ad immobilium præscriptionem ex hodierno jure id spatium non sufficit, sed triente sæculi, aut secundum alios, triginta annis opus est; & immobilium exemplo servitutes præscriptione acquiri ac amitti obtinuit, *l. si aquam* 2. *l. pen. C. de servit. & aqua, l. ult. in fine Cod. de præscript. longi tem. decem vel vig. ann.* junct. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*, magis est, ut in servitutibus quoque trientis sæculi decursum exigamus, Hugo Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 37. *numi* 9. *& seqq.* Leeuwen *cens. forens. d. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 14. *n. ult.*

8. An vero in hac liberatione a servitute, quæ per præscriptionem contingit, tempora prædecessoris, veluti venditoris conjungi debeant cum temporibus successoris, non adeo expeditum est: etenim integro statuto tempore eundem præscribentem in possessione libertatis perseverare debuisse, Julianus auctor est, *l. si ædes* 32. *§.* 1. *ff. de servitut. præd. urban.* Contra, tempora prædecessoris & successoris conjungi, & juncta ad amissionem sufficere, Paulus tradidit, *l. si quis alia* 18. *§.* 1. *ff. h. t.* Cujaccius ut difficultatem tollat *comment. ad l.* 4. *§. si viam* 27. *ff. de usurpat. & usucap.* & cum eo Wissenbachius *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 20. *num.* 27. inter urbanas & rusticas servitutes hac in parte differentiam constituit; quasi in rusticis amittendis tempus, quo venditor usus non est, emtori computetur, *d. l.* 18. *§.* 1. *ff. h. t.* in urbanis tempus, quo venditor possedit ædes, cum interpositione facti, quod servituti adversatur, emtori non imputari in usucapienda ædium libertate, *d. l.* 32. *§.* 1. *ff. de servit. præd. urb.* Sed magis est, ut ex temporis diversitate conciliatio petatur; cum enim illa possessionis continuatio inter venditorem & emtorem, legantem & legatarium, similesque, demum rescripto Severi & Antonini inducta fuerit, non admissa, *§. pen. Instit. de usucapionibus*, necesse fuit, Julianum, qui auctor est *d. l.* 32. & ante Severum atque Antoninum sub Hadriano floruit, ita respondere, convenientur juri tunc recepto; nec ponere potuisse temporis continuationem, inter venditores emptoresque postea demum Imperatorum posteriorum constitutione sancitam. Paulum ex adverso Severo demum & Antonino Caracalla imperante celebrem, continuationem possessionis per rescriptum principale jam ante emissum sibique notum, admisisse, sicut & admisit in *l. id tempus* 14. *ff. de usurp. & usucap.*

9. Videtur autem non usus esse servitute, qui eam quidem exercuit, sed non ut servitutem, dum per constitutam servitutem viam inviam longo tempore, tanquam per publicam aut vicinalem, *l. ult. ff. h. t. l. ult. ff. de itinere act. priv.* uti &, qui per constitutum spatium alio utitur tempore, quam quo uti concessum erat; veluti de die, cum deberet de nocte uti: amittit enim nocturnam servitutem, qua usus non est, quæque diversa est ab aquæ diurnæ servitute; nec tamen eam, qua longo tempore usus est, acquirit, nisi omnia usucapionis requisita concurrant, *l. si communem* 16. *§.* 1. *l. si quis alia* 18. *ff. h. t. l. si prius* 17. *ff. de aqua & aqua pluv. arcendæ, l. si diurnarum* 2. *ff. de aqua quot. & æstiv.* Nec contrarium est in *l. cum constet* 5. *§.* 1. *ff. de aqua quot. & æstiva*, cum appareat, illic utrumque statis aquam duxisse temporibus, neutrum quidem per se, sed alterum pro altero, permutatis ex conventione ducendi temporibus. Generaliter enim in servitutibus necesse non est, ut ipse prædii dominantis dominus eandem exerceat; sed & alium quemcunque ea uti sufficit. Qua ratione per socium, per fructuarium, per bonæ fidei possessorem, per prædonem, per colonum, per mercenarium, per medicum, per procuratorem, per negotiorum gestorem, per amicum, quive ad visitandum dominum venit, servi-

tutes retineri obtinuit, *l. servitus* 5. *l. qui fundum* 12. *l. usu retinetur* 20. *& ll. seqq. ff. h. t. l.* 1. *§. is, cujus* 7. *l. inde* 3. §. 4. & 7. *ff. de itinere actuque priv.* si modo hi omnes prædii nomine, & quasi debita servitute, usi sint, *d. l.* 5. junct. *l.* 6. *& l. denique* 22. *ff. h. t.* Imo satis erit, quod aqua in aquæductu per canalem seu rivum sponte defluxerit, *l. qui fundum* 12. *ff. h. t.*

10. Ceterum si divisus sit regionibus fundus, non item usque circa servitutis amissionem non utendo contingentem servatur. Aut enim dominans prædium plures inter socios divisum est, aut serviens. Si dominans, perinde est, atque si ab initio duobus fundis separatis servitus constituta esset, & sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi, non utendo deperdit, nec amplius in ea re causæ eorum fundorum miscentur, *l. nam satis* 6. §. *in pr. ff. h. t.* Sin ita divisus sit fundus serviens; videndum, utrum certus ac finitus viæ locus sit, an vero ita constitutum sit viæ jus, ut per quamlibet fundi partem ire agere liceat, indeque vel subinde mutare. Si finitus viæ locus sit, tunc si per longitudinem viæ fundus divisus est, eadem omnia servanda sunt, quæ, si initio constituendæ servitutis hic duo fundi fuissent, *d. l.* 6. *§.* 1. *ante med.* adeoque vel per unum eundo fundum, tota servitus retinetur, etsi per alterum itum non sit, *l. una est via* 18. *ff. de servit. præd. rustic.* Si vero per latitudinem viæ divisus sit fundus liberabitur, quoniam unum, atque eo modo individuum, viæ jus est, *d. l.* 6. *§.* 1. *circa med.* Sane si sic fundus divisus sit per latitudinem, ut totum assignatum viæ spatium in una tantum parte fundi divisi existat, non dubium, quin illa sola pars in posterum servire debeat, pars altera omnino libera sit penes eum, cui ex divisione obvenit, ac tanquam separatus fundus cœpit haberi, cum semel determinato ad serviendum loco, ceteræ partes agri liberæ sint, *l. certo* 13. §. *si totus* 1. *ff. de servit. præd. rustic.* Quod si finitus viæ locus non sit, sed ita constitutum viæ jus, *ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, & subinde mutare*, tunc, fundo serviente diviso, perinde observabitur, atque si ab initio duobus fundis duæ separatæ servitutes impositæ fuissent, ut altera retineri possit, altera non utendo deperire; dum prædii dominantis dominus post prædii ita servientis divisionem jus habens eundi agendi per utramlibet voluerit partem divisam jam ut totum consideratam, per unam tantum partem statuto tempore ivit egitque *d. l.* 6. §. 1. *post med. ff. h. t.* Nec adversatur, quod ita per divisionem prædii servientis deterior redditur conditio domini fundi dominantis, qui per unam tantum eundo agendo fundi non divisi partem, in altera quoque parte fundi retinuisset viæ jus; quod nunc ob divisionem non utendo amittit. Etenim pensatur hoc quale quale incommodum commodo alio majore, quod is, cui via sic debita est, post divisionem per duas pariter vias ire agere possit, hisque octonos in porrectum, & senos denos in anfractum habere pedes, *d. l.* 6. *§. in fine ff. h. t.*

11. Sunt tamen casus, quibus servitutes non utendo non amittuntur, puta, si necdum servitus constituta sit; aquæductu forte promisso, sed rivo necdum facto, aqua aut nondum inventa, *l. si partem* 19. *ff. h. t.* aut via duobus commune prædium habentibus legata, quamdiu de loco viæ legatarius uterque non consensit, *l. inter* 28. *ff. de servit. præd. rustic.* Costalius *ad d. l.* 19. *ff. h. t.* Capolla *de servit. præd. urb. cap.* 21. *num.* 1. Ad hæc non perit servitus non utendo, si iter ad sepulchrum competat; cum ejus utendi occasio non nisi mortalitate, cujus incertum tempus, superveniente existat, *l. iter* 4. *h. t.* aut si prædium dominans in totum ad pupillum pertineat, vel pupillo & majorenni commune sit, *l. si communem* 10. *ff. h. t.* In urbanis quoque servitutibus præscriptione amittendis solum non usum non sufficere, sed factum servituti contrarium ad usucapiendam libertatem concurrere debere, & in eo esse inter urbanas ac rusticas dissimilitudinem, a Gajo traditum est. Adeoque si ædes tuæ meis ædibus serviant, ne altius tollatur, neve luminibus officiatur, & ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem, *l. hac autem* 6. *ff. de serv. praed. urban. l. sequitur* 4. *§. ult. ff. de usurpat. & usucap.* sic ut ne arboris quidem plantatio ad libertatis præscriptionem hoc casu sufficiat, *l. quod autem* 7. *ff. de servit. praed. urb.* Similiter, cum haberes jus tigni immittendi, si vicinus statuto tempore ædificatum non habuerit, ideoque nec tu immittere potueris, servitutem non amittes, quia non potest videri vicinus usucepisse libertatem ædium suarum, qui jus tuum nullo facto contrario interpellavit, *l. si quis alia* 18. *§. ult. ff. h. t.* Adde Cujacium *ad l.* 4. *§. si viam* 27. *ff. de usucap.* Ant. Fabrum *rational. ad d. l.* 18. *§. ult.* Besoldum *delib. juris ad Pand. lib.* 8. *quaest.* 18. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 199. *in med.* Quorum ea videtur esse diversitatis ratio, quod nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil tam* 35. *ff. de reg. jur.* ac proinde, cum urbanæ servitutes per præscriptionem acquirantur non solo usu, sed concurrente facto, puta, immissione tignorum, ædificatione in alieno, oneris impositione, protectione supra alienum fundum, contrarium quoque factum cum non usu concurrere ad amissionem per præscriptionem, justum erat. At cum rusticæ servitutes solo possent usu acquiri, sine ullo facto alio præter usum eundi, agendi, ducendi, &c. *l. si quis* 10. *ff. si servit. vind.* non mirum, si & solo non usu sine facti contrarii interventu exstinguantur; porro ex hac inter urbanas & rusticas servitutes differentia (ut hoc obiter addam) descendit & altera, quod ad urbanarum quidem amissionem jure præscriptionis contingentem requiratur præscribentis bona fides, eo quod & factum præscribentis desideratur: contra in rusticis præscriptionem libertatis non impediat, si prædii servientis dominus in mala fide sit, seu sciat suum prædium servire; cum satis sit ad amissionem, nullum ea servitute statuto tempore usum esse, *l. sequitur* 4. *§. si viam* 27. *ff. de usurpat. & usucap.* Rerum scilicet corporalium possessionem habere, retinere possum, licet non utar iis: servitutum vera possessio non est: & quasi possessio in servitutibus rusticis præcipue in usu consistit; quo usu deficiente ipsam quoque deficere quasi possessionem necesse est: & ideo, si viam habeam per tuum fundum, & tu me ab ea expuleris, per longum tempus non utendo, amittam viam, quia

nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est, mero jure detruditur, *d. l.* Adde Rævardum *in Triboniano, seu de veris usucapionum differentiis, fere in pr. pag. mihi* 667. 668.

12. Si quis per longum tempus itinere actu via latiore vel angustiore usus sit, aut alio vehiculi genere, quam quo uti debebat, aut amplius oneris, quam licuit, vexerit, aut majorem minoremve duxerit aquæ copiam, quam ab initio constitutum fuerat, non ideo servitutem amittit, quia hic magis plus, quam aliud egisse censetur; sed nec plus, quam pactum est, jure servitutis retinere aut in posterum facere ei permittitur, *l. is, cui via* 11. *ff. b. t. l.* 1. *§. Trebatius* 18. *ff. de aqua quot. & aestiva*, non magis, quam majorem ducere aquæ copiam, si aquæductus pluribus prædiis per eundem rivum concessus fuerit, & unus eorum jus suum non utendo amisisse proponatur, *l. aquam* 16. *ff. b. t.* Sed &, si iter & actum habens, longo tempore tantum iverit, actum non periisse, responsum est, *l. qui iter* 2. *ff. b. t.* Idemque est, si per plures fundos sibi contiguos quis habuerit eundi jus, & tempore statuto per unum tantum ierit; nam & per reliquos eundi jus ei servatur, *l. una est via* 18. *ff. de servit. præd. rustic.* Cui simile est, si quis non toto itinere usus sit, sed parte tantum, vel non ad omnes fundi partes, ad quas ducere poterat, aquam duxerit: plenam enim servitutem, uti concessa est, nihilominus salvam habet, *l. si stillicidii* 8. *§.* 1. *l.* 9. *b. t.*

13. Amplius, resoluto jure concedentis servitutem, jus quoque servitutis resolvi necesse est; veluti si heres rei sub conditione legatæ, eadem pendente, servitutem imposuerit: res enim libera legatario acquiretur, existente deinde conditione, *l. si fundum* 105. *ff. de condit. & demonstrat. l. is, cui* 11. *§.* 1. *ff. b. t.* Nec aliud dicendum, si vasallus prædium feudale reddiderit servituti obnoxium, postea vero feudum domino directo aperiatur, *lib.* 2. *feud. tit.* 8. *vers. rei.*

14. Denique secundum hodiernos Hollandiæ & aliarum regionum mores servitutem impositam evanescére receptum est, quoties prædium serviens præmissis publicis edictis, citatis omnibus, qui jus aliquod in eo sibi competere arbitrantur, reliquisque intervenientibus decreti publici solemnibus, alienatum traditumque fuerit, nec intercesserit, ac jus suum servitutis mature manifestaverit ita solemniter admonitus dominus prædii dominantis, Claude le Brun *Proces civil. lib.* 1. *§.* 90. *n.* 9. arg. *l. si eo tempore* 6. *C. de remiss. pign.* nisi ad oculum servitus pateat, veluti stillicidii, cloacæ, aut similis; vel ita manifesto in possessione servitutis sit is, cui ea debita est, ut executor vel curator bonorum etiam post sequestrationem passus sit, illum ea servitute uti, Claude le Brun *Proces civil. lib.* 1. *part.* 90. *n.* 9. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *numer.* 48. Responsa JCtor. Holland. *part.* 2. *consil.* 6. Adde Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 11. *art.* 19. Imbertum *Instit. forens. lib.* 1. *cap.* 58. *lit. d.* Quæ sententia minus dubia est illis in locis, in quibus non aliter servitutes prædiales fundum servientem afficiunt jure reali, quam si coram lege loci impositæ sint; uti id de Hollandorum usu testatur Groenewegen ad *tit. Inst. de servit. prædior.* & *in notis ad Hug. Grotium manuduct. ad Iurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *num.* 1.

LIBER NONUS.

TITULUS I.

Si Quadrupes Pauperiem Fecisse Dicatur.

SUMMARIA.

1. *Quæ actiones & pœnæ obtineant, jure Romano vel hodierno, si animalia in alieno, vel publico depascant sive immissa ab alio, sive nullo immittente? & an actio de pastu etiam contineat lucrum speratum?*
2. *Quid juris si meum animal depascat glandes alienas in meo cadentes? vel si horreo alieno applicet, ibique depascat?*
3. *An animal alienum in meo depascens includere possim pro damno? & quid moribus?*
4. *Quo sensu equus calcitrosus, & bos cornu petere solitus, nocere dicatur contra naturam sui generis? quando directa, quando utili actioni de pauperie etiam ex facto animalis feri locus sit. Qualis actio detur, si alius instigaverit?*
5. *Recensentur species factorum nobiliores, quibus actio de pauperie locum habet, in arietibus & bobus inter se commissis, equis, mulis sine causa calce percutientibus, vel aliud animal concitantibus: quod tertio damnum dat, vel cessim euntibus; si plaustro recedente homo obtritus sit, & similibus.*
6. *Quid juris, si canis sponte, vel alieno instigatu, aut culpa nocuerit, ligatus aut solutus?*
7. *Quibus, & contra quos tum directa tum utilis de pauperie actio detur?*
8. *Ad quid tendant? an & deformitatis similiumque habenda ratio, si homini libero nocitum sit, jure civili, ac moribus; & an adhuc hodie supersit facultas noxæ dandi animal?*

1. Damnum vel ab animalibus dari potest, vel ab hominibus, iisque vel liberis vel servis. Quod ab animalibus datur, pauperies dicitur, & definitur, damnum sine injuria facientis datum; nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret, *princ. Instit. b. t. l.* 1. *§. ait prætor* 3. *ff. b. t. Nulla est injuria*, inquit Seneca 2. *de ira cap.* 26. *nisi a consilio profecta: nocere nobis animalia possunt, ut ferrum, ut lapis, injuriam quidem facere non possunt.* Noceat vero animal vel secundum, vel contra natu-

ram sui generis. Secundum naturam, cum in alieno depascit; propter quod variæ pro circumstantiarum varietate actiones comparatæ sunt. Si enim id evenerit alio immittente, sive domino animalis sive extraneo, actione ex lege Aquilia utili conveniri potest, qui immisit, cum damnum tale immittentis injuria illatum sit, & de hoc casu intelligendum, quod in *l. ult. C. de lege Aquilia* rescriptum fuit, de his, quæ per injuriam depasta contendebantur, ex sententia legis Aquiliæ agi posse. Sed & aliquando criminale ob immissionem judicium est, puta, si militum animalia in pascua publica immittantur; in quantum immittentes puniuntur pœna duodecim librarum auri fisco applicanda, *l. insignis 2. C. de pascuis publicis*. Quæ tamen pœna contra alios non militantes non obtinet, sed animalis immissi publicationem sufficere visum fuit, *l. 1. C. de fundis & saltibus rei dominicæ*. Quod modo & nostris moribus, si pecora oberrent ac pascantur in vallis ac mœnibus munimentorum, castellorum, urbiumve præsidiariarum, animalium pascentium publicatio probata est, imposita insuper reparatione damni, munimentis per animalia illati: qua de re varia extant decreta *vol. 2. placit. Holl. pag. 463. in fine & pag.* 465. Passim quoque mulctæ, sed leviores, inductæ contra eos, quorum animalia in viis ruralibus tum publicis tum vicinalibus vagantur & depascunt, quo tamen casu non aliter mulctandus videtur animalium dominus, quam si aliqua ipsius negligentia appareat: nam si probabile sit, facto tertii, licet incerti, ea fuisse ex pascuis aut stabulis privatis in publicam emissa viam, porta reserata, sæpimento aperto, similibusque modis, vix est, ut mulctæ locus fiat. Responsa JCtor. Holl. *part. 3. vol. 2. consil.* 20. Sande *decis. Frisic. lib. 5. tit. 7. defin.* 6. Quod si, nullo immittente, animal alterius in alieno depascat, locus est actioni civili de pastu pecorum ex lege 12. tabularum, quæ domino agri competit adversus dominum animalis depascentis, *l. qui servandarum 14. §. ult. ff. de præscript. verbis*, ad damni dati & sperati lucri interversi reparationem, adeoque quanti valuisset, frumentum si maturuisset, quod nunc in herba adhuc & viridi stans depastum est: si enim homine libero mutilato speratarum quoque operarum, quibus læsus in posterum cariturus est, æstimatio præstanda sit, *l. ex hac lege 3. in fine ff. h. t.* atque insuper ei, quod interest, non modo insit, quod alicui abest, sed & quantum lucrari potuit, *l. si commissa 13. ff. ratam rem haberi*, causa nulla est, quo minus & hic lucri, jam spe devorati, sed impediti, ratio in condemnando habeatur, nisi secundum ordinariam actionum noxalium naturam dominus noxæ dando liberari malit: id enim in pastu quoque locum habere, ex Paulo constat, *recept. sentent. lib. 1. tit.* 15.

2. Ut autem huic actioni locus sit, necesse est, ut animal in alieno depascat; unde, si glans ex arbore mea in fundum tuum cadat, tuque eam immisso pecore depascas, non hac de pastu actione, sed in factum agendum erit, *l. 14. §. ult. ff. de præscriptis verb.* Si tamen in alieno quidem agro animal non depascat, sed alieno sese applicans horreo aut acervo, fructus a solo jam separatos absumat, non dubium, quin utilis saltem de pastu actio admittenda sit; cum utique verum sit, in alieno depastum esse, quod ipsum sufficere videtur, ut de pastu agi possit, arg. *d. l. 14. §. ult.*

3. Ceterum deprehensum animal alienum in suo depascens agri dominus non jure includit, donec damnum reparatum fuerit; sed tantum expellere ei liberum est, idque sine atrocitate, quo modo, si suum deprehendisset, *l. Quintus Mucius 39. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* Etsi enim ratis tuæ, vi fluminis in agrum meum delatæ, non aliter tibi potestatem facere tenear, quam si tu damnum mihi datum resarcieris, aut saltem præstiteris de damno præterito reparando cautionem, *l. ratis 8. ff. de incend. ruin. naufrag. l. hoc amplius 9. §. Neratius 3. ff. de damno infect.* id tamen ad animalia in alieno pascentia haud visum fuit porrigendum, eo quod ex retentione rerum inanimatarum, quæ sine alitura asservantur, non adeo facile rebus ipsis damnum imminet, atque quidem id metuendum est in animalibus, alimonia indigentibus ac cura diligentiore. Sed moribus nostris id, quod de nave dictum, etiam hactenus in animalibus admitti placuit, ut domino agri vel colono, cujus frugibus ex pastu nocitum, liceat pecus alienum in suo deprehensum publico seu dominico stabulo includere, donec damni depascendo dati æstimatio soluta fuerit, aut animal ipsum noxæ datum, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr. 3. cap. 38. num.* 14. Groenewegen ad *d. l. 39. §. 1. ff. ad leg. Aquil.* & ad *l. 1. C. de fundis & saltibus rei dominicæ*, Parens p. mem. Paulus Voet ad *§. 1. Inst. h. t. nu.* 4. Leeuwen *cens. for. part. 1. libr. 5. cap. 31. nu.* 4. Adde Carpzovium *defin. for. part. 2. const. 27. defin.* 1. 2. Pekium *de jure sistendi cap. 2. num.* 2. Plane privato includere stabulo, aut alia, quam dictum ratione privatim retinere pecora ob pastum, nec hodie permissum est: ac remansere in reliquis etiamnum hodie, quæ jure Romano de pastu cauta sunt. Confer Hug. Grotium *d. lib. 3. cap. 33. n.* 13. 14.

4. Contra naturam nocere dicuntur animalia, quoties mansueta feritatem assumunt; dum equus calce percutit, bos cornu petit, etsi calcitrosus equus sit, ac bos cornu petere solitus. Cum enim bos & equus una cum aliis pecudum appellatione venientibus gregatim sub imperio pastoris pasci soleat, nec nocere, quatenus mansuetis quadrupedibus accensetur, recte dicitur contra sui generis naturam damnum dare, quando feritate commota calce vel cornu ferit, *pr. Instit. h. t. l. 1. itaque §. 4. ff. h. t.* Hac ergo ratione si quadrupes nocuerit, siquidem concitante eo ipso, qui læsus est, nec in dominum nec in animalis custodem ulla actio est, cum pro damno habendum non sit, quod sua quisque culpa sensit, Paulus *recept. sent. libr. 1. tit. 15. in fine*, arg. *l. quod quis ex culpa* 203, *ff. de reg. juris*, *l. hæc actio 2. §. 1. ff. h. t.* Si alio instigante, vel causa dante, nulla contra animalis dominum actio de pauperie, sed utilis ex lege Aquilia datur contra instigantem, aut causam damno præbentem, veluti, si plus justo onerata quadrupes onus in aliquem everterit, aliisque modis, de quibus latius *tit. seqq. de lege Aquilia*. Vide *l. 1. §. 4. 5. 6. 7. 8. ff. h. t.* Si vero sponte commota quadrupes læserit, actio de pauperie est, eaque vel directa datur, cum quadrupes quæ gregatim pascitur, damnum intulit; utilis, cum læsit animal natura quidem ferum, sed cicuratum, aut etiam adhuc ferum, sed quod ab aliquo tanquam domino possidetur, quod puto velle Jurisconsultum, cum in *l. hæc actio 4. ff. h. t.* monet, hanc actionem utilem competere, etsi non quadrupes, sed

aliud animal pauperiem fecit. Quod & evincitur argumento ducto a contrario sensu ex *pr. Inst. h. t.* & *l. 1. §. in bestiis* 10. *ff. h. t.* Si enim tunc, cum ursus fugit, & sic nocuit, non possit quondam dominus esse, ubi fera evasit; usque adeo ut post evasionem occidenti seu occupanti cedet, *ad ff.* consequens est, ut adhuc possidens feram, damnum dantem, jure conveniatur. Denique etiam id aperte satis declarat Imp. *in §. ult. Inst. h. t.* dum ait, eum, qui canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habuit qua vulgo iter fit, non modo ex ædilitio edicto, sed & de pauperie actione teneri. Quod ergo in lege 12. tabularum simpliciter *quadrupedis* mentio facta est, *l. 1. pr. ff. h. t.* & hæc actio ad *omnes* dicitur *quadrupedes* pertinere, *d. l. 1. §. 2. ff. h. t.* id ad quadrupedes eas, quæ gregatim pascuntur, restringendum esse, vel inde manifestum est, quod Ulpianus in *d. l. 1. §. in bestiis* 10. subjungit, *in bestiis*, veluti ursis, *propter naturalem*, id est, genitalem *feritatem*, huic actioni locum non esse. Directæ scilicet ex verbis legis 12. tabularum descendenti locus in hisce non est; utilem tamen ex interpretatione prudentium admissam fuisse, non negatur; & alibi a Paulo evidenter proponitur in *d. l. 4. ff. h. t.*

5. Sed missis hisce nimiis aliquando Romani juris circa directas & utiles actiones scrupulositatibus, exempla præcipua propius consideremus. Agasoni, cum equum in tabernam duceret, mulamque equus olfaceret, mula vero calce rejiciens crus Agasoni fregisset, actionem hanc de pauperie contra dominum mulæ dandam esse, Alfenus respondit *l. ult. ff. h. t.* Eidem actioni Ulpianus locum fecit, si equum permulserit quis, vel palpatus sit, & is eum calce percusserit: neque enim palpatio illa, concitatio est, quæ hanc faceret cessare actionem, *l. 1. §. & generaliter* 7 *ff. h. t.* Sed & si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, dum forte tertius, equum tuum calcitrosum esse sciens, me dolo induxit, ut accedam, neque tamen concitavit, de pauperie cum domino recte agitur: etsi de dolo quoque persuadens conveniri possit, dominus solvendo non sit, nec animal a domino noxæ datum: facta enim noxæ deditione, ne in id quidem, quod excedit, doli actio est, *l. & eleganter* 7. *§. si quadrupes* 6. *ff. de dolo.* Similiter, cum arietes vel boves commisissent, & alter alterum occidit, si quidem non constet, uter aggressionem fecerit, actio nulla est, arg. *l. scientiam* 45. *§. cum stramenta* 3. *ff. ad legem Aquil.* Sin id appareat, & is perierit, qui non provocaverat, actionem competere traditum est: nam si is, qui aggressus est, interemtus sit, nulla in animalis occidentis dominum actio danda; cum & in brutis quædam juris similitudo sit, atque adeo moderaminis inculpatæ tutelæ simulacrum probatum, *l. 1. §. cum arietes* 11. *ff. h. t.* Quin imo si quadrupes alia aliam sic concitaverit, ut concitata damnum daret, cum domino ejus, quæ concitavit, non ejus, quæ corpore nocuit, agendum est, adeoque cum bovis domino, si equum a bove cornu petitum, ac repercutientem, porcum tertii peremisse proponas, *l. 1. §. & si alia* 8. *ff. h. t.* arg. *l. si ex plagis* 52. *§. in olivo* 2. *in fine ff. ad l. Aq.* Non enim necesse est, ut corpore suo pauperiem quadrupedes fecerit, sed vel per aliam rem, quam tetigit quadrupes, damnum datum esse satis est; nam & si bos plaustro obtrivit aliquem, aut alia re dejecta, si jumenta sine causa turbata cessim eant, aut semet ipsa eripiant, & feratur equis auriga, nec currus audiat habenas, hæc actio locum habet, *d. l. 1. §. sive autem* 9. *ff. h. t. d. l. si ex plagis* 52. *§. in olivo* 2. *ff. ad leg. Aquil.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 38. num. 15.* quo casu etiam, si homines læsi sint, currus cum equis fisco cedit, hodierno jure, Leeuwen *censor. for. part. 1. lib. 5. cap. 31. n. 9.* Sane, si quadrupedes nulla feritate commotæ, sed casu damnum dederint, dum forte equis ac mulis plaustrum in olivo ducentibus ac collapsis, plaustrum cessim ire cœpit, ac retro rediens adstantem contrivit, nec in dominum, nec in alium actio danda est, quoties nulla cujusquam culpa concurrit, *d. l. 52. §. 2. ff. ad leg. Aquil.*

6. Canem quod attinet (de cujus damno lege *Fesulania*, aut forte rectius, *Colonia* cautum fuisse testatur Paulus *recept. sent. lib. 1. tit. 15.* Plutarchus *in vita Solonis*) si quidem ferocior in taberna habitus fuerit solutus, & morsu læserit ingredientem, agi posse canis nomine quidam putant; at si ligatus fuerit, contra esse, *l. hac actio* 2. *§. 1. ff. h. t.* Adde Paulum *d. tit.* 15. nec male, cum oculis quisquis satis admoneatur, ut canem caveat, tanquam mordacem. Sed & si canis, cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit, & alicui damnum dederit, vel oves, gallinas, anseres alienas occiderit, si contineri firmius ab alio potuerit, vel per eum locum duci non debuerit, cessante hac actione de pauperie, contra ducentem utili Aquiliæ locus est, *l. 1. §. sed & si* 5. *ff. h. t. l. item Mela* 11. *ff. item cum eo* 5. *ff. ad leg. Aquil.* si vero a nullo ductus, instigatu alieno nocuerit, in factum actione instigans tenetur, *d. l. 1. §. 6. ff. h. t. d. l. 11. §. 5. ff. ad leg. Aquil.* quibus in casibus nec noxæ deditione liberatio contingit, secundum ordinariam actionis, ob culpam ex lege Aquilia descendentis, naturam: notante id etiam Grotio *d. lib. 3. cap. 38. num. 16.* Quod si, neque ducentis, neque instigantis ulla culpa sit, utili actioni de pauperie, cum actione in factum ex ædilitio edicto concurrenti, contra dominum locum fieri, jam ante probatum est ex *§. ult. in fine Instit. h. t.*

7. Utrique tum directæ tum utili de pauperie actioni communia sunt, quod non soli domino rei, quæ læsa est, dentur, sed & ei, cujus interest, & heredibus ejus, *l. 1. §. ult. l. 2. ff. h. t.* contra illum, qui tempore actionis institutæ animal jure dominii possidet, licet damni dati tempore dominus non fuerit; cum noxa caput sequatur, *l. 1. §. & cum etiam* 12. *ff. h. t.* uti & adversus heredes, non qua successores, sed qua dominos animalis, *d. l. 1. §. ult. ff. h. t.* Quin etiam contra eos, qui liti sese obtulerunt quasi possiderent, *l. si quis in jure* 8. *l. 8. ff. de interrog. in jure faciend.* aut dolo malo possidere desierunt; quo casu in arbitrio læsi est, utrum pristinum, an novum dominum convenire velit arg. *l. de illo* 24. *l.* 25. 26. *ff. de noxal. action.* contra bonæ fidei possessores eo modo, quo & ceteræ noxales actiones, *de quo in seqq. t.* 4. Si plures sint domini, contra singulos in solidum; ut tamen unius præstatione ceteri liberentur, *l. 1. §. noxa autem* 14. *ff. h. t.* Idemque est, si plures unius domini heredes sint, quippe quos non qua successores, sed eo jure, quo domini sunt, conveniendos esse, dictum est arg.

l. 1. *in fine ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 13.

8. Tendunt hæ actiones ad id, ut damnum reparetur, aut animal noxæ detur, *l.* 1. §. *cum arie.es* 11. *& seqq. ff. h. t. pr. Instit. h. t.* exceptis quibusdam casibus, quibus cessat noxæ dedendi facultas, *t.* 4. recensendis. Si homini libero nocitum sit, non dubium, quin hac actione recte agatur ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit ac posterum cariturus est, inutilis factus *l. ex hac lege* 3. *ff. h. t.* quod tamen Frisiis displicuisse notat Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *t.* 7. *defin.* 5. *in fine*. Deformitatis, cicatricum, doloris rationem haberi leges Romanæ non patiuntur; cum liberum corpus æstimationem non recipiat, *d. l.* 3. *l.* 1. §. *sed cum homo* 5. *l. ult. ff. de his, qui dejecer. vel effud.* Sed hodiernis moribus etiam herum fieri ac præstari æstimationem obtinuit, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 34. *nu.* 5. 6. Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. h. t. num.* 4. Adde *t. seqq. de lege Aquilia*, manente in reliquis apud nos intacta Romani juris definitione, etiam quantum ad ipsam noxæ dandi licentiam, & subsequentem inde liberationem, ut supra dictum.

TITULUS II.

Ad Legem Aquiliam.

SUMMARIA.

1. *Auctor legis Aquiliæ non fuit Gallus Aquilius.*
2. *Quibus legibus anterioribus per legem Aquiliam derogatum fuerit, quibus non?*
3. *Lege Aquilia non fuit coercitum damnum, quod tantum omittendo datum fuit; & adstruitur distinctio inter culpam commissionis & omissionis.*
4. *Quid primo capite legis Aquiliæ cautum fuerit?*
5. *Capite secundo probabiliter actum fuisse de moribus servi corruptis, arguitur; nec ejus disquisitionem inutilem esse, imo caput secundum non in universum fuisse sublatum, si quis ex eo experiri vellet.*
6. *Quid capite tertio? non fuisse habitam in hac lege rationem æstimationis ex affectione, sed communi opinione, ac præter æstimationem venire etiam id, quod interest, modo certum sit, non incertum. Lis quoque ex inficiatione crescit in duplum; quod tamen in casibus quibusdam fallit.*
7. *Qui egit ex capite tertio, potest adhuc agere ex capite primo, si quadrupes deinceps ex eo vulnere moriatur; sed imputatur condemnatio prima in secundam; secus, si ex alio vulnere moreretur.*
8. *Si plures simul damnum dederint, singuli in solidum tenentur, nec unius præstatione cæteri liberantur.*
9. *Si prior vulneraverit vulnere certo certius lethali, alius dein alio vulnere occiderit, uterque de occiso tenetur: secus, si prius vulnus non fuerit certo certius lethale.*
10. *Directa legis Aquiliæ actio dominis datur, licet temporale habeant dominium, & res jam alienata vel extincta sit. Utilis etiam fructuario, bonæ fidei possessori, creditori hypothecario. An & commodatario vel fulloni ex jure Romano, & moribus?*
11. *Utilis actio datur etiam ob hominem liberum, vulneratum, vel occisum; qui tunc agere possint, & ad quid, tum jure civili, tum hodierno? Et quid, si concurrant, uxor, parentes, liberi ejus qui occisus?*
12. *Dantur hæ actiones adversus eos, qui damnum dederunt, aut se dedisse confessi sunt. An quo usque detur contra hæredes jure civili & moribus? An actio ad mulctam hodie contra heredes detur, & an uno ex pluribus lædentibus mulctam solvente reliqui liberentur?*
13. *Coercetur hac actione non tantum dolus, sed & culpa, etiam levissima.*
14. *Variæ constituuntur classes eorum, qui ex damno dato tenentur.*
15. *Recensentur, qui per occasionem muneris, aut dum in re licita versantur, læserunt; ubi de magistro puerum discipulum castigante, magistratu injuriosum quid faciente, de navigiis impactis in navem aut scapham, aut retia piscatoria, aut portuum munitiones, deque funibus amputandis &c.*
16. *An navibus collisis, etiam damnum sarciendum, quod postea ex nova causa supervenit, sed prioris damni occasione? & quo modo merces æstimandæ, quæ cum nave per collisionem mersæ perierunt?*
17. *De cisiariis, plaustrariis, alios antevertere studentibus, onus male componentibus; aut plaustro cessim eunte in clivo: de his, qui vel se vel jumenta plus justo onerantes, efficiunt, ut onus lapsu in alium evertatur; de tonsore tondente in loco periculoso & gula servo præcisa.*
18. *De putatore & machinario ramos aut trabem in prætereuntes dejiciente, & de his, qui foveas faciunt aut laqueos ponunt feræ capiendæ causa, si animal alienum in ea inciderit?*
19. *De fornacario, ad fornacem dormiente, ignem in stipulam suam immittente, sclopetum in tecta straminea displodente, aliisque incendio causam præbentibus.*
20. *Orto in ædibus incendio, an inhabitanti, an magis locatori aut vicinis læsis probatio incumbat respectu culpæ?*
21. *Quid, si tempore orti incendii unus tantum fuerit in ædibus? Quid, si contra legem locationis in certa ædium parte ignis sit habitus, & ex eo loco incendium oriatur?*
22. *De eo, qui furem nocturnum aut diurnum, vel latronem sibi insidiantem vel alium adstantem, occidit; & an liceat alium occidere pro defensione vel recuperatione bonorum?*
23. *De medicis, pharmacopolis, obstetricibus, artificibus, aliisque, qui imperitia læserunt, gemmas aut alias res sibi commissas confregerunt, impetum equorum retinere non potuerunt.*
24. *De illis, qui, dum se jaculis exercent, transeuntem lædunt, vel pila ludentes, alium pila intercipiendæ causa evertunt; in colluctatione, pugillatu, aut pancratio lædunt; per stramenta ardentia transilientes alium sibi in flamma obvium evertunt, festivo tempore Palliorum.*
25. *Recensentur plures, qui tenentur, dum causam*

damno dederunt, impulsu naturali, concitatione, hortatu, consilio, auxilio.

26. *Enumerantur plurimæ aliæ species damni per petulantiam aut temeritatem aut malitiam dati, atque inter eas nocturnæ grassationes, vitrorum confractiones, animalium nimiæ agitationes, turbationes, frugationes, in angustum coactiones &c.*

27. *Cessat actio legis Aquiliæ, si quid illicite quidem factum sit, sed nullum inde damnum secutum, quod exemplis illustratur.*

28. *Cessat, si damnum jure datum sit, dum quis in domo vel navi sua vim patitur. Quid juris, si quis incendii a suis ædibus arcendi gratia vicinas ædes dejecerit?*

29. *Cessat, si damnum casu fortuito contigerit, vel ab infante aut furioso detur. Quandoque damnum dicitur casu datum, dum dolus deest, licet culpa adsit.*

30. *Quando & quomodo cum actione legis Aquiliæ concurrere possit accusatio ex lege Cornelia de sicariis; & an alteri per alteram fiat præjudicium?*

31. *An concurrere possit cum actione injuriarum, servi corrupti, et similibus? an et cum actione depositi, commodati, locati etc. et an una intenta alteram perimat?*

1. Legem Aquiliam, seu plebiscitum, ab Aquilio quodam denominatam fuisse, uti dubio caret, *l.* §. 1. *ff. h. t.* ita, qualis ille Aquilius fuerit, quonam vixerit tempore, adnotatum non exstat, ideoque incertum est, cum plurium Aquiliorum Livius aliique meminerint rei Romanæ scriptores. Id unum constat, legis hujus auctorem non fuisse Gallum Aquilium, formularum quarundam stipulationis substitutionisque conceptione notum, quia hic inter præcipuos numeratur. Quinti Mucii auditores, *l.* 2. §. *Mucii* 42. *ff. de orig. juris*, quem tamen Mucium suis in scriptis de lege Aquilia videmus disputantem, *l. Quintus Mucius* 39. *ff h. t.* Ut de eadem suo tempore Brutus quoque tractasse dicitur, *l. si servus servum* 27. §. *si mulier* 22. *ff. h. t.* quem tamen & Gallo Aquilio & ipso Mucio, Galli præceptore, antiquiorem fuisse, Pomponius tradit *d. l.* 2. §. *post hos fuerunt* 39. *ff. de orig. juris*.

2. Derogatum fuit hac lege tum legibus duodecim tabularum, non pœnam sed damni reparationem imponentibus ei, qui culpa læsisset, ut docet Ravardus *ad l.* 12. *tabul. cap.* 24. tum aliis, simpliciter & in genere de damno injuria dato agentibus, qui sensus est verborum Ulpiani in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* nam quantum ad leges attinet anteriores de hac vel illa peculiari damni dati specie agentes, veluti de arboribus furtim cæsis, nihil earum auctoritati & obligationi decessisse per subsecutam legem Aquiliam a Labeone & Paulo discimus, qui ob arbores furtim cæsas ex lege Aquilia & ex duodecim tabulis actionem ajunt dandam esse, *l.* 1. *ff. arborum furt. cæsar.* Donellus *comment. jur. civil. lib.* 21. *cap.* 3. *fere in pr.* vers. *prior ergo*.

3. Cum autem in jure nostro duplex culpa mota sit, puta, commissionis, & omissionis, seu *in faciendo & non faciendo* vel omittendo consistens, *l. si servum stipulatus* 91. *ff. de verb. oblig.* considerandum, coercitum per legem Aquiliam fuisse tantum omne damnum committendo seu faciendo, vel committendo & omittendo simul datum; non item illud quod sola contingit omissione, quia durum nimis foret, propter levissimam in omittendo culpam aliquem ex delicto teneri, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 7. 8. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 33. *in pr.* Qua ratione, si fundi usumfructum habens agrum non proscindat, vites non subserat boni viri arbitratu, aquæductus corrumpi patiatur, ex lege Aquilia eum non teneri, Ulpianus scripsit *l. si cujus rei* 13. §. *de præteritis* 2. *in fine ff. de usufructu et quemad. quis utat.* quibus similia occurrunt in *l. qui domum* 57. *ff. locati*. Neque uspiam in jure nostro traditum invenio, eum verbi gratia, qui animal alterius in aquam delapsum, cum posset, non eduxerit, aut medicum venire detrectantem, fabrumve ædium ruinosarum fulturam nolentem suscipere, ob damnum ea cessatione contingens ex lege Aquilia reum fieri: etsi viri boni officio conveniret periclitantibus proximi rebus succurrere, si id sine sua possit læsione. Imo ne eum quidem, qui rem dare stipulanti prosit, de nuda negligentia & omissione teneri, responsum est, *d. l.* 91. *ff. de verb. oblig.* Et sane, si pro damno sola omissionis culpa dato, legis Aquiliæ actio comparata esset, frustranea prorsus ac superflua foret exactio cautionis de damno infecto, quod ex necessariæ fulturæ vel refectionis omissione metuitur, quodque, si accideret, legis Aquiliæ beneficio reparandum foret: cum tamen Gajus scripserit, non interposita antea damni infecti cautione, nullam de damno dato actionem competere; si vicini ædes ruinosæ in meas ciderint, *l. evenit* 6. *ff. de damno infect.* Ut proinde corruat argumentatio in contrarium, qua usus est Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 48. *t.* 5. *cap.* 6. *num. ult.* quasi sine lege loquerentur; qui inter omissionis & commissionis culpam hac parte distinguunt, & simpliciter sine distinctione in legem Aquiliam levissima quoque culpa veniret, *l. in lege* 44. *ff. h. t.* cum d. lex ex aliarum legum jam adductarum argumentis restrictionem recipere debeat, ut aliis centenis accidit in locis. Neque adversantur exempla Medici bene secantis, sed deinde curationem derelinquentis, fornacarii ad fornacem obdormientis, plaustrarii ex cujus plaustro lapis ciciderit, & quid fregerit ruperitve: deliquerunt namque hi omnes suscipiendo officium, ac susceptum non adimplendo. Liberum erat ipsis artem operamve suam alteri non addicere: at addictam implere necesse erat: in quo dum cessant, (derelinquendo curationem, ignem non extinguendo, vel non muniendo ne evagetur dum obdormirent, lapides in plaustro male componentes ut labi possent) suscipiendo æque ac non adimplendo peccasse intelliguntur, *l. idem juris* 8. *l. si servus servum* 27. §. *si fornacarius* 9. *et* §. *si ex plaustro* 33. *ff. h. t.*

4. Tria quondam hujus legis capita fuisse, patet ex Institutionibus *h. t. et l.* 2. *l. si servus* 27. §. 4. 5. *ff. h. t.* Primo cautum, ut qui alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero est, (de quibus vide §. 1. *Inst. h. t. l.* 2. §. *ult. ff. h. t.*) injuria occideret, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur, *pr. Inst. h. t. l.* 2. *ff. h. t.* anno non ex tempore vulnerationis, retro computando, licet de eo dissensus fuerit, *l. ait*

lec 21. §. *annus* 1. *l. ita vulneratus* 51. §. *æstimatio* 2. *ff. h. t.* Unde si quis servum alterius claudum, mancum, luscum, aliterve facto alieno vel casu mutilatum, depretiatumve necaverit, ad integri tamen servi æstimationem damnandus foret, si modo is eo anno integer aut pretiosior fuerit; etsi alter, qui prior læserat, mutilationis istius æstimationem jam domino solvisset, §. *his autem verbis* 9. *Inst. h. t. l. inde* 23. §. *idem Julianus* 3. 5. 6. *ff. h. t.* Si quis servum sibi cum alio communem occidat, pro ea parte tenetur, pro qua dominus non est, *l. sed si communem* 19. *l.* 20. argument. *l. si servus servum* 27. §. *item si servus* 2. *ff. h. t.*

5. Altero capite, (quod in desuetudinem abiisse dicitur, §. *caput* 12. *Inst. h. t. l.* 27. §. *hujus legis* 4. *ff. h. t.*) de moribus servi corruptis actum fuisse probabile est; sic ut primum quidem caput de toto servo peremto, secundum de parte ejus nobiliore, puta, animo corrupto, tertium autem de parte minus nobili, corpore scilicet læso, methodo quadam non inconcinna conceptum fuerit: tum quia credendum non est, Romanos, qui sua & aliarum gentium experientia edocti erant, quantum publice privatimque damnosi essent corrupti servorum mores, nulla lege vel pœna coercuisse corrumpentium malitiam, neque tamen legis ullius alterius hac de re commemorationem habet antiquitas: tum quia caput secundum non abrogatum, sed desuetudine inumbratum fuit; id vero contigisse ex eo merito conjeceris, quod introductum postea edicto prætorio actionem de servo corrupto, etiam contra non inficiantes in duplum comparatam, movere cives Romani maluerunt, quam eam, quæ ex capite secundo legis Aquiliæ descendebat, & non nisi in inficiantes in duplum dabatur, naturali ratione duce, pinguiora sterilioribus remedia præponentes, eo fere modo, quo & Ulpianus dixit, actionem de positis & suspensis non dari in eum, *qui habitavit*, *si id, quod positum erat*, *deciderit et nocuerit*, *quasi hæc actio non sufficiat*; quam tamen volenti accommodari & utilem quandoque esse posse, dicam, *t. seqq. num.* 6. Juvatque hanc opinionem Ulpiani locus in *l. doli* 5. §. *hæc actio* 2. *ff. de servo corrupt.* dum ait: *hæc actio*, (de servo corrupto) *etiam adversus fatentem in duplum est*, *quamvis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat*, ubi minus apposite Aquiliæ mentio esset, nisi & Aquilia lege de corruptis servorum moribus fuisset tractatum. Juvat & *l. dolo malo* 3. §. 1. junct. *l.* 4. *ff. de servo corrupto*; cum enim in *l.* 3. §. 1. quæreretur, an actio servi corrupti danda foret, si quis servo suasisset, ut tectum ascenderet, isque parens ascenderit, ac decidens crus fregerit, Ulpianus ait teneri suasorem, si dolo id fecerit, non item si culpa; Paulus ex adverso in *d. l.* 4. subjuncta statuit, *utili lege Aquilia commodius* eum teneri; nempe, non ex tertio capite, quasi corpus læsum esset, sed magis ex capite secundo, eo quod casus d. legis tertiæ non potuit videri propositus, tanquam respiciens corporis læsionem, sed magis, ut animi corruptionem concernens. Dat enim Ulpianus actionem de servo corrupto, quam non ad corporis mutilationem, sed tantum ad animi morumque deteriorationem pertinere certum est, *l.* 1. §. *persuadere et seqq. l.* 2. *ff. de servo corrupto*. Consistit vero animi corruptio in specie d. legis tertiæ in eo, quod temere sese servus instigatu alieno in periculum conjecerit, tectum conscendendo, & ita temeritate sua domino damnum intulerit: nam & temeritas æque vitium est animi, quo servus minoris fit pretii, atque procacia, levitas, pigritia, protervia, furandi, fugiendi aliterve delinquendi propositum, *d. l.* 1. §. 3. 4. 5. *l.* 2. *ff. de serv. corrupto l.* 1. §. *ult. l.* 2. 3. *ff. de ædilit. edicto*. Quod autem Paulus dixit, *utili Aquilia Lege commodius* teneri, id inde est, quia, licet actio de servo corrupto pinguior in eo sit, quod & citra inficiationem in duplum detur, tamen actio ex capite secundo legis Aquiliæ, in simplum concepta, utilior in eo fuit, quod non ob dolum tantum, sed & ob levem levissimamque culpam competeret. Cum ergo Ulpianus in *d. l.* 3. §. 1. inter dolum & culpam distinxisset, ac dolo posito actionem de servo corrupto concederet, non item culpa sola posita; &, uti vulgo, ita quoque in illa facti specie, non ita facilis esset animi dolosi probatio; Paulus merito in subjuncta lege quarta monuit, *commodius lege Aquilia utili* dominum experiri pro ista animi servilis corruptione. Nec dubito, quin Ulpianus, & cum eo Tribonianus, in *l.* 27. §. 4. *ff. h. t.* & *d.* §. 12. *Instit. h. t.* asserentes, caput secundum legis Aquiliæ in desuetudinem abiisse, id tantum voluerint, caput illud non abrogatum, sed minus frequentatum fuisse ob pinguiorem in duplum de servo corrupto actionem, secundum ante dicta: non tamen ita, quin, si quis vellet, si sibi crederet expedire, ex eo etiamnum agere posset; uti id eveniebat, cum morum servilium corruptio non a dolo alterius (quod in actione de servo corrupto omnino requirebatur) sed a sola culpa profluebat. Nisi enim eo casu legis Aquiliæ actionem ex capite secundo etiamnum superesse statuas, eo deveniendum necessario fuerit, ut existimes, Romanos magis corporis quam animi integritati in servis filiisquefamilias incubuisse, imo extra omnem legis pœnam reliquisse omnem, quæ non dolo sed culpa evenisset, morum in servis ac filiisfamilias corruptionem. Nec est quod quis existimet, ad caput tertium legis Aquiliæ pertinere illam facti speciem, quam Ulpianus & Paulus tractant in dicta *l.* 3. §. 1. *et l.* 4. si conferas §. *ult. Inst. h. t.* ideoque Paulum in *d. l.* 4. non directam sed utilem dare ex lege Aquilia actionem, quemadmodum utilis datur in *d.* §. *ult. Inst. h. t.* cum tamen non utilis, sed directa danda fuisset, si in capite secundo fuisset ex professo de moribus servi corrupti tractatum. Considerandum enim, si sola animi corruptio fuerit, propter quam & actio de servo corrupto inducta est, neque tamen ea ad corporis servilis læsionem pertingat, tantum ex capite secundo legis Aquiliæ actione directa agendum fuisse, tanquam ex verbis legis: at si animi corruptio etiam corporis læsionem post se traxerit, dum ille, cui persuadebatur, ut temeritate nimia tectum conscenderet, decidens, crus aut cervicem confregit, nihilominus actionem quidem directam ex capite secundo potuisse intentari, velut ob corruptos servi mores; sed tamen & utili actione ex capite tertio potuisse agi, tanquam ob damnum, non corpore, sed suasione non bona, in corpus datum; eo fere modo, quo ob solius animi vitium in servo vendito non redhibitoria data, sed ex emto actio sufficere,

visa fuit; & tamen, ubi illud animi vitium etiam ad corpus pertingebat, et corporis oberat ministerio, redhibitoria emtori ex ædilitio edicto experiri concessum fuit, arg. *l. ob quæ vitia* 4. §. 1. 2. 3. *ff. de ædilit. edict.* nec tamen ideo minus actione ex emto, arbitrio & electione emtoris, *l. sciendum* 19. §. *dictum* 2. *ff. de ædilit. edict. l. ex emto* 11. §. *redhibitionem* 3. *ff. de act. emti*. De cetero verum non est, Paulum in *d. l.* 4. *ff. de servo corrupto* utilem ex lege Aquilia actionem dare: non enim ait, *utili actione Aquilia; sed utili lege Aquilia teneri* suasorem; id est, teneri ex lege Aquilia, quæ in casu illic proposito utilis adhuc erat, & utilior, quam ipsa actio de servo corrupto, quam Ulpianus dandam censuerat; idque, quia secundum superius dicta, æque ob culpam ac ob dolum ex lege Aquilia agi poterat, dum servi corrupti actio dolum requirit. Neque hæc de capitis secundi sententia disseruisse piget, cum illud ita explanatum sua etiam nunc non careat utilitate, si exemplo actionis de servo corrupto, quin & ejus, quæ ex primo ac tertio hujus legis capite data est, ad corruptos filiorumfamilias, monachorum, subjectorum, vassallorum, similiumque mores cum Jurisconsultis & interpretibus porrigatur.

6. Tertio capite de homine vel pecude vulneratis, animalibus ceteris vulneratis aut occisis, & omni cetero damno injuria dato agitur, ut teneatur lædens, quanti res fuerit plurimi mense seu triginta diebus retro computatis, §. *capite* 13. *& seqq. Inst. h. t. l. si servus servum* 28. §. *tertio autem* 5. *& seqq. ff. h. t.* æstimatione utrobique tum in tertio capite facienda secundum communem hominum opinionem, non item juxta peculiarem actoris affectionem, *l. si servum meum* 33. *ff. h. t.* Supra quam æstimationem præterea utroque ex capite ad id quod interest condemnatio fit; si modo certum illud sit damni illati intuitu lucrive cessantis, *l. si servum meum* 33. *in fine pr. ff. h. t.* veluti si servum tuum, quem sub pœna tradendum promiseras, aut sub cujus manumittendi conditione fueras heres scriptus, quive ipse erat ab aliquo institutus, ante quis occiderit, quam is a te traditus aut manumissus fuerit, aut jussu tuo adierit hereditatem: nam hereditatis quoque amissæ & pœnæ commissæ rationem esse habendam constat. Et si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum, vel ex gemellis, aut symphoniacis, aut comœdis unum quis occiderit, extra peremti corporis æstimationem, ex legis præscripto faciendam, id etiam computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt, §. *illud* 10. *Instit. h. t. l. ait lex* 21. §. *ult. l.* 22. 23. *pr. & §. idem Julianus* 5. *ff. h. t.* Nec minus operarum servi vel animalis mutilati, quibus dominus caruit, æstimatio videtur hac in lege spectanda, arg. *l. ult. ff. de his, qui effud. vel dejec. l. ex hac lege* 3. *ff. si quadrupes pauper. fecisse dic.* Adhæc, quanti interfuerit, fraudes servi commissas detegi, si servus, qui magnas frandes in rationibus alicujus commiserat, & quæstionibus subjiciendus erat, ut fraudis participes eruerentur, ante quæstiones habitas occisus sit, *l. inde Neratius* 23. §. *sed & si servus* 4. *ff. h. t.* & in summa, omnia veniunt commoda, quæ intra annum aut mensem retro computandum rem læsam aut peremtam fecerant pretiosiorem, *d. l.* 23. §. *in summa* 6. *ff. h. t.* Plane, si interesse incertum sit, nulla ejus habenda ratio; quo fundamento is, qui retia aliena confregit, ad æstimationem piscium, qui capi forte potuissent, non tenetur; idemque in venatoribus & aucupibus probatum fuit, *l. quemadmodum* 29. §. *item Labeo* 3. *ff. h. t.* arg. *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem* 3. *ff. de action. emti*, D. Noodt *libro de lege Aquilia cap. ult. in fine*. Denique ex inficiatione, hanc ex lege Aquilia litem in duplum crescere, loco non uno adnotatum, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t. l. doli verbum* 5. §. *hæc actio* 2. *ff. de servo corrupto*, §. *ult. Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu*, *l. inde Neratius* 23. §. *pen. ff. h. t.* §. *sed furti quidem* 26. *Instit. de action. l. contra negantem* 4. *C. h. t.* nisi ante litem contestatam ab inficiatione desistat, qui læsit (aut etiam post litem contestatam, si minor sit & ætatis auxilio juvetur), arg. *l. electio* 26. §. *neque heredi* 5. *ff. de noxal. action.* junct. *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. de minor. viginti quinque annis*, aut non ordinariis convincatur probationibus, sed ex præstito per actorem jurejurando succumbat, *l. eum, qui juravit* 30. *ff. de jurejurando*.

7. Quod si quis primitus egerit ex capite tertio de homine vulnerato, eo deinceps ex vulnere defuncto, non prohibetur iterum ex primo legis ejusdem capite de occiso contendere: ita tamen, ut ex utroque judicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si initio de homine occiso egisset, *l. si vulnerato* 46. *l.* 47. *ff. h. t.* Hæc ita, si ex uno eodemque facto bis agatur: nam si servum meum alio tempore Titius mutilaverit, alio deinde intra annum occiderit, in posteriorem ex capite primo condemnationem haud foret imputandum id, quod ante mihi ex capite tertio agenti adjudicatum fuit: duo enim delicta sunt, *l. illud quæsitum est* 32. §. 1. *ff. h. t.*

8. Si plures simul damnum dederint, adversus singulos hæc æstimationis & ejus quod interest persecutio in solidum concessa est, sic ut unius præstatione ceteri non liberentur, cum sui quisque, non alieni delicti pœnam solvat; sive constet æqualiter omnes occidisse, dum simul trabem dejecerunt hominemque oppresserunt, sive alter tenuerit occidendum, alter interemit; sive plures percusserint in rixa forte, nec appareat cujus ictu læsio aut cædes facta sit, *l. item Mela* 11. §. 1. 2. 4. *l. ita vulneratus* 51. §. 1. *& §. ult. in fine ff. h. t.* Sic ut & summo jure dominus, cujus familia damnum dedit, singulorum servorum nomine in solidum teneatur, *l. si familia* 9. *ff. de jurisdict.* quamvis ex bono & æquo domino succursum sit, & id, quod in furto familiæ receptum est, etiam ad damnum legis Aquiliæ porrectum, ut scilicet non singulorum sed omnium nomine, velut ex uno hominis liberi facto teneatur, *l. illud quæsitum est* 32. *pr. ff. h. t.* Nec dictis contrarium est, quod in actione quod metus causa plures quidem metu rem extorquentes, in solidum singuli tenentur, sed unius solius solutio ceteris prodest ad liberationem, *l. item si cum* 14. §. *ult. l.* 16. 16. *ff. quod metus causa*, quodque propter dejectionem et plurium cœnaculo pro indiviso habitato, singuli quidem in solidum de dejectis & effusis conveniri possunt, sed uno solvente etiam adversus ceteros ista actio perimitur, *l.* 1. §. *ult. & ll. seqq. ff. de his, qui dejec. vel effud.* unde videri posset

idem in damno per plures dato statuendum esse. Etenim diversitatis ea ratio est, quod actio quod metus causa initio inspecto secundum propriam naturam suam rei persecutoria est, non ex solo metu, sed demum ex contumacia subsequente, in quadruplum crescens, §. *item actio de eo* 27. *Inst. de action.* ut proinde metum passus rem habens ex restitutione per unum facta, non ultra queat adversus ceteros hanc rei persecutoriam quod metus causa actionem movere; cum ex adverso creditum fuerit, legis Aquiliæ judicium pœnale esse, §. *his autem verbis* 9. *Inst. h. t.* & ex principiis juris certum sit, rei quidem persecutionem non nisi semel fieri posse; poenæ vero petitionem sæpius contra diversos dari delinquentes, ut sui quisque delicti meritam subeat coercitionem, D. Noodt *libro ad leg. Aquil. cap.* 10. *in med.* Et quod attinet de dejectis & effusis actionem in duplum mixtam poenalem, uno inhabitantium illic solvente reliqui liberantur, non tam ex eo, quod unum tantum culpatur factum (nam & in plurium rixa cum servus læsus est aut periit uno vulnere lethali, cujus auctor certus non apparet, & cum plures trabem dejecerunt, unde homo occisus est, unum tantum factum arguitur, arg. *l. ita vulneratus* 51. *in fine ff. h. t.*), quam potius, quod non adeo rigide cum illis agendum fuerit, qui principaliter ex alieno vero delicto, & ex suo tantum quasi delicto, obligabantur, quod est in dejectis & effusis, atque quidem cum iis, qui ex vero delicto proprio conveniuntur; uti id fit in legis Aquiliæ actione.

9. Quod si unus servum lethaliter vulneraverit, alter deinde ex intervallo alio vulnere eundem occiderit, siquidem vulnus a priore inflictum tale fuerit, ut certo certius inde servus periturus fuisset, utrumque ex legis Aquiliæ capite primo de occiso teneri, Julianus ait *l. ita vulneratus* 51. *pr.* & §. 2. *ff. h. t.* de casu enim, quo certum erat, vulneratum ex vulnere priore moriturum fuisse, Julianum in d. l. tractare, non facile inficias iverit, quisquis modo consideraverit, quæstionem ibidem secundum prima legis verba, de eo conceptam esse, *qui ita vulneratus erat, ut eo ictu certo esset moriturus*, decisionem itidem mentionem habere ejus, *cui cum mortiferum vulnus prior inflixisset, posterior ex intervallo ita percussit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat:* denique Julianum ita argumentatum fuisse, ut contenderet, lege Aquilia non solum teneri, qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, *sed etiam hos quorum ex vulnere certum esset aliquem vita excessurum*. Contra vero si prior ita lethaliter vulneraverit, ut probabiliter quidem, at non certo certius vulneratus inde moriturus fuisset, aliusque deinde eundem vulnere novo exanimaverit, aut ruina naufragiumve suppresserit, priorem non quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, teneri, Ulpiano placuit, ac ipsi Juliano, *l. item Mela* 11. §. *Celsus scribit* 3. *l. huic scripturæ* 15. §. 1. *ff. h. t.* Quod enim de vulnere non certo certius lethali Ulpianus ex Juliani mente in *d. l.* 15. §. 1. disseruerit, ex decisionis ratione manifestum est, quod nempe superveniens *ruina passa non sit apparere*, ex vulnere priore *occisus sit;* quæ de vulnere certo certius mortifero, adeoque certissimam mortis sequelam habituro, inutiliter dicta forent. Nec est, quod nobis regeratur, tunc, cum certo certius ex vulnere priore mors imminebat, alio superveniente ac occidente, apparere certum cædis auctorem, puta, posteriorem; ac proinde priorem non tam occidisse videri, quam vulnerasse. Aliter enim procul dubio existimaverit, qui respiciet illud Juliani, dicentis, *verum esse, servum a te occisum esse tunc, cum vulnerabas, d. l.* 15. §. 1. *ff. h. t.* & penitius expendet, in legis Aquiliæ primo capite non tam mortem aut mortis tempus, quam potius vulnus ipsum lethale vulnerisque inflicti tempus fuisse spectatum, sic ut non a mortis sed vulnerationis tempore annus fuerit retro computandus; quasi jam tum, cum vulnerabatur servus, peremtus fuisset, *l. annus* 21. §. 1. *l. ita vulneratus* 51. §. 2. *ff. h. t.* Quod autem in *d. l.* 15. §. 1. post verba, *eum a te occisum esse tunc, cum vulnerabas*, subjungitur, id *mortuo demum eo apparuisse*, non alia de causa factum videri potest, quam quia vulnus, de quo illic agebatur, tale erat, ut certum non esset, servum ex eo moriturum. Mortuo ergo demum servo apparuit, eum illo ex vulnere occubuisse: eodem autem postmodum ruina oppresso, verum erat, supervenientem ruinam passam non esse apparere, an priore ex ictu occisus esset; & quia in dubio poenæ interpretatione molliendæ potius quam exasperandæ erant, *l. pen. ff. de pœnis*, inclinandum magis fuit in id, ut prior de vulnerato potius, quam de occiso teneretur. Et, quæ quæso æquitas, quæ sana juris ratio patiatur, ut, qui suo facto, sua certo certius lethali vulneratione, jam se nocentem, & capiti primo legis Aquiliæ obnoxium reddiderat, quippe jam tum occidens, cum vulnerabat, ob mortem indubie inde secuturam, alieno deinceps crimine superveniente nocens esse desineret, aut saltem inciperet minus nocens esse, et in minus obligatus, atque adeo flagitio alieno sublevaretur? aut quæ, obsecro, justitiæ æquabilitas erit, si ex lege Aquilia sæpius hominis interemti æstimationem peti jura permittant, ubi servo unum tantum vulnus lethale in rixa plurium incerto auctore inflictum apparet, *d. l.* 51. §. 1. *d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* contra vero unum tantum de occiso teneri vellent, ubi duo duorum percussorum haud ignotorum vulnera conspicua sunt certo certius mortifera, temporibus diversis eidem illata? Aliud sane suadet JCti assertio; cum enim constaret, morte rei contingere abolitionem, & accusatorem tunc posse impune desistere, observatum a Macro fuit, *si postea, quam accusator destitit, reus decesserit, non ideo magis delictum accusatoris relevari*, adeoque mortem supervenientem, sive casu, sive facto alieno, nec in totum nec pro parte excusare eum, qui ante mortem istius tertii jam cœperat nocens esse, *l. in senatusc.* 15. §. *ceterum* 4. *ff. ad SC. Turpill.* Ut proinde distinctioni superiori etiamnum inhærere malim, quam Julianum fingere sibi contrarium, & opinionis in l. 51. propositæ, justæ sane atque rationabilis, pœnitentem, cujus tamen poenitentiæ nullum vel ex Juliani confessione, vel ex Ulpiani et reliquorum adnotationibus vestigium occurrit.

10. Actio pro damni dati coercitione ex lege Aquilia duplex est, directa alia, alia utilis. Directa domino datur, etiamsi dominium ab eo postea recessurum sit; qua ratione debitor aut venditor rei re-

ctre experitur, si creditor ante moram, vel extraneus rem corruperit promissam venditamve, *l. legis Aquiliæ* 54. *ff. h. t.* §. *quum autem* 3. *in fin. Inst. de emt. vendit.* usque adeo, ut, si semel competere coeperit, duratura sit, etiamsi res, cui nocitum, postea alienata vel extincta fuerit, *l. quæcunque* 56. *ff. de obligat. & action. l. sin autem* 27. §. *si homo* 2. *ff. de rei vindicat.* Neque tamen domino directa semper datur, sed tum demum, cum corpore & in corpus damnum datum est. Utilis ipsi quoque domino accommodata, quoties non corpore sed tantum in corpus damnum fuit, §. *ult. Instit. h. t.* quo respectu multum interesse dicitur, occidat quis, an mortis causam præbeat; in quantum scilicet occidens directa, mortis causam præbens utili seu in factum civili actione conveniendus est, *l. qua actione* 7. §. *Celsus* 6. *ff. h. t.* Quamvis in lege Cornelia de sicariis inter hæc duo nihil intersit, dum uterque, sive occiderit, sive mortis causam præbuerit, ex lege Cornelia pro homicida habetur, & ultore gladio poenam subit, *l. nihil interest* 15. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis*. Sed & aliis, qui domini non sunt, utilis competit, sive tunc corpore & in corpus damnum datum sit, sive non corpore, sed in corpus; veluti fructuario & usuario, sive dominus proprietatis sive extraneus intulerit rei fructuariæ læsionem, *l. item Mela* 11. §. *ult. l.* 12. *ff. h. t. l. locum autem* 17. §. *ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat. l. & eleganter* 7. §. *si servum* 4. *l. arbitrio* 18. §. *si dominus* 2. *ff. de dolo.* Bonæ fidei possessori, quippe cui tantum bona fides præstare solet, quantam veritas, ubi lex impedimento non est, *d. l. item Mela* 11. §. *sed, si servus* 8. *l. si dominus* 17. *ff. h. t.* junct. *l. bona fides* 136. *ff. de reg. jur.* creditori hypothecario ob damnum in pignore datum, ut saltem usque ad modum debiti consequatur, in debitum imputaturus, quæ ita impetrabit; in reliquam debitori directa actione relicta *l. si dominus* 17. *l. qui occidit* 30. §. *pignori* 1. *ff. h. t. l. servum* 27. *ff. de pign. & hyp.* Non tamen commodatario, neque fulloni, similibusque, qui servandum aliquid conduxerunt, aut acceperunt utendum, si forte vestes ipsis commodatæ, aut ad poliendum datæ, per alium scissæ sint. Cum enim factum tertii iniquum casui magis fortuito, quam culpæ adnumerari debeat, quantum ad commodatarium fullonemve attinet, dum nulla plerumque cura aut diligentia consequi possumus, ne alius damnum nobis injuria det; casum autem fortuitum neque fullo neque commodatarius præstare teneatur; consequens fuit, hactenus eorum haud interesse, ac proinde nec ad ipsos, sed magis ad dominum, hanc legis Aquiliæ actionem spectare, *l item Mela* 11. §. *pen. ff. h. t. l. ad eos* 19. *ff. commodati*, *l. sed de damno* 41. *ff. locati*. Plane, si quæ fullonis aut commodatarii in rebus asservandis negligentia appareat, propter quam actione commodati vel locati eos conveniri placuit, juxta *d. l.* 41. vix dubitandum fuerit, quin ad exemplum modumque actionis furti, utilis quoque legis Aquiliæ ipsis tribuenda sit; cum eatenus intersit eorum, rem salvam esse, arg. §. *item si fullo* 15. & 16. *Instit. de obligat. quæ ex delicto*. Quo etiam solo fundamento utrique, tum fulloni, tum commodatario, actionem de pauperie a Paulo in *l.* 2. *ff. si quad. paup. fec. dicatur*, concessam puto: ait enim, eos ista posse experiri actione, quia ipsorum interest, interesse autem, *quia eo ipso quo tenentur*, (puta domino) *damnum videntur pati.* Ut proinde illis in casibus, quibus culpa carent ac domino non tenentur, etiam non magis de pauperie quam ex lege Aquilia actionem habituri sint. Sed quia hodie actiones ex delictis, quatenus privato dantur, non poenales, sed rei persecutoriæ sunt, magis placuit, hanc actionem commodatario etiam tunc dari, cum ipse culpa omni in re asservanda caruit, ad id ut consequatur quanti sua interest usum ante tempus, commodato appositum, non esse interversum aut impeditum. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 37. *num.* 10. & *seqq.* uti & illis, qui servorum aut ancillarum operas habuerunt conductas, quatenus ipsorum interest, ministeriis haud caruisse, Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 8.

11. Adhæc utilis homini libero vulnerato actio indulta fuit, ad id quod interest, non directa, cum nemo membrorum suorum dominus sit, *l. liber homo* 13. *ff. h. t.* Etsi enim alibi ab Ulpiano scriptum sit, licere omnibus, atque ipsis *etiam servis*, *naturaliter in suum corpus sævire*, *l. sed si damnum* 9. §. *si ipse servus* 7. *ff. de peculio*, non tamen inde cujusque in sua membra dominium probatur; cum vel natura illic ea intelligenda sit, cujus & Senatusconsultum Macedonianum meminit, quæ sceleris causas Macedoni foeneratori improbo dicebatur administrare, *l.* 1. *ff. ad Senatusc. Macedon.* vel Ulpianus ex mente Stoicorum loquatur, qui licitum putabant sibi mortem consciscere, si vitam sibi servitutem & supplicium, mortem vero solatium et libertatem fore crederent, sic ut nec potestas dominica hanc posset servis impedire viam sese in libertatem vindicandi. „ Non est molestum servire, *ait Seneca de consolat. ad Marciam cap.* 20. ubi si domini pertæsum est, licet uno gradu ad libertatem transire, contra injurias vitæ beneficium mortis habeo. *Et libr.* 3. *de ira cap.* 15. Quid gemis demens, quid expectas, ut te aut hostis aliquis per exitium gentis tuæ vindicet, aut rex a longinquo potens advolet? quocunque respexeris, ibi malorum finis est, vides illum præcipitem locum? illac ad libertatem descenditur: vides illud mare, illud flumen, illum puteum? libertas illic in imo sedet. Vides illam arborem, brevem, retorridam, infelicem? pendet inde libertas: vides jugulum tuum, guttur tuum, cor tuum? effugia servitutis sunt, nimis tibi operosos exitus monstro, & multum animi ac roboris exigentes; quæris, quod sit ad libertatem iter? quælibet in corpore tuo vena". Adeo autem pro homine libero vulnerato actio datur, ut non modo impendiorum in curationem, & operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, sed & cicatricis & doloris atque deformitatis æstimatio moribus præstanda veniat, si per læsum læsamve petita sit; etsi jure Romano horum ratio habita non fuerit, dum corpus liberum proprie nullam recipit æstimationem, arg. *l. ult. ff. de his, qui effud. vel dejec. l. ex hac lege* 3. *ff. si quadrup. paup. fec. dicatur*. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 34. *num.* 5. 6. *ult.* Ant. Matthæus *de crim. lib.* 47. *tit.* 3. *cap.* 3. *num.* 4. Groenewegen ad *d. l. ult. ff. de his qui dejec. vel effud.* Parens p. mam.

Paulus Voet ad §. 1. *Instit. de oblig. ex quasi delict. num.* 2. Si filiusfamilias vulneratus sit, non filio sed patri utilem actionem dari placuit, ad impendia in medicos facta, & operarum aestimationem, *l. item quaeritur* 13. §. *item Julianus* 4. *ff. locati*, *l. sed & si* 5. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *ff. h. t. cum duobus* 52. §. *socium* 16. *ff. pro socio*, quod & in filiis annis viginti quinque minoribus hodie receptum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 34. *num.* 7. Sed &, si occisum injuria proponas, utili actioni, patri dandae, locum fore, colligi potest arg. *l. qua actione* 7. §. *si quis* 4. *ff. h. t. collatio legum Mosaic. & Roman. tit.* 1. quod plenius docet D. Noodt *tract. de lege Aquilia cap.* 2. vers. *quicquid tamen*. Nec dubium, quin ex usu hodierno latius illa agendi potestas extensa sit: in quantum ob hominem liberum culpa occisum uxori & liberis actio datur in id, quod religioni judicantis aequum videbitur, habita ratione victus, quem occisus uxori liberisque suis aut aliis propinquis ex operis potuisset ac solitus esset subministrare, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 33. *num.* 4. 5. 6. Gomesius *resolut. tom.* 3. *cap.* 3. *num.* 37. Besoldus *delib. jur. ad Pand. h. t. quaest.* 2. Cravetta *part.* 1. *concl.* 119. *n.* 6. Ant. Matthaeus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 5. *cap.* 7. *n.* 11. & 12. Paulus Voet *ad d.* §. 1. *Instit. de oblig. ex quasi delict. n.* 2. *in pr.* Berlichius *conclus. part.* 4. *conclus.* 18. *n.* 21. & *seqq.* Qua in re concurrat si forte uxor, parentes, liberi, alter alteri praeferendus non est; sed magis unicuique in id, quanti sua interesse docet, actio danda; tum quia singuli non de poena, sed damno sibi illato reparando contendunt; tum quia haec actio uxori, liberis similibusque non qua occisi heredibus adeoque jure hereditario, sed qua laesis ex facto occidentis datur; sic ut & illis accommodanda veniat, qui defuncto heredes esse ab intestato non potuerunt, vel occisi hereditatem, utpote suspectam, noluerunt adire, arg. *l. si vero plures* 5. §. *haec autem actio* 5. *ff. de his, qui effud. vel dejec.* D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 15. *num.* 7. Groenewegen ad §. 1. *Instit. de oblig. quae quasi ex delicto*, Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. quaest.* 2. Confer Castillo Sotomayor *de usufr. cap.* 49.

12. Competunt vero hae actiones directae vel utiles adversus eos, qui damnum dederunt; etiam maritum aut uxorem, cum non infament, *l. pen. ff. h. t.* & illos, qui, cum prohibere potuissent ac debuissent damni illationem, illud inferri passi sunt, *l. in lege Aquilia* 44. §. 1. *l.* 45. *ff. h. t.* quive opem tulerunt facientibus, aut fieri jusserunt, *l. liber homo* 37. *ff. h. t.* vel sese damnum dedisse confessi sunt, si de damno dato constet, sed auctor hactenus incertus fuerit; adeo ut adversus emissam confessionem dein ad inficias ire volens, audiendus non sit, nisi ipse docuerit confessionis errorem ac falsitatem, *l. inde Neratius* 23. §. *ult. l.* 24. 25. *ff. h. t.* In heredes laedentis Aquilia agi displicuit, quia creditum fuit poenales hujus legis actiones esse, nisi lis cum defuncto contestata fuerit, vel aliquid ex dolo ejus ad heredes pervenerit, §. *his autem verbis* 9. *Instit. h. t. l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ff. h. t.* Ceterum ex quo nostris ac aliorum moribus obtinuit, non poenalem amplius, sed rei persecutoriam esse, etiam post inficiationem, hanc legis Aquiliae actionem, exemplo ceterarum ex delictis descendentium ac laesis accommodatarum, sic ut solam damni vere illati & ejus quod interest aestimationem actor consequatur, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 32. *num.* 17. 18. Ant. Matthaeus *de crimin. lib.* 47. *tit.* 3. *cap.* 3. *num.* 4. Groenewegen ad §. *ult. Instit. h. t.* & ad *l.* 20. §. 4. *ff. de petit. hered.* Paulus Voet ad *d.* §. *ult. Instit. h. t. num. ult.* consequens fuit, heredes quoque ad integri damni reparationem hodie obligatos esse, licet neque lis cum defuncto contestata fuerit, neque quicquam ex dolo culpave defuncti ad eos pervenerit, nec bona defuncti solvendo sint, nisi heres delinquentis impetrato inventarii beneficio adierit hereditatem, quippe quo casu non magis laesis, quam aliis quibuscunque defuncti creditoribus, ultra vires hereditarias obligatus foret, Grotius *Manud. ad jurisprud. Holl. d. lib.* 3. *cap.* 32. *num.* 22. 23. Groenewegen ad *l. unic. C. ex delictis defunct. in quantum hered. teneantur in fine.* Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 2. Sed & ubi plures laeserunt, uno damna in solidum reparante, reliquos laeso non ultra nunc teneri, verius est, utpote qui dolo faceret, indemnitatem iterato petens, quam jam ab alio per actionem rei persecutoriam adeptus erat, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 34. *num.* 12. Interim praeter damni reparationem, laesis praestandam, insuper vulnerantibus atque aliter laedentibus mulctae variae singulorum prope locorum statutis inveniuntur impositae, de quibus Leeuwen *censur. forens. part.* 1. *lib.* 5. *cap.* 21. Adde Placita Ordin. Gener. 6. *Sept.* 1661. *in vol.* 2. *placuit Holland. pag.* 2669. & 25. *Novemb. anni* 1662, *vol.* 3. *pag.* 599. Placita Ordin. Zelandiae 27. *Novembr.* 1654. *d. vol.* 2. *pag.* 2407. circa quas mulctas ambigendum haud videtur, quin delinquentium morte evanescat earum exactio; & ex adverso in casu plurium simul laedentium ita unusquisque etiamnum hodie in solidum mulctandus veniat, ut unius praestatione ceteri non liberentur. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 5. Berlichius *conclus. pract. part.* 4. *conclus.* 11. *n.* 19. & *seqq.*

13. Quamvis autem vulgo in delictis affectus maleficia distinguere soleat, §. *placuit* 7. & §. *pen. Instit. de obligat. qua ex delicto*, ac secundum illud Senecae libr. de ira, *idem delictum in duobus non eodem modo afficiat, si alter per negligentiam admisit, alter curavit ut nocens esset.* Hac tamen in lege par doli & culpae, etiam levissimae, omnisque imprudentiae, imperitiae, infirmitatis ratio est, eademque coercitio, §. *ac ne is* 3. & *seqq. Instit. h. t. l. in lege Aquilia* 44. & *passim ff. h. t.* eo modo, quo & in contractibus doli & culpae praestationem recipientibus id receptum est, dum nihil interest, dolo an culpa laesio intercesserit, ad eum effectum, ut damnum reparetur: nam etsi Romanis placuerit, poenalem aliquo modo esse legis hujus actionem, eam tamen magis ad indemnitatem, quam ad ultionem pertinuisse, Ulpianus docet, *l. item apud Labeonem* 15. §. *si quis servo* 46. *ff. de injuriis.*

14. Sed quo magis haec damni injuria dati materia illustretur, operae pretium fuerit, praecipuas tum ex legibus, tum ex moribus enumerare factorum species, quibus damnum culpa datum creditur; quibusque ex adverso, tanquam jure vel casu datum, extra

legis poenam est. Sunt autem (ut ordo quidam in recensendo servetur) qui tenentur, dum in munere versantes, aut aliter in re per leges licita, per occasionem ejus dolo vel imprudentia vel imperitia damnum intulerunt. Sunt, contra quos actio datur, quia auxilio, impulsu, hortatu, consiliove eorum laesio facta est. Sunt, qui ex petulantia; sunt denique qui variis aliis factorum culpandorum speciebus nocentes, directa vel utili legis Aquiliae conveniuntur actione.

15. Ad primam classem merito magistrum retuleris, qui cum modicam discipulos castigandi haberet potestatem, saevitia nimia ac puniendi acerbitate modum excessit; veluti in specie a Juliano proposita, qua sutor puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti quod demonstratum erat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur: neque enim dubium, quin & praeceptoris & alterius cujuscumque saevitia nimia culpae accensenda sit, *l. sed & si quemcunque* 5. §. *ult. l.* 6. 7. *ff. h. t. l. item quaeritur* 13. §. *item Julianus* 4. *ff. locati*, arg. *l. si constante* 24. *ff. si maritus* 5. *ff. soluto matrimon. l. locum* 17. *ff.* 1. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Sed & magistratus, qui, licet adversus resistentem violentibus quid facere jure licito & jure honoris possint, quod ad vindictam majestatis publicae respiciat, nec ad damni aestimationem obstricti sint, si servus jussu ipsorum pignori captus sese suspenderit, dum juris executio injuriam habere non intelligitur, tamen ex lege Aquilia teneri possunt, quoties magistratus sui fiducia injuriosum quid contra bonos mores fecerint, quo alteri nocitum, *l. quemad.* 29. *ff. magistr.* 7. *ff. h. t. l. eumque cum aedili* 13. *ff. de peric. & commod. rei vend.* arg. *l. injuriarum* 13. §. *is qui* 1. *l. nec magistr.* 32. *l.* 33. *ff. de injuriis*, *l. continet* 3. *ff.* 1. *ff. quod metus causa*. Gubernatorem quoque navis aut nautas, quorum culpa navis in retia piscatorum aut scapham alterius vel navim impacta, damnum dedit, dum in potestate eorum erat, ne id accideret: nam si vel fune rupto, vel tempestatis violentia id extra culpam nautarum contigisset, tantum abest, ut Aquiliae locus foret, ut ne tunc quidem, cum vi ventorum navis impressa esset in funes anchorarum alterius, & nautae funes praecidissent, actionem dari oportere responsum sit, si nullo alio modo, quam praecisis funibus, explicare se nautae potuerint, *d. l. quemadm.* 29. *ff.* 2. 3. 4. *ff. h. t. l. item quaeritur* 13. *ff.* 1. 2. *ff. locati*. Quae tamen de damno sine culpa navigantium illato per navigiorum collisionem paulo aliter hodiernis legibus nauticis definita sunt; etenim si citra culpam navis anchora teneri desinat, ac fluctuare incipiens damnum inferat alteri navigio etiamnum ex anchora stanti, domini navis ita laedentis & damnum proprium ferre tenentur, & partem dimidiam damni navigio ex anchora stanti illati. Idemque est, si navis navigans impressa sit navigio alteri ex anchora stanti, ac ei nocuerit: si modo magister navis impingentis cum sociis nauticis jurato asserat, se culpa carere, nec culpa ab adversario doceatur. Sed si navis navigans de die vel de nocte, serena vel turbulenta tempestate, itidem sine culpa navi alteri naviganti impressa nocuerit, damnum utrique illatum navigio aequaliter utrimque ferendum est. Ut & damnum commune erit, si sine culpa magistri index anchorae, ex qua stat navis (*den Dobber of Boeye*) amotus sit, & dum alterius indicis restituendi occasio nondum fuit, damnum inde navi alteri illatum fuerit. Plane in his omnibus probata culpa, solum culpae reum ad universi damni reparationem condemnari oportet: in culpa autem est, qui ab initio indicem anchorae jactae non addidit, vel amotum casu non mature restituit: quive navigio alteri vado haerenti propinquam habens navem propriam ex anchora stantem, ita ut damnum merito metuatur, neque periculi amovendi causa stationem suam mutare vult, utcunque admonitus, neque magistro navis fundo haerentis permittere, ut is navis vado non haerentis stationem suo suorumque labore mutet. De his vide *Placitum nauticum Philippi Regis ult. Octob. anni* 1563. *tit. van. Schepen die malkander bescbadigen art.* 1. 2. 3. 4. 5. *vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 817. *Wisbuyscbe Zee recbten art.* 48. 49. 50. Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *c.* 38. *num.* 18. *& seqq.* Neostadium *Cur. supr. decis.* 48. 49. Jac. Coren *observ.* 40. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 198. Vinnium ad Peckium *de re nautica ad l.* 5. *ff. de lege Rhod. de jactu.* Et *bellum juridicum, casu* 49. ubi etiam adstruitur, damno per collisionem navium in mari dato, non modo navis ipsius, sed & mercium ea vectarum damnum aequaliter ferri oportere, si culpa desit; sed in fluminibus contingente navium collisione, damnum quidem navium communiter ferri, sed merces, navi tali vectas, in totum suis perire dominis, nec gravare dominum navis sine culpa nautae impingentis. Qua occasione notandum ulterius, dominos navium in portu ex anchoris stantium, aut finibus alligatarum & mutua contritione damnum patientium, actionem ejus damni nomine intentare non posse, sed quemque suum debere pati damnum, velut casum fortuitum rei suae illatum, secundum depositionem per turbam mercatorum, quae est in Psittaco Hollandico *par.* 2. *tit.* 1. *pag.* 36. *& seqq.* De retibus vero piscatoris, & reliquo piscationis apparatu scisso, fracto, quid juris sit hodie, confer placita de halecum piscatione, prohibentia, ne quis clavum navigii sui ita junctum habeat, ut retia exposita ei adhaerere queant, neve aliorum simul piscantium retia funesve praescindat, *placit. Philippi Regis* 9. *Martii* 1580. *Ordinum Holland.* 19. *Aprilis* 1567. *&* 12. *Maii.* 1629. *Vol.* 1. *Placit. Holl. pag.* 684. *& seqq.* Nec dubium, quin ad damni reparationem hodie ex superiore juris Romani fundamento condemnandi sint, qui inflatis velis nec satis tempestive demissis, portum ingredientes, munitioni vel navibus aliis aut piscatoribus nocuerint. Vide *decretum Delegatorum Hollandiae Ordinum* 4. *Martii* 1643. *vol.* 1. *plac. Hollan. pag.* 1264. quive per aquas piscationis ergo elocatas navigantes, a relicto ac destinato navigationibus spatio sponte deflectunt, atque ita in expositum piscationis apparatum incidentes, damnum dant. Vide *decretum anni* 1554. 28. *Maii vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2071. quive per loca vadosa navigantes, vadorum peritos assumere pro more recepto neglexerunt, si vado navis haerens rimosa facta fuerit, ac merces ea occasione corruptae, arg. *l. item quaeritur* 13. §. *si magister* 2. *ff. locati, placitum Philippi Regis de re nautica anni* 1563. *tit. van Schip-brekinge art.* 1. *&* 9. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 814. *&* 816. Responsa Jurisc. Hol. *part.* 1. *consil.* 310.

16. Quibus autem casibus damnum reparandum est, solummodo illud spectatur, quod in continenti illatum fuit, non quod postea ex nova causa, licet prioris occasione supervenit: qua ratione, cum navis impressione navigii alterius sic exarmata esset, ut classem reliquam sequi non posset, atque inde a piratis hostibusve interciperetur, damnum quidem armamentorum navis dejectorum, at non illud quod piratarum interceptione datum fuerat, sarciendum esse, a suprema Curia judicatum fuit, teste Groenewegio *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holl. l.* 3. *c.* 38. *n.* 18. Et, si forte navis onusta mercibus ex collisione mersa sit, in quæstione, an merces æstimandæ veniant, quanti emtæ sunt, an quanti in loco destinato vendi possent, an media quædam æstimatio viri boni arbitrio facienda sit, dijudicandum videtur ex eo, an ante interitum jam maxima ex parte iter emensum, ac periculum superatum, an contra adhuc superandum fuerit, & quo usque; ut pro rata ejus æstimatio mersarum mercium viri boni arbitratu instituatur. Vide Neostadium *Curiæ supr. decis.* 48.

17. Pertinent etiam ad hanc lædentium classem cisiarii seu carrucarii, qui, dum ceteros transire contendunt, cisium evertunt ac damnum dant; temperare enim debuerant, *l. item quæritur* 13. *pr. ff. locati.* Plaustrarius, cujus ex plaustro, dum male compositi lapides erant, lapis delapsus quid rupit vel fregit, *l. si servus servum* 27. §. *si ex plaustro* 33. *ff. h. t.* cujusve plaustrum in clivo ductum, non casu, sed culpa plaustrarii, cessim ire cœpit, atque ita nocuit; cujus notabilem casum Alfenus exhibet, *l. si ex plagis* 52. §. *in clivo* 2. *ff. h. t.* Adde *tit.* 1. *de pauperie.* Mulio, qui cum plus justo onerasset quadrupedem, in cau a fuit, quod quadrupes collapsa onus evertendo in alium, damnum dedit, *l.* 1. §. *itaque* 4. *ff. si quadrup. paup. fecisse dic.* quæve alienum animal plus justo onerando effecit ut illud sub onere deficiens collabensque membrum aliquod ruperit, *l. si servus servum* 27. §. & *si mulum* 23. *ff. h. t.* aut, cum ipse onus nimium subiisset, dejiciendo illud, rem alterius in propinquo oppressit; vel etiam ipse cum onere prolapsus læsionem rebus alienis intulit, sive plus justo sese oneraverit; dum in ipsius arbitrio erat ita se non onerare; sive non nimium quidem oneratus, negligentius tamen per lubricum transierit, *l. qua actione* 7. §. *sed si quis* 2. *ff. h. t.* Tonsor eo in loco tondens, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat, si cum pila quidam luderent, ea vehementius percussa in tonsoris manus dejecta sit, & sic servi, quem tonsor radebat, gula, fuerit adacto cultello præcisa, *l. item Mela* 11. *pr. ff. h. t.* Etsi enim non male dicatur, eum, qui se tonsori, periculoso in loco sellam habenti, commiserit, de se queri oportere, *d. l.* 11. non tamen inde excusata videri potest major illa tonsoris culpa ac imprudentia, in loco non tuto artem profitentis; dum novum non est, ut in concurrente duorum culpa is teneatur, cujus culpa major conspicitur, arg. *l. lectos* 11. & 13. *ff. de peric. & commodo rei vend. l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat.* neque etiam culpa in totum caret, qui se imperito dedit medico curandum; quem tamen ex imperitia male curantem, habiturus esset sibi hac lege devinctum, ut alibi dictum.

18. Adhæc putator, aut machinarius, (qualis forte qui in machina elevata operatur ad oppositionem ejus, qui de plano opus facit; *l. si ut certo* 5. §. *sed interdum* 7. *ff. commodati*), qui prope viam sive publicam sive privatam ramos amputatos, aut trabes, aliamve materiam dejiciens, antequam mature proclamasset ut evitari casus posset, transeuntibus nocuit; aut, cum non prope viam putaret, vel operatur, dolo malo immittit in eum, quem videt transeuntem, quive ex alto sese præcipitans, super alium venit, eumque occidit, *l. item Mela* 11. §. *si plures* 4. *l. si putator* 31. *ff. h. t.* §. *item si* 5. *Instit. h. t.* junct. *l. in lege Cornelia* 7. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis.* Quibus non absimiles, qui foveas ursorum cervorumve capiendorum causa faciunt, laqueosque ponunt, si in laqueos foveasque animal alienum inciderit, aut aliter damnum datum sit: nam si hæc in itineribus facta sint, neque denunciatum fuerit, actioni huic locus foret; sin alias, ubi id fieri solet, contra dicendum, *l. qui foveas* 28. *pr.* & §. 1. *l.* 29. *pr. ff. h. t.*

19. Fornacarius quoque, qui ad fornacem obdormivit, si ignis negligentius custoditus villam exusserit, cum vel ignem extinguere debuisset, vel ita munire, ne evagaretur, *l. si servus servorum* 27. §. *si fornacarius* 9. *ff. h. t.* ut & qui secundum parietem communem furnum habens, ac ignem injecit, ut inde paries exustus sit, *d. l.* 27. §. *si furnum* 10. *ff. h. t.* quique in stipulam suam vel spinam, comburendæ ejus gratia, ignem immisit, si is ulterius evagatus ac progressus alienam sylvam vel segetem vel vineam læserit, aliqua ipsius primi ignem immittentis apparente negligentia, dum forte die ventoso id fecit, aut non observavit, ne ignis longius procederet: nam si omnia, quæ oportuit, observaverit, vel subita vis venti longius ignem produxerit, culpa caret, *l. qui occidit* 30. §. *in hac* 3. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* Amplius qui, sclopeto in avem tecto stramineo aut acervo spicarum aut fœni insidentem disploso incendium excitavit. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 22. *num.* 7. & generaliter, qui culpa sua causam incendio dedit, *d. l. si servus servum* 27. §. *item si arbustum* 7. 8. & 1. *ff. h. t.* etiamsi illud deinde latius serpens proximioribus remotioribusque vicinis damnum intulerit: neque enim dubium, quin de omni detrimento, ex probata prima culpa profluente, teneatur, *d. l.* 30. §. 3. *ff. h. t. l. capitalium* 28. §. *incendiarii* 12. *ff. de pœnis, l. qui ædes* 9. *ff. de incend. ruin. naufr.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 22. *num.* 1. 2. 5. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 38. *num.* 5. Responsa JCtor. Holl. *part.* 1. *consil.* 258.

20. Orto autem in ædibus, sive per dominum sive per conductorem inhabitatis, incendio, disputatum varie ab interpretibus, utrum inhabitanti incumbat onus probandæ diligentiæ propriæ, an vero locatori vicinisve, incendio illo ulterius evagante læsis, culpæ probatio imponenda sit. Sunt, qui inhabitantem onere probandi gravant, eo quod incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium; eumque nisi a culpa sese purgaverit, condemnandum arbitrantur, Fachinæus *controv. libr.* 1. *cap.* 87. Sande *decis. Frisic. lib.* 5. *tit.* 6. *defin.* 9. *in fine*, Mollerus *semestr. lib.* 4. *cap.* 31. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 33. Magis tamen est, aut in dubio probandi necessitas in loca-

torem aut vicinos damni reparationem ab inhabitante prosequentes rejiciatur. Non ea quidem ratione, quod incendia casibus fortuitis a nemine præstandis, adnumerata legimus, *§. item. is, cui* 2. *Instit. quib. mod. re contrah. obligat. l. si, ut certo* 5. *§. quod vero* 4. *ll. commod. l. contractus quidam* 23. *ll. de reg. juris*, cum id sæpissime verum tantum sit, quatenus serpentia latius, damnum vicinis dant, & alioquin culpa inhabitantium incendia fieri plerumque credantur. Sed potius, quia secundum certa juris principia actori (quales hic læsi) incumbit probandi provincia, sic ut, eo intentionem non firmante, reus absolvendus sit, licet nihil ipse præstet, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo*, *l. verius* 21. *ff. de probation.* Atque insuper affirmanti, non neganti, probatio impendenda, dum factum negantis nulla pro rerum natura probatio est, *l. actor* 23. *C. de probat. l. asseveratio* 10. *C. de non numer. pecun. l. ei incumbit.* 2. *ff. de probat.* negat autem inhabitans, se culpam admisisse, ajunt actores. Quibus accedit tertio, quod quisque bonus in dubio ac diligens præsumi debet, donec contrarium probatum fuerit, *l. merito* 51. *ff. pro socio*, hac præsertim in specie, in qua inhabitans, sive dominus sit, sive inquilinus, primus ante alios damnum ex sua debet negligentia metuere, ædium quidem ipsarum, si dominus sit; illatorum autem & invectorum, si conductor. Foventque hanc sententiam Matth. de Afflictis *decis.* 57. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 21. Mascardus *de probation. concl.* 894. *num.* 17. *& seqq.* Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 88. Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. num.* 5. Christinæus ad *Leg. Mechl. tit.* 8. *art.* 12. *num.* 3. Argentræus ad *consuet. Britan. art.* 599. Zoesius *ad Pand. t. locati num.* 25. 26. Berlichius *part.* 4. *conclus. practic.* 26. *n.* 76. *& seqq.* Perezius *ad t. C. de locato num. quadam* 28. quam alii nonnulli tum demum admittunt, cum a pluribus una domus pro diviso habitata est, ac ignoratur, cujus ex parte incendii origo sit, Sande *d. lib.* 3. *decis. Fris. t.* 6. *defin.* 9. Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 390. *n.* 12. Nec hisce sic adstructis recte regeritur, quod jam ante concessum fuit, incendia inhabitantium culpa plerumque oriri, *l.* 3. *§. cognoscit.* 1. *ff. de offic. præfect. vigilum*, *l. si vendita.* 11. *ff. de peric. & commod. rei vend.* probandi vero onus eum gravare, contra quem præsumtio est. Considerandum enim, indefinitam esse orationem illam, qua incendia dicuntur plerumque fieri culpa inhabitantium. Cum ergo indefinitam enunciationem in contingentibus (id est, iis, quæ necessaria non sunt, sed esse & non esse possunt) non universali sed tantum particulari orationi æquipollere, tradant constanter dialectici, ac in aperto sit, inhabitantes quosdam posse culpa vacuos esse; non alius assertionis istius sensus est, quam incendia plerumque fieri culpa alicujus ex inhabitantibus; & quidem, non specifice culpa hujus aut illius hominis certi, longe minus culpa omnium & singulorum, ut perperam vult Vinnius; sed velut in individuo vago, ut loquuntur; Qualis vaga, ac certam ad personam non determinata præsumtio, neminem in specie aut præcipue premens, neminem quoque in specie ad onus probandi potest obligare: ne eveniret, innocentem subinde condemnari in probatione deficientem: sed magis, quod de dolo dicitur, designari scilicet debere personam, quæ dolum fecit, nec in eo actorem oportere vagari, dolumque singulari de persona probandum esse, non præsumendum, *l. sed et ex dolo* 15. *§. ult. l.* 16. *ff. de dolo quotiens* 18. *§.* 1. *ff. de probation. l. dolum* 6. *C. de dolo, l. dolus* 10. *Cod. de rescind. vendit.* idem & in culpa videtur servandum, dum ratio justitiæ non magis aliena ex culpa quam ex dolo alieno, alium puniri permittit. Quibus adde, specialia derogare generalibus *l. in toto jure* 80. *ff. de regul. juris*, adeoque, licet in vago contra inhabitantium aliquem præsumtio culpæ militare credatur; tamen, si de singulis quæratur, specifica præsumtio, secundum ante dicta, erit, unumquemque eorum diligentem fuisse, donec contrarium demonstratum fuerit, atque ita pelletur vis omnis præsumptionis istius generalis, per potentiorem aliam specificam, pro diligentia cujusque in dubio stantem. Animadvertendum denique, Jurisconsultos aperte satis definisse, sine culpa patrisfamilias posse incendium oriri; neque, si servorum negligentia factum esset, continuo dominum in culpa hærere, *d. l.* 11. *ff. de peric. et commod. rei vend.* sed posse noxæ dedendo defungi, *l. servus servum* 27. *§. Proculus ait* 11. *ff. h. t.* nisi negligens fuisset in eligendis servorum ministeriis, quibus demandata ignis cura, *d. l.* 27. *§. si fornacarius* 9. *et* 11. *ff. h. t.* Non etiam dictis adversatur Antonini rescriptum, quo dispositum, conductorem gregis, qui gregem ajebat a latronibus abactum esse, casum præstare non cogi, si probari possit, abactionem citra suam fraudem contigisse, *l. si quis domum* 9. *§. Imperator* 4. *ff. locati.* Cum ista facti species a nostra penitus diversa sit; dum hic constat de incendio, illic non ita de abactionis facto; hic disquiritur, cujus culpa incendium exortum sit, quod nulli poterat utilitatem præbere, sed tantum nocere: ibi, an prædonum abigeatu, an fraude conductoris grex non appareat: cum ipse conductor potuisset lucri particeps fuisse, pactus forte cum abactoribus in prædæ partem: unde & ob similem rationem creditori asserenti, se pignus amisisse, fides non fuit adhibenda, sed in id quod interest eum condemnari placuit, si non manifestis rationibus se perdidisse probasset, *l. si creditor* 5. *C. de pignorat. act.* Ut proinde a disparatis male fiat illatio. Ne dicam, probatam abunde censeri bonam fidem conductoris, ac doli defectum, dum ea diluit fraudis argumenta, quæ contra ipsum ab actore, gregis abacti domino, adducta sunt; eo modo, quo & criminum rei heredesque eorum, innocentiam ostendere perhibentur, *l. si is, qui* 2. *Cod. qui testam. fac. poss.* quos tamen absolvendos esse constat, si nihil sufficiens accusator attulerit, quo reus convincatur, *l. ult. §. ult. ff. de bonis eor. qui ante sentent.* Denique nec hæsitationem facere potest, *l.* 1. *§. ult. & ll. seqq. ff. de his, qui effud. vel dejecerint*, ubi, licet unus tantum dejecerit, omnes tamen actione de dejectis & effusis teneri debent, si non probent, se culpa carere; unde videri posset concludendum, licet ex unius tantum facto incendia oriri possint, omnes tamen, atque adeo præcipue inquilinum ipsum de incendio oportere in solidum condemnari, si non probet, a se culpam abfuisse. Respondendum enim, ex eo quod unus dejiciendo læsit atque ita vere deliquit, nullum alium actione ex lege Aquilia tanquam ex vero delicto conveniri posse præter eum qui dejecit. Sed quia inquilini omnes, dum

communiter & pro indiviso habitabant, in quadam erant culpa omissionis, quod non arcuerint a suo cœnaculo talem, qui dejecit, jure singulari ista negligentiæ species, in admittendis hospitibus temere dejicientibus consistens, a legislatore Romano cœpit haberi pro quasi delicto, ut tuta commeantibus esset publica via, cum alioquin vulgo impunitum esset alios bona fide intra suum cœnaculum recipere, nec quisquam teneretur ex delictis eorum, quos hospitio excepit, si eorum opera atque ministerio de cetero usus non sit, sive illi furtum damnumve fecerint, *l. licet* 6. *§. in factum* 3. *ff. nautæ caup. stabul. ut recepta restit.* sive quid dejecerint aut effuderint, si modo non illic, qua vulgo iter sit, *l.* 1. *§. parvi* 2. *ff. de his, qui effud. vel dejec.* Cum autem communiter idem cœnaculum inhabitantes omnes & singuli homines temerarios arcendi jus haberent, ac proinde id non facientes, omnes ac singuli istius culpæ, quasi delictum constituentes, rei effecti essent, hinc iniquum non fuit, læso concedi potestatem actione de dejectis adversus unum ex pluribus inquilinis, quem elegisset, ita tamen, ut electum solum non gravaret istius quasi delicti nomine exacta pœna, sed is a reliquis actione pro socio aliave simili recuperaret id omne, quod supra suam solvisset partem, *d. l.* 1. *§. ult. & ll. seqq.* quæ aliter obtinent, si plures vere deliquerint: tunc enim quod unus ex delicto communi solvit, non repetit a reliquis in totum aut pro parte, sed potius ceteri etiam pœna afficiendi, dum nulla delicti societas atque communio est, *l. item Mela* 11. *§. sed si plures* 2. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§. plane* 14. *ff. de tut. & ration. distrah.* Quibus consequens est, a pluribus, qui omnes & singuli quasi deliquerunt, uti id ex subsecuta dejectione constat, quique ob id in solidum singuli non ex aliena sed sua culpa, quasi delictum faciente, conveniuntur; perperam argumentum transferri ad inquilinum, necdum nocentem probatum, & sæpe culpa carentem (juxta *l. si vendita* 11. *ff. de peric. & comm. rei vindic.*) neque aliorum quorumvis penes se receptorum facta aut delicta præstare obstrictum, in solidum damnandum, nisi se culpa vacare probet.

21. Plane si exorti incendii tempore non nisi unum in ædibus fuisse proponas: cum præsumtio adversus inhabitantes nata in ejus solius caput tunc quadret, nec amplius generalis sed specialis ex accidenti sit; vix ambigendum, quin illo casu eundem onus probandi gravaturum sit. Idemque dicendum, si conductor contra legem locationi adjectam, ne certo ædium loco ignis strueretur, ibidem exstruxerit, & illo ex loco prima probetur incendii origo. Nam quod dicitur, eum teneri, *etiamsi casus admisit incendium*, *l. videamus* 11. *§. hoc* 1. *ff. locati*, non alio sensu recipiendum est, quam quod teneatur, etsi forte insolita ventorum vi aliove simili casu inopinato, ignis ille, alioquin innoxius, damnum dederit. Quo modo etiam, cum id actum esset *ne in villa urbana fœnum componeretur*, conductor composuisset, deinde servus igne illato se occidisset, conductorem ex locato teneri Labeo dixit, quia ipse causam præbuit inferendo contra conductionem, *d. l. videamus* 11. *§. ult. ff. locati*, quo nomine alioquin, si pactio talis de igne aut fœno certis locis non habendo non fuisset adjecta, nullus tenetur *d. l.* 30. *§.* 3. *ff. h. t.* De cetero, si ædes fulmine tactas loeator doceat, aut aliter constet, non occasione ignis vel fœni contra pactum habiti, sed aliter ædes arsisse, absolvendus foret, velut extra culpam positus incendii istius contemplatione.

22. Similiter inter eos, qui in re licita versantur, merito numerantur, qui contra violentiam alterius sese tuentur, *l. scientiam* 45. *§. qui, cum* 4. *ff. h. t. l.* 2. 3. 4. *C. ad leg. Corn. de sicar.* qui tamen, si modum excesserint, Aquiliæ rei sunt. Latronem sibi insidiantem, furem nocturnum occidere licet; diurnum, si telo se defendat, si modo id cum clamore testificetur, *§. injuria* 2. *Instit. h. t. l. itaque* 4. *pr. & §.* 1. *ff. h. t. l. si pignore* 54. *§. furem* 2. *ff. de furtis*, *l. nec timorem* 7. *§.* 1. *ff. quod metus causa*, si tamen periculum latronis effugere sine cæde ejus quis possit, si furi parcere sine suo periculo, nec id fecerit, legi Aquiliæ se reddit obnoxium, *d. §.* 2. *Instit. h. t. l. sed & si* 5. *ff. h. t. l. furem nocturnum* 9. *ff. ad leg. Corn. de sicariis.* Confer Ant. Matthæum *de crim. lib.* 48. *t.* 5. *cap.* 2. *numer.* 7. 8. aliosque, quos citat. Groenewegen ad *l.* 4. *ff. h. t.* Sed & qui sui defendendi causa lapidem in adversarium mittens, non eum, sed alium prætereuntem percusserit, tenetur, *l. scientiam* 45. *§. qui cum aliter* 4. *ff. h. t.* Et quamvis pro rerum suarum defensione moderamen inculpatæ tutelæ jura probent, *l.* 1. *C. unde vi*, *l. quod est* 3. *§. eum igitur* 9. *ff. de vi & vi armata*, cædem tamen aut vulnus infligi furi, vim non primitus inferenti, illicitum est. Unde cum tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuisset, & quidam præteriens eam sustulisset, eumque tabernarius consecutus retineret, lucernamque reposceret, ille vero flagello, quod in manu habebat, tabernarium verberare cœpisset, ut se mitteret, atque ex eo rixa majore orta, tabernarius tandem ei, qui lucernam sustulerat, oculum effodisset; definitum fuit, tabernarium, si id data opera fecisset, videri damnum injuria dedisse; si non data opera, non obligari: culpam enim penes eum, qui prior flagello percussit, residere. Plane si ab eo non prior vapulasset, sed cum ei lucernam furto subductam eripere vellet, rixatus fuisset, tabernarii culpa factum videri, eumque ex tertio legis Aquiliæ capite de oculo, etsi non data opera effosso, teneri, *l. si ex plagis* 52. *§. tabernarius* 1. *ff. h. t.*

24. Cum vero artis imperitia in illo, qui artem venditat aut profitetur, culpæ adscribatur, *l. si quis domum* 9. *§. Celsus* 5. *ff. locati*, uti & infirmitas; dum affectare nemo debet id, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, imperitiam suam aut infirmitatem alteri periculosam futuram, *l. Idem juris est* 8. *§.* 1. *ff. h. t.* consequens est, ut hac quoque lege teneantur medici, pharmacopolæ, obstetrices, imperite secantes, perperam medicamenta propinantes, supponentes, infundentes, pro medicamentis venena dantes. Sicut enim medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quoque prætextu humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo homines vana medicinæ faciendæ jactantia innoxium esse, fas non est, *l. quæ actione* 7. *§. Celsus* 6. *& ult. l.* 8. *l.* 9. *pr. & §.* 1. *ff. h. t. §. imperitia* 7. *Instit. h. t. d. l.* 9. *§.* 5. *ff. locati*, *l. illicitas* 6. *§. sicuti* 7. *ff. de offic. præsidis.* Adhæc artifices, qui non rei vitio, sed imperitia sua confregerunt rem, cui artem impendebant: sive calicem diatretum fa-

clendum, seu perforandum, sive gemmas includendas aut insculpendas, sive columnas aut dolia aut tigna aliasque res ponderosas transportandas, curandasve susceperint, *l. si servus servum* 27. *§. si calicem* 29. *& §. ult. ff. h. t.* junct. *l. item quæritur* 13. *§. si gemma* 5. *l. si merces* 25. *§. qui calumnam* 7. *ff. locati*. Illi quoque, qui per imperitiam aut infirmitatem impetum mularum sustinere non potuerunt, aut equorum, quibus vehebantur, *l. idem juris* 8. *§.* 1. *l. si ex plagis* 52. *§. in clivo* 2. *ff. h. t. §. impetu* 8. *Inst. h. t. l.* 1. *§. sed & si* 5. *ff. si quadr. pauper. fec. dic.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Hol. libr.* 3. *c.* 38. *num.* 15.

24. Denique ad hunc primum lædentium ordinem eos jure reduxeris, qui in exercitationibus ac ludis illicitis occupati, dum non satis observabant aut temporis aut loci, aut personarum rationem, damnum dederunt; vel scientes prudentesque læserunt, etsi tunc nec loci nec temporem nec personarum intuitu culpa in iis argui posset. Itaque si quis, dum jaculis ludit vel exercitatur, transeuntem alterius servum trajecerit; si quidem id a milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum sit, nulla culpa ejus intelligitur: sin alius tale quid admiserit, culpæ reus est: idemque juris est in milite, si is alio in loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus erat, id ipsum admiserit; vel in loco quidem declinato, sed data opera in eum jaculatus sit, *§. itaque* 4. *Instit. h. t. l. item si* 9. *§. ult. l.* 10. *ff. h. t.* Similiter, etsi in publico certamine, publica colluctatione, pugillatu, aut pancratio (id est certamine ex lucta ac pugillatu mixto; vel tali in quo certantes, certis haud adstricti modis viam ad victoriam quocunque sibi parant modo. Calvinus *in lexico*, verbo *pancratium*. D. Noodt *tract. de lege Aquil. cap.* 7. *in fine*) adversarium occidens, ex hac lege reus non fit, quia gloriæ causa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum datum: tamen si jam cedentem, eoque sese victum profitentem, occiderit, vel extra stadium aut palæstram quid tale admissum sit, Aquiliæ locum esse, Ulpianus scripsit, *l. qua actione* 7. *§. si quis in colluctatione* 4. *ff. h. t.* Cujacius *lib.* 21. *observ. cap.* 20. *in fine*. Nec longe ab hac facti specie recedit illa, qua, cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam percipere conaretur, impulit, & ita cadens servus crus confregit: etenim ita demum cum eo, cujus impulsu servus ceciderat, Aquilia experiri dominus potest, si data opera animoque nocendi impulsio facta sit: cum alioquin casu magis quam culpa damnum videatur datum, *l. si ex plagis* 52. *§. ult. ff. h. t.* Et quamvis publicæ lætitiæ aut festivitatis temporibus stramenta incendere, perque ea ardentia transilire, res licita fuerit: adeo ut, si duo stramenta ardentia transilientes concurrerint, ac alter cadendo flamma consumtus sit, agi cum altero nequeat: tamen, si intelligatur, suffocatum ab altero data opera eversum fuisse, recte eo nomine agi, Paulus monuit, *l. scientem* 45. *§. cum stramenta* 3. *ff. h. t.* obtinuit autem potissimum mos ille per stramenta ardentia transiliendi, tempore Palliorum, seu festo in honoris Palis, pastorum Deæ, unde & quidam montis Palatini denominationem petunt, instituto: quippe in quo post sacra peracta cœnasque paratas pastores per ardentes stipulæ crepitantis acervos membra strenua celeri trajiciebant pede, ut ait Ovidius; quem de hisce paliliis tractantem pluribus vide *Fastorum lib.* 4. uti & Rosinum *Antiquit. Roman. lib.* 4. *cap.* 8. *post. med.* D. Noodt *tract. ad leg. Aquil. cap.* 7. *in med.*

25. Sunt insuper, qui utili hujus legis actione tenentur, dum eorum impulsu, auxilio, hortatu, consiliove damnum datum est. Si quis enim alterius impulsu seu protrusione, dum reprimere sese non potuit, tertio nocuerit, non ipse, sed solus impellens conveniendus est, *l. qua actione* 7. *§. proinde* 3. *ff. h. t.* Nec dubium, quin solus plaustri superioris moderator teneatur, si cum plaustra duo in clivo ducerentur, superius culpa plaustrarii cessim ire cœperit, & in plaustrum posterius incidens effecerit, ut illud quoque retro rediens puerum obtereret, *l. si ex plagis* 52. *§. in clivo* 2. *ff. h. t.* sicuti & is, qui canem irritavit, ut aliquem morderet, sive canem tenuerit irritans, sive non, *l. item Mela* 11. *§. item* 5. *ff. h. t.* aut equum percussit, si is dolore concitatus adstanti alteri crus calce confregerit, *l.* 1. *§. generaliter* 7. *ff. si quadrup. paup. fec. dic.* quive animal immisit in pratum alterius, si id nocuerit depastione, *l. ult. C. h. t. l. qui servandarum* 14. *§. ult. ff. de præscript. verbis*, vel boves alterius in angustum coegit locum, eoque effecit, ut dejicerentur, *l. boves alienos* 53. *ff. h. t.* aut servum alterius in insidias deduxit, ut ab alio occideretur, *l. item si* 9. *§. si servum* 5. *ff. h. t.* servove suasit alieno, ut is arborem conscenderet, vel in puteum descenderet, si is in ascendendo aut descendendo mortuus, aut aliqua corporis parte læsus sit, *§. ult. Inst. h. t.*

26. Subnectendæ denique plurimæ factorum species, quæ vel a petulantia vel ab imprudentia vel a nocendi proposito ac dolo profectæ, utili vel directæ leges Aquiliæ actioni pro damno dato locum faciunt: veluti, si quis alium de ponte dejiciat, ut submergatur; puerumve saxo illidat, *l. qua actione* 7. *§. pen. ff. h. t.* si semet ipsum ex alto præcipitans, super alium venerit, eumque occiderit, *l. in leg. Corn. de sicar.* si servum equitantem, concitato equo, fecerit in flumen præcipitari, *l. item si obstetrix* 9. *§. si servum* 3. *ff. h. t.* si, cum una plures equitarent, unus ex his in tuum equum irruens, te aut equum tuum dejecerit, & ita tua aut equi tui crura fracta sint, *l. ult. ff. h. t.* si ancillam virginem maturam aut immaturam compresserit; *l. inter liberas* 6. *ff. ad leg. Jul. de adulter. l. si stuprum* 25. *ff. de injuriis*; si equum alterius coegerit, & in equas suas genituræ suscipiendique fœtus gratia admiserit, *l. si quis uxori* 52. *si quis asinum* 20. *ff. de furtis*, si prægnans mulier, aut equa, pugno percussa effecerit, *l. si servus servum* 27. *§. si mulier* 22. *ff. h. t.* si servus alterius ægrotus leviter percussus, inde perierit; cum aliud alii mortiferum esse soleat, *l. qua actione* 7. *§. sed si quis* 5. *ff. h. t.* si alienas apes exusserit, aut fumo facto fugaverit necaveritve, *d. l. si servus servum* 27. *§. si cum apes* 12. *l. si quis fumo* 47. *ff. h. t.* si panno rubro armenta concitaverit, *l. in furti* 50. *§. ult. ff. de furtis*, *§. interdum* 11. *Instit. de oblig. quæ ex delicto*, si mulas aut equos alienos nimis agitaverit, *l. qui insulam* 30. *§. qui mulas* 2. *ff. locati*, si animal alienum in suo depascens violentia nimia expulsum mutilaverit, *l. Quintus Mucius* 39. *§.* 11. *h. t.* si aprum laqueo alieno captum laxaverit, & in naturalem dimiserit libertatem, *l. in la-*

queum 55. *ff. de acquir. rer. domin.* si faciem alieno servo objecerit, eumque adusserit, *l. si servus servum* 27. *§. si quis igitur* 6. *ff. h. t.* si servum vestibus spoliaverit, & is inde frigore enecatus sit, vel eum incluserit, aut alimenta ei adferri prohibuerit, ut sane extingueretur, *l. qui servandarum* 14. §. 1. *ff. de praescript. verb. §. ult. Inst. h. t. l. item si obstetrix* 9. *§. si quis hominem* 2. *l. quemadmodum* 29. *§. magistratus* 7. *ff. h. t.* Adhaec, si quis alienas vestes inquinaverit aut consciderit, *l. item Mela* 11. b. *pen. l. si servus servum* 27. *§. si quis vestimenta* 18. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. de extraord. crim.* nummos, ut perirent, e manu excusserit, *d. l.* 27. *§. si quis de manu* 21. *ff. h. t.* calicem alterius argenteum in profundum abjecerit, *l. qui servandarum* 14. *§. sed & si* 2. *ff. de praescript. verbis*, mercium suarum servandarum gratia alienarum jactum fecerit sine causa, tempestate needum satis urgente, *d. l.* 14. *pr. ff. de praescript verbis*, fructus immaturos decerpserit, maturosve collectos in terram projecerit, ur corrumperentur, *l. si servus servum* 27. *§. si olivam* 25. & 26. *ff. h. t.* lolium aut avenam in segetem alienam seu terram consitam, injecerit, *d. l.* 27. *§. & ideo* 14. *ff. h. t.* frumento arenam aliudve simile, cujus separatio difficilis, miscuerit, *d. l.* 27. *§. item si quis* 20. *ff. h. t.* vinum spurcaverit, vel effuderit, vel acetum fecerit, aut quid ei indiderit miscueritve, quo naturalis bonitas vini corrumperetur, *d. l.* 27. *§. cum eo plane* 15. *ff. h. t. §. capite tertio* 13. *in fine Inst. h. t.* arbores alienas cecciderit aut extirpaverit, *l.* 1. *l. furtim* 7. *§. si quis radicitus* 2. *ff. arborum furtim caesar. l.* 1. *C. h. t. l. si merces* 25. *§. ipse quoque* 5. *ff. locati*, *l. denique* 13. *ff. quod vi aut clam* navem venaliciarum mercium perforaverit, *d. l.* 27. *§. si navem* 24. *ff. h. t.* funem, quo navis religata erat, praeciderit, *l. quemadm.* 29. *§. si funem* 5. *ff. h. t.* protecta aliena, etsi nullo jure supra suam aream emissa, resciderit, *d. l. quemadmodum* 29. *§. si protectum* 1. *ff. h. t.* fores effregerit, aedificium demolierit, *d. l. si servus* 27. *§. si quis aedificii* 31. *l. qui domum* 50. *ff. h. t. l. leges* 2. *C. h. t.* parietem idoneum sustulerit, *l. sciemiam* 45. *§. ult. ff. h. t.* aquaeductum diruerit, *d. l.* 26. *§. si quis aquaeductum* 32. *ff. h. t.* fistulas, quibus aqua ducitur, alieno parieti sic applicitas habuerit, ut inde damnum parieti daretur, *l. si fistula* 18. *ff. de servit. praed. urban.* Chirographum alienum, aut testamenti tabulas, rationes, aliaque similia deleverit; quippe quo casu utili hac actione legatariis & heredibus, aliisque, quorum interest pecuniarie, devinctus foret, *l. si quis testamentum* 41. *l.* 42. *ff. h. t. l. qui tabulas* 27. *§. ult. l. quidem* 32. *§. ult. ff. de furtis*, si modo post aditionem hereditatis contigerit tabularum testamenti deletio: nam si ante aditam hereditatem id factum esset, actioni doli locum fore, verius est, *l. si quis tabulas* 35. *ff. de dolo.* Adde *t. de dolo malo.* Pertinent huc denique doliorum cerevisiariorum confractiones & combustiones, quibus occursum variis placitis. Vide *Placit. Hol. vol.* 3. *pag.* 939. 940. nocturnae grassationes vitrorumque excussiones, variis, etiam arbitrariis poenis coercendae secundum placita, *vol.* 1. *Placit. Holl. pag.* 519. & *seqq. vol.* 2. *pag.* 2407. *vol.* 3. *pag.* 531. qualia vitia, utinam solius aetatis, non etiam saepe naturae essent; ut de Nerone Suetonius; cujus malignus hic in parte mores adscribere lubet, ut quisque rei turpitudine considerata, meliora probet atque sequatur. " Post crepusculum, *inquit cap.* 26. statim arrepto pileo vel galero, popinas inibat, circumque vicos vagabatur ludibundus, nec sine pernicie tamen, siquidem redeuntes a coena verberare, ac repugnantes vulnerare, cloacisque demergere assueverat; tabernulas etiam effringere et expilare, ac saepe in ejusmodi rixis oculorum & vitae periculum adiit, a quodam laticlavio, cujus uxorem attrectaverat, prope ad necem caesus."

27. Vidimus, quibus in casibus ob damnum injuria datum Aquilia agere permissum sit. Cessat vero jus experiundi hac actione, si nullum vere damnum datum sit, etiamsi forte illicitum de cetero factum appareat. Qua ratione non hac, sed injuriarum potius actione tenetur, qui servum loris aut virgis aut pugnis caedendo, nullo eum pretio viliorem reddiderit, deterioremve, *l. servus servum* 27. *§. rupisse* 17. *ff. h. t.* quemadmodum furti, non hujus judicii, reus est, qui fructus jam maturos decerpserit, aut sylvam caeduam interceperit jam maturam, *d. l.* 27. *§. si olivam* 25. 26. 27. *ff. h. t.* Sed & si puerum quis castraverit, cum non deteriorem ita fecerit, sed pretiosiorem, cessante Aquilia injuriarum aut ex aedilitio foret edicto agendum, *d. l.* 27. *§. & si puerum* 28. *ff. h. t.*

28. Praecipue vero & Aquilia & omnis alia actio deneganda venit, quoties damnum jure datum probatur; veluti, si servum quis occidat in adulterio deprehensum, *l. qui occidat* 30. *ff. h. t l. marita* 24. *ff. ad l. Jul. de adult.* aut laedit eum, a quo vim propriis in aedibus patitur, Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 34. *n.* 10. aut propria in navi, nocturnis praesertim temporibus, & locis suspectis. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 223. & *part.* 4. *consil.* 150. aut latronem sibi insidiantem, aut furem nocturnum, vel diurnum telo sese defendentem, cum ei parcere sine suo periculo non posset, interficit, secundum ante dicta. Eoque in numero habendus etiam, qui vicinas aedes intercidit, ne ad suas incendium perveniret, siquidem ad aedes vicinas incendium jam pervenerit: neque enim injuria fecisse videri potest, qui se tueri voluit, cum alias non posset, neque damnum dedisse aedibus, etiam sine dejectione aeque incendio perituris, *l. si alius fecerit* 7. *§. est & alia* 4. *ff. quod vi aut clam, l. quo naufragium* 3. *§. quod ait* 7. *ff. de incend. ruina naufrag. nave, rate, expugn.* Plane, si ad aedes dejectas haud pervenerit incendium, dejicientem actione rei persecutoria, puta, interdicto quod vi aut clam, teneri, verius est, *d. l.* 7. *§.* 4. *ff. quod vi aut clam*, at neutiquam hac ex lege Aquilia, quam creditum fuit etiam tunc, cum in simplum concipitur, non rei persecutoriam, sed poenalem esse, *l. si quis fumo* 49. *§. ff. h. t.* junct. *§. his autem* 9. *Inst. h. t.* Adde D. Noodt *ad leg. Aquil. cap.* 19. Groenewegen ad *l.* 49. *ff. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 22. *n.* 3. & quae scripsi *ad t. de lege Rhodia de jactu n. pen.*

29. Simili modo nec hac, nec ulla alia actione coercendum damnum solo casu fortuito sine culpa datum, cujus exempla varia in superioribus adducta sint. Vide *l. quemadmodum* 29. *§.* 2. 3. 4. *l. si ex*

plagis 52. §. *ult. ff. h. t. l. eum, qui* 5. *C. ad l. Cornel. de sicar.*, quibus addi potest, si quis, dum duos pugnantes separare allaborat, alterutrum vulnerat absque vulnerandi seu lædendi proposito, Christinæus *ad leg. Mechl. t. 2. art.* 31. *in pr.* nec dubium, quin damno per casum dato illud quoque, quod ab infante aut furioso infertur, accensendum sit, *l. sed & si* 5. §. *& ideo* 2. *ff. h. t. l. infans* 12. *ff. ad leg. Cornel. de sicariis*. Quamvis haud prætermittendum videatur, quandoque casum pro negligentia & culpa in jure poni, ac damna dici casu data, dici & casus fortuitos homicidii, qui ab ira subitanea profecti erant, ac incendia fortuita, quæ a negligentia processerant; ad oppositionem eorum, quæ dolo atque proposito facientis contingunt, „ l. „ qui ædes 9. ff. de incend. ruin. naufrag. l. ab„ sentem 5. §. ult. l. aut facta 16. §. eventus 8. l. „ capitalium 28. §. incendiarii 12. ff. de pœnis, „ *Vinnius* select. quæst. lib. 1. cap. 33. fere in pr.

30. Potest autem cum actione ex lege Aquilia concurrere accusatio ex lege Cornelia de sicariis, quoties dolo occisus homo proponitur: sic ut judicio criminali nullum ex intentato prius judicio civili fiat præjudicium, *l. inde Neratius* 23. §. *si dolo* 9. *ff. h. t.* §. *liberum* 11. *Instit. h. t.* Quibus non adversatur Paulus, *l. interdum* 4. *ff. de publicis judic.* cum *præjudicium fieri*, non aliud ibi denotet, quam, ex judicio civili, quod prius finitum est, exemplum sumi, ut judices in criminali judicio considerent etiam atque perpendant adhibitas antea civili in lite probationes. Confer Rævardum *tract. de præjudiciis lib.* 1. *cap.* 1. 2. Et de hoc judiciorum ex lege Aquilia, itemque Cornelia, concursu, Ulpianus quoque meminit libro decimo octavo ad edictum, in *l. sed & si* 5. *pr. ff. h. t.* dum de eo, qui alium se ferro petentem occidit, disserens ait; *qui autem, cum posset apprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur, ergo & Cornelia tenebitur*. Nec ulla ratio sufficiens est, cur pro *Cornelia* substituatur *Aquilia*, cum Jurisconsultus illic id unum monstrare intendat, utrum injuria an jure cædes facta sit: injuria autem occidit, qui vel dolo vel culpa hominem necat. Tenetur ergo in casu istius legis occidens ex lege Aquilia, tanquam talis, qui injuria peremit. Sed ne quis existimaret, tantum ex lege Aquilia teneri eum, qui latronem furemve, cum apprehendere posset, obtruncavit, Ulpianus amplius addit, eum quoque *Cornelia teneri*; positis nempe legis Corneliæ terminis habilibus: quod abunde innuitur particula *&; ergo & Cornelia tenebitur*. Quo modo etiam in *d. l.* 23. §. 9. *ff. h. t.* idem Ulpianus eodem libro 18. ad edictum scripsit, *si dolo servus occisus sit, & lege Cornelia dominum agere posse constat*; id est, non tantum ex lege Aquilia, sed amplius, etiam ex lege Cornelia. Nec est, quod excipias, non semper eum, qui injuria occidit, ex lege Cornelia reum esse, sed demum, si dolo. Nam, quanquam id verissimum est, non tamen ideo sequitur, perperam interpretationem Ulpiani fieri, dum eum intelligimus positis terminis habilibus doli: cum eodem quoque modo in §. *liberum* 11. *Inst. h. t.* generaliter & indefinite dicatur, *l. liberum esse ei, cujus servus occisus fuerit & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere*; nulla facta doli & culpæ distinctione; quam tamen uti isti textui aliis ex legibus accommodari oportere certum est, ita ratio nulla suppetit cur non eandem Ulpiani locus ex eodem Ulpiano restrictionem potius admittat quam emendationem.

31. Civilia quoque plura judicia cum hoc conjungi posse, veluti injuriarum, arborum furtim cæsarum, servi corrupti, ac alia his similia, expeditum est. Præcipue vero & depositi & commodati & locati & pro socio & pigneratitiæ actionis cum hac ex lege Aquilia descendente concursus juris nostri placuit auctoribus, *l. unde quæritur* 7. §. 1. *l. in rebus* 18. §. *sive autem* 1. *ff. commodati*, *l. qua actione* 7. §. *ult. l. sed & si is* 18. *l. si servus servum* 27. §. *si fornacarius* 9. §. *Proculus* 11. & §. *pen. l. qui tabulas* 42. *ff. h. t. l. item quæritur* 13. *pr. l. si merces* 25. §. *ipse quoque* 5. *l. qui insulam* 30. §. *qui mulas l. si vulneraveris* 43. *ff. locati*, *sed si ex causa* 47. §. 1. & *ll. seqq. ff. pro socio*, *l. qui servum* 34. §. *hinc* 2. *ff. de oblig. & act.* Adeo ut, si prius istis actum fuerit actionibus mere rei persecutoriis, hæc ex lege Aquilia quantum ad rem quidem tollatur, non autem quatenus pœnalis est, & actor, hac agens post illas, hoc minus consecuturus sit, quam ceteris ex causis experiundo jam adeptus est, *d. l. unde quæritur* 7. §. 1. *ff. commodati*. Quod et vult *d. l. qui servum* 34. §. *ult. in fine*, *ff. de oblig. & act.* in cujus fine delenda videtur particula *non*, ac legendum *simplo locum habet*, propter verba præcedentia, satis aperte definientia, actionem ex lege Aquilia remanere in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est. Facitque huc argumentum ex *l.* 1. *ff. arborum furt. cæsar.* Neque his contrarium existimari debet quod tali in concursu læsus alterutra jubetur actione contentus esse, *l. sed & si is* 18. *ff. h. t. l. sed actione* 50. *ff. pro socio*, *l. si merces* 25. §. *ipse quoque* 4. *l. si vulneraveris* 43. *ff. locati*, *l. in rebus* 18. §. *sive autem* 1. *ff. commodati*. Non enim aliud eo ipso significatur, quam quod non possit actor altera actione rem iterum persequi, quam jam priore fuerat judicio adeptus; uti id ex ratione, quæ in *d. l.* 50. *ff. pro socio*, subjuncta invenitur, abunde patet, dum ibi altera jubetur læsus actione contentus esse, *quia utraque actio ad rei persecutionem respicit*, sic ut in legis Aquiliæ actione jurisconsultus non pœnam, sed nudam consideraverit rei persecutionem, dum alteram actorem voluit contentum esse; ne alioquin si altera alteram non perimeret, bis idem actor contra bonam fidem consequeretur; quod tum metuendum, ubi actione secunda ex lege Aquilia nil amplius, quam poenam, subducta re, petit, juxta *d. l.* 34. §. *ult. ff. de oblig. & action.* Quo modo etiam, concurrente condictione furtiva & pro socio actione, cessare actionem pro socio responsum fuit, si ex causa furtiva condictio facta esset; sed cum limitatione, *nisi si* post condictionem *adhuc pluris interesit* agentis, *leg. sed si ex causa* 47. *pr. ff. pro socio*.

TITULUS III.

De his, qui effuderint vel dejecerint.

SUMMARIA.

1. *Quales actiones competant ob dejectionem vel ef-*

fusionem; quæ sit utilitas actionis de dejectis; cui detur, & contra quos? cur inhabitationes teneantur? quid, si plures inhabitent? An contra hospitem seu viatorem receptum? an contra studiosum, ex cujus museo quid dejectum? quis teneatur, si quis cœnaculariam exercuerit, & quid illud sit?

2. *Quis conveniendus, si ex filiifamilias aut servi inquilini cœnaculo quid dejectum sit?*
3. *Ad quid tendat hæc actio jure Romano & moribus?*
4. *Ad quid agatur, si homo liber dejectione læsus vel occisus sit, jure civili & hodierno; & quinam tunc agere possint?*
5. *Quo in loco, & quo tempore, unde debeat dejectum esse, ut locus sit actioni de dejectis?*
6. *Quid sit actio de positis & suspensis, cui, contra quos, ad quid detur? etiam ei locus est, si positum deciderit ac nocuerit, quoties læsus putat eam sibi adhuc expedire.*
7. *Inquilinus bis conventus actionibus regressum habet adversus eos, qui dejecerunt aut posuerunt.*

1. NOn privatim modo, sed & publice interest, ut tuta, & sine damni metu, commeantibus via sit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* tuta vero non est, si quid illic dejiciatur aut effundatur, ponatur aut suspendatur, ex quo contingere læsio posset. Qua de re edictum prætoris ad viarum securitatem propositum est, in duas divisum partes, arg. *l. si vero* 5. *§. hoc edictum* 7. *ff. h. t.* Indeque duplex actio prodita, quarum prima est de dejectis & effusis. Etsi enim in aperto sit, plures ob dejectionem effusionemve actiones adversus eos, qui dejecerunt aut effuderunt, comparatas esse, qualis est ex lege Aquilia, injuriarum, quin & accusatio tanquam ex crimine extraordinario, maxime, si quis fimo corrupto transeuntem perfuderit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de extraordinar. criminib.* utile tamen fuit, hunc quoque de dejectis & effusis induci; cum in ea necesse non sit, personam, quæ dejecit, designari. Est enim hæc actio ex quasi delicto, competens ei, qui ex dejectione vel effusione damnum sensit, ejusque heredibus, in perpetuum: contra inquilinum, non item heredes ejus, *l. si vero* 5. *§. hac autem* 5. *ff. h. t.* sive proprias sive alienas ædes gratis aut ex conducto inhabitantem, etiam horrearium, aut apothecæ conductorem, vel qui in hoc duntaxat conductum locum habet, ut ubi opus faciat, vel doceat, ex cujus cœnaculo vel loco conducto quid dejectum vel effusum fuit, *§.* 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto l.* 1. *§. hac in factum* 4. & *§. pen. l. si vero* 5. *§. si horrearius* 3. *ff. h. t.* vel sponte cecidit, cum ante positum aut suspensum esset; nam & hoc pro dejecto aut effuso magis haberi, Ulpianus auctor est *d. l.* 1. *§. quod cum* 5. *ff. h. t.* Licet ipse nec dejecerit, nec posuerit; cum culpa ipsius non in dejectione consistat, sed in eo potius, quod aut malignos, aut negligentes intra domus suæ vel cœnaculi septa receperit, quos jure suo repellere poterat, quorumque ideo culpam tenetur præstare, *l. si quis absentis* 5. *§. is quoque* 5. *ff. de oblig. & act. d. §.* 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto*, *l.* 1. *§. pen. l. si vero* 5. *§.* 1. & 3. *l. pen. §.* 2. *ff. h. t.* Hospes plane seu viator hac actione non tenetur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur, tantumque inter habitantem & hospitem interest, quantum inter domicilium habentem & peregrinantem *d. l. §. pen. ff. h. t.* quod ipsum etiam vult Ulpianus in *l. si vero* 5. *§. si quis* 1. *ff. h. t.* cum ait, *sed & si hospitaculi habeat, solus tenebitur*; quibus in verbis subaudiri debet repetitio *maximæ partis* in anterioribus propositæ; aut sensus sit, eum, qui cauponam exercet, solum teneri, si maximam partem hospitaculi seu cauponæ, ad hospites excipiendos comparatæ, sibi habeat. Atque ita non erit opus deletione hujus periodi, quam sine sensu esse Cujacius ait *lib.* 21. *observ.* 1. *in fine*, cui tamen facile assentior delenti in *d. §.* 1. *sed si quis cœnaculi, ipse solus tenebitur*, non tam, quia sensum verba non habent, (nam & hic subaudiri potest, *maximam partem*) quam quia in verbis prioribus is casus jam definitus erat. Si plures simul unam domum inhabitent, si quidem pro diviso, actio in eum solum danda, qui inhabitat illam partem, unde effusum est: sin pro indiviso, in unumquemque in solidum agi potest, actoris arbitrio, sed ita, ut solutione per unum facta reliqui liberentur ab eo, qui læsus est, præstituri deinde damni partem, societatis judicio vel utili actione, ei qui solvit, *l.* 1. *§. ult.* & *ll. seqq. ff. h. t.* quod & tunc obtinebit, cum pro diviso quidem plures inhabitant, sed dejectum quid est ex mediano cœnaculi, id est loco illo, in quo omnes conveniunt, aut in quem distinctæ singulæ ædium partes exitum habent, *l. si vero* 5. *§. interdum* 2. *ff. h. t.* quod & vestibulum commune dicitur, de quo *l. arbor* 19. *§.* 1. *ff. communi divid.* vel commune & promiscuum plurium cellarum iter, *l. quis sit fugitivus* 17. *§. apud Cælium* 15. *ff. de ædilit. edicto*. Aut cum quis cœnacularium exercens, (id est; notante Gothofredo, totas domos conducens, ut singula deinde cœnacula locet inquilinis quæstus gratia) modicum sibi hospitium retinuit, residuum pluribus locavit: omnes enim tenebuntur, quasi in hoc cœnaculo habitantes, unde dejectum effusumve est, *l. si vero* 5. *§. si quis gratuitas* 1. *in fine ff. h. t.* Aliud dicendum, si coenaculariam exercens ipse maximam coenaculi partem sibi habeat, quippe qui solus teneretur; uti &, qui gratuitas dedit habitationes libertis & clientibus vel suis vel uxoris, aut modica amicis suis hospitiola distribuit *d. l.* 5. *§.* 1. ex quibus præmissis non male collegeris, si quid ex studiosi cubiculo dejectum fuerit, non ipsum hac actione teneri, sed inhabitantem; cum plerumque hic maximam ædium partem sibi habeat, etsi coenaculariam exerceat, modico tantum hospitio in usum studiosi cedente; nec studiosum satis apte inquilinum, sed magis hospitem dixeris, quippe studiorum causa peregrinantem, arg. *d. l.* 1. *§. pen. l.* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *l. cives* 7. *C. de incolis*, *auth. habita C. ne filius pro patre*. Ant. Matthæus *de obligationib. disputat.* 29. *n.* 12.

2. Filiofamilias seorsim a patre habitante, non pater sed filius ipse conveniendus est, si quid ex filii coenaculo dejectum sit *§. pen. in. de obligat. quæ quasi ex delicto*, *l.* 1. *§. si filiusfam.* 7. *ff. h. t.* Quin &, si servus habitator sit, in dominum neque noxalis actio danda, quia nihil ipse servus deliquit; neque de peculio, quia nulla ex negotio gesto obligatio est; sed ipse servus officio judicis extra ordi-

nem coercendus, *d. l.* 1. §. *cum servus* 8. *ff. h. t.* Plane si cum domino servus moretur, & ex dominico coenaculo quid ipse dejecerit, si quidem domino insciente, noxæ deditione poterit dominus conventus liberari, *l.* 1. *pr. l. si vero* 5. §. *prætor ait* 6. *ff. h. t.* sin eo sciente & patiente, non noxali judicio dominus, sed suo nomine condemnandus foret, arg. *d. l.* 5. §. *positum* 10. *ff. h. t.*

3. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur duplum damni dati, si illud rebus æstimationem recipientibus illatum sit, *d.* §. 1. *Inst. de obl. quæ quasi ex delict.* in quo cum hæc ab actione legis Aquiliæ distet, quæ plerumque in simplum est, ex inficiatione demum in duplum crescens, quemadmodum & in eo, quod sic ex culpa aliena condemnatio fit, utrumque probabiliter ob publicam viarum utilitatem, *l.* 1. *ff. hæc in factum* 4. *ff. h. t.* consequens est, ut actionum harum termini haud confundendi sint, quod tamen fieret, si vulgata servaretur lectio *legis* 5. §. *cum autem* 4. *ff. h. t.* in qua proinde pro verbis, *cum autem legis Aquiliæ actione propter hoc qui condemnatus est*, reponendum esse, *cum autem in factum actione* &c. monuit D. Noodt *probabilium lib.* 1. *cap.* 10. Hodie tamen non in duplum, sed tantum ad damni reparationem dari solere hanc actionem, post alios notat Groenewegen ad *d.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto*.

4. Quod si homini libero per dejectionem vel effusionem nocitum sit, cuivis quidem ex populo intra annum popularis actio datur, sed læso ipsi in perpetuum, ad impendia in curationem facta, & æstimationem operarum, quibus læsus caruit & in posterum cariturus est, nulla cicatricum, deformitatis, dolorisve habenda ratione, *l.* 1. *pr. l.* 5. §. 5. *l. ult. ff. h. t. d.* §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delict.* quorum tamen etiam rationem haberi oportere moribus hodiernis, si desideretur, tit. præcedente dictum fuit. Si liber homo inde perierit, ad quinquaginta aureos actio in factum comparata est, eaque annalis & popularis: dummodo sciamus, ex pluribus desiderantibus hanc actionem ei potissimum dari debere cujus interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingit, *l. si vero* 5. §. *hæc autem* 5. *ff. h. t.* ut, puta, uxori, liberis, quos etiam hodie non præcise ad aureos quinquaginta agere obtinuit, sed ad id, quanti judici æquum videbitur ob victum, quem occisus potuisset iis probabiliter præbere, Groenewegen, & Parens p. mem. Paulus Voet ad *d.* §. 1. *Inst. de oblig. quæ quasi ex delicto n.* 2. Quales etiam hæc petendo non videri se gessisse pro herede, dicetur plenius *tit. de acquir. vel omit. hered.*

5. Nihil autem interest, quo tempore dejectum sit, de die, an de nocte; nec utrum ex ædibus an ex navi, quo casu utilis actio contra magistrum est, *l. pen. pr.* & §. §. *seq. ff. h. t.* nec denique, utrum publicus locus sit, an vero privatus, si modo soleat illac eo tempore, quo dejicitur, iter vulgo dari, *l.* 1. §. *parvi* 2. *ff. h. t.* arg. *l. si putatur* 31. *ff. ad leg. Aquil.* Proinde, si quis dejecerit in eo loco, quo vulgus nunc demum incipit iter facere, cum antea non soleret, cessat hæc actio, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.*

6. Altera est actio de positis & suspensis, competens cuivis ex populo, & heredi, non qua heredi, sed qua uni ex populo, *l. si vero* 5. §. *ult. ff. h. t.* adversus inquilinum, vel eum, qu vacuis in ædibus quid poni vel suspendi passus est, etsi ipse non posuerit; etiam contra dominum, cujus servus posuit, si ipse id sciens, positum patiatur, sic ut tunc non noxali judicio, sed suo nomine conveniendus sit, *d. l. si vero* 5. §. *prætor ait* 6. §. *ait prætor* 8. & §. *positum* 10. *ff. h. t.* non contra heredes, *d. l.* 5. §. *ult. ff. h. t.* ad pœnam decem aureorum, *d. l.* 5. §. 6. §. 1. *Instit. de oblig. quæ quasi ex delicto*, dummodo primo quidem positum suspensumve fuerit supra locum illum, qua vulgo iter fit, in suggrunda protectove, *d. l.* 5. §. 6. & 9. *ff. h. t.* unde, cum pictor in pergula clypeum vel tabulam expositam habuisset, aut amphoram ex reticulo suspensam, eaque excidisset, actionem hanc summo jure non competere palam est; quia neque in suggrunda neque in protecto, adeoque non supra illum locum quo vulgo iter fit, quicquam positum aut suspensum fuerat: ad exemplum tamen hujus actionis utilem actionem dari oportere, Servius respondit *d. l.* 5. §. *pen. ff. h. t.* Sed & secundo necesse, ut periculose positum sit; id est, ita positum, ut & probabilis decidendi metus sit, & possit positum, si cadat, nocere; *d. l.* 5. §. 6. & 11. *ff. h. t.* Quod si id, quod positum fuerat, ceciderit, actioni de dejectis & effusis utili contra inquilinum, vel ex lege Aquilia contra ponentem, locus est, *l.* 1. §. *quod cum* 3. *d. l.* 5. §. *pen. ff. h. t.* neque tamen eundum inficias, quin & post casum actio de positis & suspensis supersit; cum JCtus dicat, *coerceri eum, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat, sive non nocuit*; nocere autem posita aut suspensa non soleant, nisi cadendo, *d. l.* 5. §. *prætor ait cujus* 12. *ff. h. t.* Quod autem in *d. l.* 5. §. *si id* 12. *ff. h. t.* subjungitur, *si id, quod positum erat, deciderit, & nocuerit, in eum, qui habitaverit*, hanc actionem *non competere*; non eo sensu accipiendum est, quasi ea prorsus denegata esset; sed potius, quod plerumque non expediat post casum, ea agi; *quasi hæc actio non sufficiat*, dum ex eo, quod decidit, sæpe plus damni contingit, quam est in pœna decem aureorum hac actione petendorum. Proinde si tam exigua ex casu læsio illata sit, utili de dejectis actione ne decem quidem aureos læsus consequi posset, quia jam expedit etiam post casum actio de positis & suspensis, recte per eam decem aureorum pœna petetur. Unde & in verbis sequentibus dicti §. 12. Servius dicitur respondisse, ad exemplum hujus actionis de positis & suspensis, oportere dari actionem, scilicet utilem, si pictor non in suggrunda protectove, sed in pergula, adeoque non supra viam, clypeum aut tabulam positam habuisset, eaque excidisset, & nocuisset transeunti.

7. Quoties autem inquilinus propter ea, quæ per alium dejecta vel suspensa sunt, quid solvere coactus fuit, actione in factum contra ponentem vel dejicientem regressum habet, *d. l.* 5. §. *cum autem* 4. *ff. h. t.*

TITULUS IV.

De noxalibus actionibus.

SUMMARIA.

1. *De æquitate noxalium actionum: jus singulare est, si servus injuriam intulerit.*

2. *Recensentur delicta privata, in quibus actio noxalis locum habet. Non datur, si crimen publicum, vel extraordinarium, vel populare a servo commissum sit; nec, si ex privato delicto criminaliter extra ordinem agatur.*
3. *Non etiam datur, si ex servi contractu obligatio descendat, licet tunc dolus servi intervenerit, nisi minor dolo servi læsus sit. An & ex quasi delicto?*
4. *Quibus detur noxalis actio? An fructuario, cui servus fructuarius nocuit? an uni ex pluribus servi dominis; et quid juris, si pluribus nocitum sit?*
5. *Datur contra dominum servi. Quis conveniri possit, si servus jam manumissus aut alienatus sit?*
6. *Quinam sint effectus noxæ deditionis, et quid si non dominus noxæ dederit? An et quando noxalis actio contra bonæ vel malæ fidei possessorem, fructuarium, creditorem jus pignoris in servo habentem, commodatarium, similesque dari possit?*
7. *Recensentur casus, quibus quis noxali actione conventus liberari nequit noxæ dando. An, si domino sciente et patiente servus deliquerit, directa et noxalis actio contra dominum detur, et an altera alteram tollat? quid, si unus dominorum sciverit, alter ignoraverit? quid si omnes sciverint?*
8. *Recensentur casus, quibus neque damnum reparandum, neque servus noxæ dandus, sed reus a judicio noxali liberandus est.*
9. *Quid juris, si plures servi simul deliquerint? quid si servus unus sæpius deliquerit, et dominus ab uno conventus, damnum reparaverit, aut servum agenti noxæ dederit? peti potest exhibitio familiæ servorum, ut agnoscatur servus, qui læsit: quo in loco noxalis actio movenda sit?*
10. *Olim noxalis actio etiam ex filiifamilias delicto dabatur, hodie non. Quo modo, et quo usque hodie parentes et domini ex liberorum famulorum et ancillarum delictis regulariter teneatur? Jus singulare, quod insolatores* (Bleeckers) *et collium canicularıorum conductores ex factis famulorum et ancillarum teneantur? et quousque pater, cujus filius puellam prægnantem fecit, respectu alimentorum ac dotis?*

1. NOxales actiones generaliter quidem non ex delictis tantum servorum, sed & ex factis animalium, quin & ex eo, quod res nostræ inanimatæ rebus alienis damnum intulerunt, oriuntur, *l. prætor ait* 7. §. *hoc edictum* 1. *ff. de damno infecto*, sed cum jam ante de obligatione ex factis animalium seu pauperie descendentibus actum sit in *tit. si quadrupes paup.* noxales hic in specie dicuntur actiones, quæ nascuntur ex delictis servorum, *pr. et* §§. *seqq. Instit. de noxal. action.* Etsi enim melior quidem conditio nostra per servos nostros, at non deterior fieri potuerit, *l. melior* 133. *ff. de reg. juris*, tamen ne servorum alienorum malitia læsi penitus in damno hærerent, ex æquitate receptum fuit, aut damnum ipsis reparari debere, aut ipsos servos maleficii causa noxæ dedi, & in hoc servos deteriorem posse facere dominorum conditionem, *l. 1.* §. *quod igitur* 15. *in fine ff. de vi et vi armata*, sic ut actionum harum vis ea ac potestas sit, ut condemnatis liceat deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis æstimationem, *l. 1. ff. h. t.* eo excepto, quod, intentata noxali injuriarum actione, in arbitrio domini sit, utrum litis æstimationem sufferre velit, an servum noxæ dare, an verberandum eum exhibere, ut ita verberibus satisfiat ei, qui injuriam passus est, *l. sed si unius* 17. §. *cum servus* 4. *ff. de injuriis.*

2. Ut autem noxali actioni locus sit, servi delictum sequitur, idque privatum, veluti furti, injuriarum, rapinæ, damni injuria dati, *pr. et* §. *sunt autem* 4. *Instit. h. t. d. l.* 1. *ff. h. t.* aut cum aliud quid simile dolo servi factum est, quod in contractum aut quasi non cadit, *l. si quis affirmavit* 9. §. *et, si servum* 4. *ff. de dolo*, puta, si servi alieni mores corruperit, *l. doli verbum* 5. §. *pen. ff. de servo corrupto*, si falsum modum dixerit, cum mensor esset, *l. si duobus* 3. §. *ult. ff. si mensor fals. mod. dix.* si arbores furtim cæciderit, *l. si servi* 2. *C. h. t.* si in jus vocatum vi exemerit, dolove ejus factum sit, quo minus quis judicio se sistat, *l.* 1. §. 1. *ff. ne quis eum, qui in jus voc. vi eximat*, *l.* 1. §. *pen. l.* 2. *ff. de eo, per quem fact. erit quo minus quis judicio se sistat.* Neque vero publicum crimen, neque extraordinarium, a servo perpetratum, noxæ deditioni locum facit; sed magis ipse servus accusandus est, eumque in finem a domino exhibendus, *l. si criminis* 2. *C. ad exibendum*, ac ab eodem, si ita videatur, defensus, condemnandus, ut legitimis aut arbitrariis plectatur pœnis, si nocens deprehendatur, *l. pen. in fine C. h. t. l. quis sit fugitivus* 17. §. *noxæ* 18. *ff. de ædilit. edicto*, *l. si cuidam* 2. *C. de accusationibus*, arg. *l.* 1. §. 1. *ff. de pœnis.* Sed & in popularibus actionibus, si servi a dominis non defendantur, nec pœnam pecuniariam solvere domini eorum parati sint, cessante noxæ deditione, corpus torquendum est, *l. prætor ait* 3. §. *pen. ff. de sepulcro violato*, *l. si quis id* 7. §. *in servos* 3. *ff. de jurisdict.* junct. *l.* 1. §. *ult. ff. de pœnis*, imo, cum ex delictis privatis furti, rapinæ, injuriarum, vel civiliter agi possit vel criminaliter, si quis extra ordinem pœnam publicam exerceri velit, noxæ dationi locus non est, arg. *l. ult. ff. de injuriis*, *l. ult. ff. de privatis delictis*, quibus etiam in casibus, si puniti pœnæ suæ supersint, dominis suis restituendi sunt, *d. l. ult. ff. de injuriis.*

3. Ex contractu vel quasi si oriatur obligatio, non noxalis, sed de peculio actio est, *l.* 1. *ff. h. t.* licet delictum quoque versetur, seu dolus servi in contrahendo interveniat, *l. ex contractibus* 49. *ff. de oblig. et action.* eo excepto, quod, si servus dolo minorem in contrahendo circumvenerit, nec ex servili peculio possit minori res salva esse, servus noxæ dandus sit, aut verberibus castigandus, *l. quod si minor* 24. §. *si servus* 3. *ff. de minor.* 25. *annis.* Quasi delicta quod attinet, videndum, utrum ipse servus quasi deliquerit, an vero verum ipse delictum perpetraverit, sed tale, ut inde dominum quoque ex quasi delicto fecerit obligatum. Etenim, si vere deliquerit, puta, dejiciendo ex cœnaculo per dominum habitato, vel furtum committendo in nave, cum opera ejus in nave exercenda dominus uteretur, dominus de dejectis & effusis actione aut exercitoria ex quasi delicto

conventus, liberari potest servum delinquentem noxæ dando; cum ignoscendum ei videatur, quod quasi servorum propriorum opera usus sit, quasi in domestico quodam malo, *l. unic. §. pen. ff. furti adversus nautas caup. stabular. l. 1. in pr. l. si vero* 5. *§. prætor ait* 6. *ff. de his, qui effud. del dejecer.* Sin servus ipse quasi deliquerit, dum ipse cœnaculi habitator est; & ex cœnaculo ejus quid dejectum effusumve fuit; nec noxalis, nec de peculio, nec ulla alia actio in dominum eo nomine datur; non de peculio, quia nihil a servo gestum, seu contractum est; non noxalis, quia non ex delicto proprio servi obligatio venit: sed extra ordinem officio judicis servus erit corrigendus, quia culpa non caret, *l. 1. §. cum servus* 8. *ff. de his, qui effud. vel dejec.* eodem modo, quo & olim pater ex quasi delicto sui filiif. seorsum habitantis neque de peculio neque noxali conveniri poterat, sed cum ipso filio agendum erat, *l. si quia absentis* 5. *§. is quoque* 5. *in fine ff. de oblig. et action.* Sane si servus per suum vicarium navem exercuerit, & vicarius in eam damnum dederit, læso perinde in dominum actio danda foret, ac si servus ipse liber, & hic vicarius servus ejus esset, adeoque, quasi liber homo ex quasi delicto obligatus esset ob propriorum servorum delictum; ut proinde de peculio servi sui ad noxam dedere vicarium teneatur, *leg. si in re* 19. *§. ult. ff. h. t.*

4. Sunt autem actiones hæ noxales qualitates dejectitiæ directarum actionum, ideoque vel civiles vel prætoriæ, prout directarum origo ex civili aut prætorio jure est; *§. sunt autem* 4. *Instit. h. t.* licet ipsa noxæ dandi facultas ex lege 12. tabularum jam olim competierit, *pr. Instit. si quadrupes paup. fecisse dic.* & dantur illis, quibus alioquin directæ ex delicto hominis liberi fuissent dandæ, etiam usufructuario, cui servus fructuarius nocuit; quippe qui hic non pro domino sed pro extraneo habetur, *l. is, qui usumfructum* 18. *l.* 19. *§. 1. ff. h. t. l. sed si unius* 17. *§. si servus* 9. *ff. de injuriis.* Si plures læsi, singulis pro sua parte quantum ad litis æstimationem, etsi noxæ deditio tanquam individua etiam uni in solidum facienda sit, *l. si servus* 27. *§. 2. ff. ad leg. Aquil. l. si in re communi* 16. *ff. h. t.* Non tamen ipsi domino servi competunt; usque adeo, ut, si plurium communis servus in re unius domini damnum dederit, non noxali actione, sed communi dividundo vel familiæ erciscundæ judicio agendum sit, ut damnum reparetur, aut parte cedatur: licet sic effectu inspecto hæ actiones quodammodo noxales sint, *l. si servus communis* 6. *ff. de furtis, l. si servus* 27. *§. 1. ff. ad leg. Aquil. l. cum servus communis* 41. *ff. h. t.*

5. Instituendæ vero contra dominos servi (vel animalis, juxta tradita in *tit. si quadrup. pauper fec.*) damnum dantis; & eos quidem novissimos, non pristinos, cum noxa caput sequatur: nisi dolo malo, evitandi hujus judicii causa, possidere desierint hi quondam domini; quo casu in actoris arbitrio est, pristinum an novum dominum vel ipsum servum manumissum convenire malit, ita ut electione alterius alter liberetur, *§. omnis autem* 5. *Instit. h. t. l. de illo* 24. 25. 26. *ff. h. t. l. 1. §. et. cum* 12. *ff. si quadrupes pauper. sec. dic.* quo tamen casu si manumissus aut novus dominus ad defensionem se offerat, pristinus exceptione se jure tuebitur; eo quod electionem hanc prætor introduxit, ne eluderetur actor, *d. l.* 26. Si plures sint domini, singuli in solidum conveniri possunt, sive possideant, sive dolo desierint possidere; ut totum servum, non solam partem suam, defendant, *l. si plurium* 5. *l. si servus communis* 8. *l. electio* 26. *§. his consequens* 1. *l. si plurium* 39. *ff. h. t.* An & quo modo contra non dominos dentur, ex seqq. apparebit.

6. Finis harum actionum est, ut damnum reparetur, aut servus noxæ detur, secundum ante dicta. Cujus deditionis effectus est, non tantum, quod plenissima per eam contingat liberatio, si modo id, quod ex delicto servi ad dominum pervenit, simul reddatur, *§. dominus* 3. *Inst. h. t. l. pen. C. h. t.* & servus a domino noxæ detur nulli jure pignoris obligatus; nam si appareret, eum pignoris vinculo nexum esse, actioni doli locus foret, *l. si quis affirmavit* 9. *§. &, si servum* 4. *ff. de dolo* (de cujus legis lectione varia, Confer Rævardum *l. 3. var. c. 7.*) quodque servus sic noxæ datus, novo domino damnum resarcierit, liber fiat, *d. §. 3. In. h. t.* sed & quod servi aut animalis dominium transeat in eum, cui noxæ datur, *d. §. 3.* si modo noxæ dans dominus fuerit. Nam si bonæ vel malæ fidei possessor sit, aut fructuarius, aut creditor jus pignoris habens, aut commodatarius, aut precario tenens, aut depositarius, non plus juris transferre potest, quam ipse habet, *l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. juris*, adeoque nec dominium *l. si nomili* 27. *§. 1. ff. h. t.* Considerandum enim, domino quidem præsente, & apparente ac parato servum defendere, non hos enumeratos, sed solum dominum noxali posse judicio conveniri; cum, quantum ad hoc edictum attinet, domino servire & in ejus potestate esse intelligatur, maxime si copiam habeat recuperandi hominis, *l. si servus depositus* 22. *pr. & §. 1. 2. ff. h. t.* & hac ratione caveatur, ne multiplicentur lites, quippe quæ prius contra possessorem motæ, iterum postea contra dominum vel actione intentata vel opposita exceptione movendæ sunt; in quantum dominus servum per hosce non dominos noxæ datum vindicare summo jure non prohibetur, sed doli mali exceptione repellitur donec litis offerat æstimationem, vel, si possidere aliquo casu cœperit, publiciana actione convenitur, *l. bona fide* 11. 12. 13. *l. si noxali* 27. *§. 1. l.* 28. *ff. h. t.* Domino autem vero non apparente, aut non præsente, aut præsente quidem, sed defendere nolente, adversus hos omnes recte agitur, adeo ut, ipsis defensionem suscipere nolentibus, prætor pignoris persecutionem aut ususfructus alteriusve juris similis actionem denegaturus sit, *l. si ex duobus* 17. *§. si plures* 1. *l. electio* 26. *§. ult. l.* 27. *pr. ff. h. t. l. si cum usufructuario* 3. *ff. si ex noxali causa agatur quemadm. cav.* imo quia bonæ fidei possessor, durante bona fide, pro domino est, nec verus dominus quæri potest per eos, qui hunc dominum esse arbitrantur; hinc ipsum noxali judicio teneri, dominum non teneri, responsum est, *l. bonæ fide* 11. *ff. h. t.* Quod ergo Ulpianus in *l. si servus servum* 27. *§. servi* 3. *ff. ad leg. Aquil.* ait, *servi occidentis nomine dominum teneri, eum vero, cui bona fide servit, non teneri*, recte de eo casu acceperis, quo verus servi dominus jam innotuit & præsens est, sic ut cum eo experiundi potestas sit. Et quod idem alibi scripsit,

actionem de servo corrupto contra bonæ fidei possessorem non dari, *l.* 1. §. 1. *ff. de servo corrupto*, id inde est, quia illa in eum demum est comparata, qui mores serviles dolo corrupit, qualis dolus in bonæ fidei possessorem, durante bona fide & opinione quod re sua abutatur, non cadit.

7. Sunt tamen casus, quibus dominus noxæ deditione defungi nequit, sed totum tenetur damnum reparare, veluti si dolo malo dominus servum possidere desierit, ut ante dictum: si servum suum esse, vel se possidere, per mendacium negaverit, *l. quotiens* 21. §. *prætor ait* 2. *ff. h. t. l.* 1. §. *interdum* 15. *ff. si quadrup. paup. fec.* quo tamen casu nec heredi nec in heredem ex mendacio actio est; & pœnitentiæ locus usque ad litem contestatam, *l. electio* 26. §. *pen. ff. h. t.* si condemnatus quadrimestre spatium condemnatis indultum elabi passus sit, *l. item veniunt* 20. §. *idem recte ait* 5. *ff. de petit. hered.* si servus post litem contestatam ab alio occisus sit, nec dominus velit adversus occidentem actiones cedere, *l.* 1. §. *pen. ff. si quadrup. paup. fec.* si servus publicani in vectigalibus exigendis rapinam admittens non exhibeatur, *l.* 1. §. *ult. ff. de publican. & vectigal.* si servus depositus depositario furtum fecerit, aut quis certum servum emi mandaverit, & is emtus mandatario res subduxerit, licet deponens vel mandans ignoraverit, eum furem esse, *l. si servus* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furtis*, si servus pignori datus ab eo, qui non ignorabat eum furem esse, creditori res eripuerit, *l. si servus* 31. *ff. de pignor. actione*, si dominus se in potestate sua habere fateatur, & nec exhibeat servum, nec absentem defendat, *l. si servus depositus* 22. §. *dominus* 3. *ff. h. t.* si domino jubente, vel sciente nec prohibente, cum id posset, damnum a servo datum fuerit, cum ita directis ipse actionibus teneatur *l. pen. C. h. t. l. si servus sciente* 2. *l.* 3. 4. *ff. h. t.* etsi non sit eundum inficias, quin dominus suo nomine directæ actioni sic obnoxius redditus, insuper noxali judicio servi sui nomine conveniri possit, ut litis æstimationem præstet, aut servum suum noxæ det: sive jusserit, ut servus delinquat, sive non jusserit, sed cum posset, non prohibuerit. Etenim si solummodo non prohibuerit, cum id posset, manifestum non modo domini, sed & ipsius servi delictum est; quippe cum hoc casu servus sua sponte fecerit, & nulla pressus jussione domini, nulla etiam parendi necessitate potuerit excusari, adeoque nec dubium esse potuit, quin & directæ actioni & noxali locus esset, *l.* 2. §. 1. *l. in delictis* 4. §. *cum dominus* 2. *ff. h. t.* Sed &, si jussus domini intervenisse proponatur, tametsi tunc parendi necessitas servum a delicto videatur excusare, *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t. l. ad ea* 157. *l. is damnum dat* 169. *ff. de reg. jur.* delicto autem servili deficiente noxale quoque judicium deficiat: tamen ob auctoritatem legis 12. tabularum Ulpiano post Marcellum & Julianum placuit, cum actione directa noxalem servi nomine contra dominum jubentem permitti, *d. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* justissima sane ratione; tum ne melioris alioquin conditionis esset manifestus improbiorque ex jussu auctor delicti, quam qui conniventibus oculis delinqui permisit: tum quia in iis, quæ facti atrocitatem habent, servi ne ex eo quidem, quod ex parendi necessitate facinus commiserint, venia digni sunt, *l. servus non in* 20. *ff. de oblig. & act. d. l. ad ea* 157. *ff. de reg. jur.* Adde D. Noodt *tract. de lege Aquil. cap.* 10. *pag.* 48. *in fin.* 49. 50. Sive autem directa actione dominus conventus fuerit, noxalis evanescit; sive noxali prius agatur, directa perit, *l. in delictis* 4. §. *cum dominus* 2. *ff. h. t.* nec contradicit Ulpianus *in d. l.* 2. *in fine ff. h. t.* dum ait, *dici posse etiam servi nomine cum domino agi posse noxali judicio; ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret.* Etenim & hoc sat grave domini onus est, quod pluribus actionibus actoris arbitrio conveniri possit, etsi electione unius altera pereat. Firmatque hanc legis sententiam, quod, auctore Paulo, & eodem Ulpiano, in dominum, qui scivit, ac contra quem noxali judicio actum est, amplius directa actio detracta noxæ deditione danda non sit, *l. in delictis* 4. §. *ult. ff. h. t.* atque insuper, si dominus, quo sciente peccatum est, servum peccantem alienaverit, sicque cum emtore noxali fuerit actum judicio, conveniri amplius venditor non possit, *l. noxalis autem* 7. §. 1. *ff. h. t.* Aliter, quam obtinet, si plurium servus omnibus scientibus deliquisset: cum enim perinde tunc sit, ac si singuli delictum perpetrassent, altero convento ac solvente, alter liberatus non est, *l. si plurium* 5. *ff. h. t.* & si ex duobus dominis uno sciente, altero ignorante servus deliquerit, ac ante cum eo, qui nesciebat, actum sit, adhuc cum sciente in id quod deest agi potest, *l. si communis* 9. *l. si ex duobus* 17. *ff. h. t.*

8. Sunt & e converso casus, quibus dominus nec damnum reparare cogitur, nec servum aut animal noxæ dare; scilicet si bona fide servum alienaverit aut manumiserit, prout ante dictum, si pro derelicto habuerit, *l. quemadmodum* 38. §. *Julianus* 1. *ff. h. t.* si ante litem contestatam dominus mortuus sit; cum contra heredes locus non sit noxalibus actionibus, nisi quatenus servi aut animalis, quod nocuit, possessores sunt, *l. noxalis autem* 7. junct. *l. pen.* §. *ult. ff. h. t. l.* 1. §. *ult. ff. si quadrup. paup. fecisse dic.* si ad eum, cui nocitum est, servus ante litem contestatam pervenerit: secus si post, *l. si alienus* 37. *ff. h. t.* §. *si servus* 6. *Inst. h. t.* sive in totum, sive pro parte tantum ad eum pervenisse proponatur; non enim contra socium huic actioni, sed communi dividundo locus est, *l. si servus communis* 8. *l. cum servus communis* 41. *ff. h. t.* Adhæc, si non dominus alienum servum suum esse in jure confessus, solverit, *l. electio* 26. §. *si servum* 3. *ff. h. t.* si cum domino quasi conscio actum fuerit actione directa, & is absolutus sit, nam tunc ad noxale judicium recurri nequit; etsi pendente lite mutare liceat, & pro directa noxalem movere, *l. in delictis* 4. §. *ult. ff. h. t.* si reus servum pendente lite in sua potestate habere desierit sine sua culpa factove, *l. si quis a multis* 14. §. *ult. l. quotiens* 21. *pr. l. pen. ff. h. t.* si ante litem contestatam servus mortuus sit, etiamsi dominus ante servi interitum desiisset eum dolo malo possidere, si modo in lite suscipienda nullam moram fecerit, *l. electio* 26. §. *si is, quem* 4. *l.* 39. §. *ult. l.* 42. §. 1. *ff. h. t. l.* 1. §. *plane* 13. *ff. si quadrup. paup. fecisse dicatur.* Si lapsum sit tantum temporis spatium, quo & directæ actioni præscribitur ex civili aut honorario jure: adeoque si directæ temporales sint ve-

luti de vi bonorum raptorum, hæ quoque noxales tales erunt, *l. pen. C. h. t.* sin illæ perpetuæ, harum quoque duratio perpetua est, veluti ex furto, aut damno legis Aquiliæ: & ad actiones noxales ex hujusmodi causis descendentes, restringendum est, quod generalius assertum invenitur in *l. pen. §. ult. ff. h. t.* actiones noxales perpetuas esse.

9. Si plures servi simul delictum commiserint, vel omnes noxæ dandi sunt, vel sic pœna præstanda, quasi unus homo liber deliquisset, *l. quod ait* 31. *ff. h. t. l.* 1. *pr. & tot. tit. ff. si familia furtum fecisse dic.* Si servus unus plura commiserit, delicti nomine conventus dominus litis æstimationem præstiterit, adhuc reliquorum delictorum nomine judicio noxali obnoxius manet, *l. qui pluribus* 20. *ff. h. t.* contra, si servus ex uno delicto noxæ datus sit ei, qui primus sententiam obtinuit, reliquæ extinguuntur actiones noxales, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem; sic ut occupantis melior conditio sit, non ejus, qui prior egit, sed qui prior sententiam obtinuit, *l. si quis a multis* 14. *d. l.* 20. *ff. h. t.* Neque his adversatur *l.* 1. *in fine*, junct. *l.* 2. *ff. si ex noxali causa agat. quemadm. cav.* ubi noxæ deditus perinde haberi videtur, ac si venditus esset, adeoque reliquis suæ non peremtæ actiones noxales. Non enim aliud lex vult, quam eum, qui noxali judicio conventus cavit, *servum in eadem causa sisti*, non intelligi in eadem causa servum stitisse secundum Ofilium, si eum sistat alteri noxæ datum, quia tali noxæ deditione ceteris noxalem perimi actionem, Ofilius putat, *d. l.* 1. *in fine*, sed alio jure Romanos uti secundum Paulum, auctorem *d. legis* 2. & per illam noxæ deditionem, quæ post cautionis hujus interpositionem sequitur, noxæ deditum servum *ex præcedentibus causis non liberari*, id est, ex causis, quarum intuitu prætor jam fuerat aditus, & cautio de servo in eadem causa sistendo jam intervenerat; sed talem noxæ deditionem venditionis loco esse, & noxam perinde caput sequi, ac si servus venditus fuisset. Quod longe diversum est a præsenti quæstione, neque impedit, quo minus, si bona fide servus noxæ datus sit ei, qui primus sententiam obtinuit, reliquæ noxales extinguantur actiones, tam contra noxæ dantem, quam contra accipientem, atque ita secundum jam probata melior occupantis conditio sit. Eodem modo, quo id in actione de peculio quoque receptum est, *l. si vero adhuc* 10. *ff. de peculio.* Si noxali judicio acturus aut servum non recognoscat, aut nomen non teneat, sciat tamen ex cujus domini familia servus sit, recte actione ad exhibendam familiam experitur, ut ex præsentibus noxium agnoscat: designandus enim servus est, cujus nomine actor agere vult, *l. in hac* 3. *§. si quis noxali* 7. *ff. ad exhibend.* Non quovis autem in loco noxale judicium intentari, aut dominus ad suscipiendam servi defensionem adigi potest, sed illic tantum, ubi deliquisse arguetur, *l. ult. ff. h. t. l. si cui* 7. *§. pen. ff. de accusation.*

10. Ceterum olim filiisfamilias etiam delinquentibus, noxalis in patrem actio erat; cujus vestigia in pandectis sunt, *leg. noxali judicio* 33. *& ll. seqq. ff. h. t.* Sed jure novo id mutatum, *§. ult. Inst. h. t.* Et quamvis apud nos, multasque gentes alias, nullus servorum usus sit, utilitatem tamen suam præbent etiamnum hodie pleraque, quæ de noxalibus judiciis fuere in antecedentibus tradita: errant enim toto cœlo, qui noxæ deditiones ab usu recessisse putant; cum & animalia pauperiem facientia noxæ dari pro damno posse ad id, ut plenissima contingat liberatio, *tit.* 1. dictum sit; usque adeo, ut ne ob præcedentem quidem infìciationem, qua nostrum esse vel a nobis possideri negabatur, quod nocuerat, nunc noxæ dandi facultas impedita censeatur. Groenewegen ad *l.* 22. *§. ult. ff. h. t.* & de navigiis, quandoque pro noxa relinquendis per exercitores, jus traditum *tit.* 2. *de lege Aquilia.* Quod autem attinet delicta per famulos hodiernos aut filios in sacris paternis positos perpetrata, operæ pretium fuerit paucis exponere. Ac primo quidem admonendi sumus, dominos ac patres in solidum teneri ex delictis famulorum ac filiorum, etsi aut nulla aut longe minor merces famulo debita sit, quoties illi deliquerunt in officio aut ministerio cui a patre dominove fuerunt præpositi; cum his imputandum sit, quod negligentium aut malignorum operas ministerio certo aut officio addixerint, arg. *l. ult. pr. ff. de custod. & exhibit. reorum*, *l. si servum* 27. *§. si fornacarius* 9. *ff. ad leg. Aquil. l.* 1. *pr. & §. pen. l. quantæ* 12. *§.* 1. 2. *ff. de publicanis*, *l. unic. pr. & §.* 1. *& ult. ff. furti adversus naut. caup. stabularios*, *l. ult. ff. nautæ caup. stabularii ut recepta restituant*, Dan. Mollerus *semestr. lib.* 4. *cap.* 18. Henr. Kinschot *respons.* 108. *num.* 8. 9. (*in editione ann.* 1653. Francisc. Kinschot *respons.* 37. *num.* 8. 9.) Carpzovius *defin. forens. part.* 4. *constit.* 43. *defin.* 7. Andr. Gayl. *tract. de pignoration. observ.* 5. Paulus Voet ad §. 6. *Instit. h. t. num.* 3. *in fine*. Adde *tit. nautæ caup. stabul. ut recepta restit.* ac extra id, cui a dominis aut parentibus fuerunt præpositi, si deliquerint, dominis ignorantibus, aut scientibus, sed prohibere non valentibus, domini ultra mercedem adhuc debitam, uti & parentes, obligati non sunt; sed ipsi famuli ac liberi ex delictis suis conveniendi, ac si ex suo non solvant impositas sibi pœnas pecuniarias, arbitrariis ob inopiam pœnis coercendi, arg. *§. ult. Instit. de noxal. act. tit. C. ne filius pro p.* eo quod suos delicta auctores tenent, quisquam alieni criminis successor constituitur, *l. crimen* 26. *ff. de pœnis*, adeo ut ne quidem usque ad legitimam filio cessuram pater executionem pati debeat, quippe quæ non vivo, sed mortuo demum parente, debita est, Carpzovius *defin. for. part.* 4. *constit.* 43. *defin.* 6. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 48. 49. & *cap.* 38. *num.* 9. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 3. 4. 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 2. Jul. Clarus *recept. sentent. §. fin. quæst.* 86. *num.* 3. Tuldenus ad *tit. C. ne fil. pro patre n.* 6. nisi propter utilitatem publicam, aliamve justam causam, aliud municipali vel provinciali lege cautum inveniatur. Quo modo insolatores (*Bleeckers*) ex facto liberorum, famulorum, aut ancillarum, adversus leges insolationis delinquentium, pati debere poenæ pecuniariæ executionem, sancitum ab Hollandiæ Ordinibus 5. *Martii* 1610. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1220. idemque in collium cuniculosorum per Hollandiam conductoribus (*Duynmajers*) sancitum, quoties famuli ipsorum aliique domestici occidunt canes eorum, quibus venandi jus est, aut venenata per colles spargunt, 1. *Junii* 1650. *vol.* 1. *placit.*

Holl. pag. 1396. *& seqq.* Adde placitum de venatione 12. *Martii* 1674. *art.* 62. *vol.* 5. *pag.* 622. Similiter si filius, puella vitiata, prolem progenuerit, patrem hactenus obligatum efficit, ut is nomine filii sui, nullum licet patrimonium possidentis, alimenta partui teneatur subministrare, cum & liberos naturales a parentibus alendos esse, ratio naturalis dictet, arg. *l. si quis a liberis* 5. §. *utrum* 2. 3. 4. *ff. de agnosc. & alendis liberis*, junct. *l. pen. ff. eod. tit.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 10. *defin.* 20. Tuldenus ad *tit. C. ne fil. pro patre num.* 5. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 8. Plane puellam ipsam vitiatam dotare, si filius tantum in ære non habeat, pater cogi nequit: cum enim nec propriam suam filiam naturalem dotare quisquam teneatur, etsi in culpa sit, quod eam genuerit, ut *tit. de jure dotium* dicetur; absurdum foret, eum ad dotem peregrinæ puellæ dandam adigi, ex qua soboles illegitima filio nata est, Cristinæus *vol.* 3. *decis.* 17. *num. ult.* Tuldenus *d. loco*. Groenewegen ad *l.* 1. *C. ne fil. pro patre*, Leeuwen. *d. loco*. Nec aliud sentit Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 3. etsi aliter a Sabaudiæ Senatu commemoret judicatum esse.

LIBER DECIMUS.

TITULUS I.

Finium regundorum.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio finium regundorum? qui olim judices fuerint in finium quæstionibus?*
2. *Cur hæc actio magis* stricti juris, *quam bonæ fidei aut arbitraria sit?*
3. *Cur hæc & familiæ erciscundæ ac communi dividundo actiones* duplices *dicantur?*
4. *Quo sensu dicantur* mixtæ, *& an dentur actiones mixtæ partim in rem & partim in personam?*
5. *Non habet locum hæc actio, si via publica aut publicum flumen sit intermedium inter duos agros, nec in ædibus; an in hortis?*
6. *Datur hæc actio dominis, & aliis, qui habent jus in re; non tamen malæ fidei possessoribus; an socio contra socium, si communis & proprii prædii fines turbati sint?*
7. *Tendit ad id, ut fines quomodocunque turbati restituantur, remotis vel repositis iis, ex quibus positis, aut amotis confusio nata erat. Si fines pristini restitui commode nequeant, per adjudicationes novi fines constituuntur: & singulare, quod hoc judicio adjudicatio pluribus pro indiviso fieri possit; cujus ratio redditur.*
8. *Petuntur etiam præstationes personales. In quibus illæ consistant?*
9. *Quibus modis fines probentur; & de* oculari *inspectione, quo modo ea facienda sit? deque præsumtionibus circa fines.*
10. *Quales fines considerandi sint in restitutione? & quid juris, si pendente hac lite alteruter voluerit quid ex finibus usurpare?*
11. *Quamdiu duret actio finium regundorum? An & quanto tempore olim & jure novo finium præscriptio fieri potuerit?*
12. *De spatio intermedio inter confinia, & alterius fossam, puteum, implantata, inædificata, etc. item inter duas ædes privatorum, vel ædes privatorum & horrea publica &c.*

1. Quoties agrorum ad dominos diversos pertinentium fines confusi sunt, sive casu, sive confinium aut tertii facto, comparata est finium regundorum actio, quæ est stricti juris, duplex, mixta, qua primario contenditur inter confines de spatio quinque pedum, seu finibus agrorum regundis & discernendis. Quale judicii genus ex lege quidem duodecim tabularum coram tribus arbitris, at ex lege Manilia coram uno, ventilandum fuit. Cicero *lib.* 1. *de legibus*. Nec improbabilis est Cujacii opinio, fratres seu sodales arvales, qui Deorum Terminorum sacerdotes erant, olim finalibus in quæstionibus judices fuisse, Cujacius *lib.* 11. *observ. cap.* 5. Confer Rosinum *antiquit. lib.* 2. *cap.* 20. *de Deo Termino, ibique Demsterum in notis*, & *lib.* 3. *cap.* 6.

2. Stricti juris hæc actio creditur, eo quod nuspiam bonæ fidei aut arbitrariis invenitur adnumerata; & fructus in ea demum veniunt ex judicis officio post litem contestatam, sic ut ante percepti nominatim condicendi sint, *l. sed & loci* 4. §. *post litem* 2. *ff. h. t.* quod actionum stricti juris indicium est, arg. *l. videamus* 38. §. *si actione* 7. junct. *l. usuræ vicem* 34. *ff. de usuris*, non, quod in actionibus stricti juris fructus ante litem contestatam percepti nunquam veniant: etenim & in condictione indebiti, & in condictione causa data, causa non secuta, & in aliis variis stricti juris judiciis, quibus repetimus id, quod nostrum aliquando fuit, fructus ante litem contestatam perceptos adjudicari, patet ex *d. l.* 38. *pr. et* §. 1. *et seqq. ff. de usuris*, sed potius, quod illa actio bonæ fidei dici nequeat, in qua fructuum (usurarum præstationem in bonæ fidei judicii imitantium) ratio ante litem contestatam habenda non est, arg. *l. usuræ vicem* 34. *ff. de usur.* Dissent. Bachovius *tract. de action. disput.* 6. *thes.* 4. & *ad Treutlerum vol.* 1. *disp.* 19. *thes.* 2. *litt.* C. Nec est quod objiciatur, fructuum intuitu idem in finium regundorum judicio, quod in familiæ erciscundæ obtinet actione, receptum esse; dum Paulus, *non solum in finium regundorum, sed & familiæ erciscundæ judicio præteriti quoque temporis fructus venire*, monet *l. non solum* 56. *ff. famil. ercis.* Etenim fructuum respectu comparatio inter hæc duo ju-

dicia in eo est, quod utrobique præteriti quoque temporis fructus veniant: sed, an id ex officio judicis fiat, an vero, quia & quando nominatim petiti sunt, non illic declaratur; nec dubium est, quin in stricti quoque juris judiciis actor fructus ante litem contestatam perceptos consequi possit, si specialiter pro iis etiam egerit, non consecuturus, si nominatim non petiisset, arg. *l. partum* 10. *ff. de usuris*. Neque satis apte a familiæ erciscundæ & communi dividundo judiciis (quæ bonæ fidei esse constat ex *actionum autem* 28. *Inst. de action.*) ad hoc nostrum finium regundorum argumentum produxeris: cum superiora duo judicia ideo bonæ fidei sint, quia in iis quædam societatis imago apparet, imo & gestionis alienorum negotiorum, dum is, qui communia tractat, partim sua partim aliena gerit, idque ex certa scientia, ac sæpe etiam cum conjuncta gerendi voluntate; unde & cum judicio communi dividundo ac familiæ erciscundæ concurrere posse negotiorum gestorum actionem, *sequenti titulo* demonstratur. Nulla vero talis societatis aut negotiorum gestionis similitudo in finium regundorum actione deprehendi potest; quippe in qua suam quisque partem agri sui finiumque vindicat, quam nunquam habuit cum confine communem, quamque confinis alter vel ut suam bona fide possedit, vel ut prædo mala fide, atque ita neutro in casu tanquam communem, Vinnius ad §. 28. *Inst. de action. num.* 6. Bachovius *de action. d. disp.* 6. *thes.* 4. Beukelman *ad Pand. h. t. num.* 5. Frustra vero sunt, qui arbitrariam hanc putant actionem esse, quia & rei vindicatio talis est, pro qua rei vindicatione hanc esse actionem, Paulus scripsit, *l.* 1. *ff. h. t.* Quam enim non procedat hujusmodi conclusio, vel inde manifestum est, quod & familiæ erciscundæ & communi dividundo actiones, atque ipsa etiam hereditatis petitio, pro rei vindicatione sunt, *l. item Labeo* 22. *§. pen. ff. famil. ercisc. l. hereditatis* 7. *C. de petit. hered.* quas tamen ideo non arbitrarias, sed bonæ fidei esse, extra dubium est, §. *actionum autem* 28. *Instit. de action.* Sed nec movere debet, quod in *l. sed & loci* 4. §. *sed & si* 3. *ff. h. t.* scriptum sit, *si quis judici non pareat in succidenda arbore, vel ædificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur*, & hæc ipsa sit actionum arbitrariarum natura atque descriptio, dum arbitrariæ appellantur, *in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, condemnari debeat*, §. *præterea* 31. *Instit. de action.* Non enim in d. l. 4. §. 3. judex per modum arbitrii, sed per modum definitivæ sententiæ jusserat succidi arborem, aut ædificium partemve ejus deponi, cum nihil aliud esset, per quod fines agrorum confusi erant, quam vel arboris plantatio vel domus ædificatio, secundum *l. hæc actio* 2. *ff. h. t.* ac proinde cessatura esset confusio hoc ipso, quo arbor aut domus amota fuisset. Quod si confinis judicato parere nollet, & adimplere factum excisionis arboris, aut depositionis ædificatorum, *condemnari debebat*, non ad illam depositionem, aut excisionem, sed ad id quod interest, factum illud, ad quod condemnatus fuerat confinis, impletum haud fuisse, sicut id evenit in omnibus faciendi obligationibus, arg. *l. si quis ab alio* 13. §. *si quis* 1. *ff. de re judicata*.

3. Duplex autem hæc actio dicitur, æque ac sequentes duæ familiæ erciscundæ & communi dividundo, eo quod in ea singulæ personæ duplex jus habent, puta, agentis, & ejus, cum quo agitur, *l. judicium communi* 10. *ff. h. t.* & par causa omnium videtur, *l. in tribus* 13. *ff. de judiciis*, sic ut & singuli, tanquam actoris simul ac rei partem obtinentes, duplex calumniæ jusjurandum præstare compellantur, se scilicet non calumniæ causa litem intendere, nec calumniæ causa ad inficias ire, *l. inter coheredes* 44. *§. qui familiæ* 4. *ff. famil. ercisc.* & procurator in his judiciis ad agendum datus, ad defendendum quoque datus videatur, duplici cautela interponenda, *l. si defunctus* 15. §. 1. *ff. de procur.* etsi, quantum ad judiciorum ordinem attinet, placuerit eum, qui prius ad judicium provocasset, actorem videri, *d. l.* 13. *ff. de judiciis*, unde & ei probandi onus videtur debere imponi, tanquam actori arg. *l.* 1. §. 1. *ff. famil. ercisc.*

4. Mixtam hanc, & duas duobus titulis sequentibus propositas, Imperator ait *§. quædam* 20. *Instit. de action.* nec immerito; cum in rem simul & in personam sint. In rem quidem, quatenus unusquisque sociorum, coheredum, confiniumve rem suam, seu partem suam jure dominii ad se pertinentem persequitur, ac vindicat; confinis nempe partem agri sui, terminorum confusione per continem alterum nullo jure possessam; socius aut coheres rei communis portionem tantam, quanta ei jure dominii per aditionem hereditatis, legati titulum, aut alium modum similem rerum communiones introducentem, quæsita fuit. Unde & finium regundorum actio *pro rei vindicatione esse dicitur*, *l.* 1. *ff. h. t.* & *cohærere controversiæ proprietatis*, *l. si quis* 3. *C. h. t.* & vindicatio ea fieri, *l.* 1. *C. h. t.* familiæ quoque erciscundæ judicium *ex rebus constare*, ad oppositionem personalium præstationum actione personali petendarum, *l. item Labeo* 22. *§. pen. ff. famil. ercisc.* In personam vero, quatenus præstationes personales simul his persequi licet divisoriis judiciis ac obtinere: sic ut actor intendere possit, adversarium sibi ex obligatione præstare quid debere: quarum etiam præstationum intuitu tantum est, quod creditum fuit, ex quasi contractu actiones familiæ erciscundæ ac communi dividundo nasci; hanc forte etiam ex quodam delicto, si terminos confinis ipse movisse doceatur. Ipsam namque rerum communionem quasi contractum esse, erroneum est; cum id nec ratio juris nec leges dictent; & aperte satis Imperator declaret, tum demum & eatenus tantum, ex quasi contractu has proficisci actiones, cum; & in quantum, ideo communi dividundo judicio alter alteri tenetur, quod unus solus fructus ex re communi percepti, aut necessarias in eam impensas fecit, aliisve factis similibus sese socio aut socium sibi effecit devinctum, §. *item si Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc.* quibus adde ex eventu, si partis adjudicatio ad fines novos evidentiores constituendos facta sit, ac ejus adjudicationis intuitu condemnatio ad portionis adjudicatæ pretium sit subsecuta, *l. hæc actio* 2. *§.* 1. *l.* 3. *ff. h. t.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 34. *in pr.* Neque tamen propterea existimandum est, æque in rem & in personam has actiones vere comparatas esse, sed magis *videri*, ut loquitur Imp. in *d.* §. *quædam* 20. *Inst.*

de action. Cum in personam ex quasi contractu non nisi per quandam consequentiam sint, principaliter vero in rem, seu pro rei vindicatione. Quod ut apertius sit, considerandum, fieri posse, ut tantum pro rei vindicatione, adeoque tantum in rem, nullo modo in personam sint, deficientibus forte praestationibus personalibus, ac sola facienda rerum divisione aut separatione, quae pro rei vindicatione est: dum nullus confinium, sociorum, aut coheredum impensas fecit, aut fructus percepit, aut damna dedit, aliudve factum simile interposuit, ex quo obligationes ex quasi contractu descendere dictum est. Contra vero fieri haud posse, ut tantum in personam essent, & praeter personales praestationes nihil vindicaretur seu veniret dividendum. Quae pertinere puto, quod rescriptum est, *familiae erciscundae vel communi dividundo judicio ita demum, si corpora maneant* (seu manserint) *communia, agi posse, l. familiae* 9. *Cod. commun. utriusque judicii*, & cessare communi dividundo judicium, *si res communis non sit, l.* 1. *ff. communi divid.* Unde & si fundi, aut res aliae, quarum nomine haec divisoria competunt judicia, perierint aut alienatae sint; in easque ante interitum aut alienationem impensae quaedam ab uno sint factae, fructusve percepti, de praestationibus hujusmodi personalibus non directum, sed tantum utile, ex bono & aequo praeter jus commune judicium dari placuit; quasi deficiente tunc eo, propter quod primario divisoriae hae actiones introductae sunt; quod est, ut a communione vel confusione recedatur, *d. l.* 1. *l. si quis putans* 6. *§. quare* 1. *l. in summa* 11. *ff. communi dividundo.* Frustra quoque videntur esse, qui actiones has mixtas negant, quasi summa actionum divisio duabus constaret tantum speciebus, puta, actionum in rem et in personam, nulla facta mixtarum commemoratione, *§.* 1. *Instit. de action.* Etenim, cum de natura simplicium participet quicquid mixtum est, novum in jure nostro non est, neque absurdum, ut in divisionibus proponendis speciei mixtae, tanquam sub simplicibus comprehensae, mentio praetermittatur; cujus tamen commemoratio aliis in locis est. Munerum civilium alia patrimonii esse, alia personarum, Hermogenianus scripsit, *l.* 1. *pr. ff. de muner. & bonor.* Charisius trimembrem munerum divisionem proposuit, puta, personalium, patrimonialium, et mixtorum, *l. ult. in pr. ff. eod. tit.* Actionum quasdam bonae fidei, quasdam stricti juris esse, nos docet Imp. *§. actionum* 28. *Instit. de action.* neque tamen postea dubitavit arbitrarias proponere, revera mixtas, utpote partim bonae fidei, partim stricti juris actionum naturam imitantes, *§. praeterea* 31. *Inst. eod. tit.* Nec minus a vero recedunt, quibus placuit primario in personam, secundario in rem haec divisoria judicia esse. Quod enim ajunt, annis triginta demum his praescribi actionibus, idque actionum personalium indicium esse, *l.* 1. *§.* 1. *C. de annali exceptione*, non aliud inde evinci potest, quam actiones hasce personales quoque esse, (quod et ante adstructum fuit) in quantum scilicet ex quasi contractu descendunt, ac tanquam tales tricennii lapsu demum perire. At eas primario ob id in personam esse, nec illic assertum est, nec per legitimam collectionem inde deducitur: nam et petitionem hereditatis totis durare triginta annis manifestum est, ex ratione, quod mixtae personalis actionis natura hoc respondere compellat, *l. hereditatis* 7. *C. de petit. hered.* quam tamen primario in rem esse, vix ambigitur. Neque plus momenti in eo est, quod Paulus tradidit, *finium regundorum actionem in personam esse, licet pro rei vindicatione sit, l.* 1. *ff. h. t.* cum non alia verborum istorum sententia sit, quam, quod actio ista, licet pro rei vindicatione sit, seu potissimum in id comparata, ut confines singuli confusas suorum agrorum vindicent partes finesque, tamen etiam simul in personam sit, in quantum scilicet praestationes personales secundario in hanc quoque veniunt actionem. Firmatque hanc d. legis primae interpretationem similis plane de petitione hereditatis loquendi ratio ab Ulpiano adhibita in *l. sed & si* 25. *§. petitio* 18. *ff. de petit. heredit.* dum ait, *petitionem hereditatis, etsi in rem actio sit, habere tamen praestationes quasdam personales*; designans ita, eam, licet principaliter pro rei vindicatione sit, tamen etiam praestationem personalium intuitu personalem esse, tanquam quodam quasi ex contractu hactenus profluentem, ut alibi dictum *tit. de petit. hered.* Non obstat denique, quod ajunt, actiones in rem contra possidentes dari *§. Inst. de action.* has vero mixtas, ac praecipue familiae erciscundae vel communi dividundo judicia etiam contra non possidentes intentari, *l.* 1. *§.* 1. *heredes* 25. *§. quantum* 2. *ff. familiae ercisc. l. pen. ff. communi divid.* Respondeo enim, inficias quidem iri non posse, quod et rei vindicatio, et aliae plures in rem actiones, adversus eos solos movendae sint, qui vel vere possident, vel juris fictione pro possessoribus habentur, dum liti se obtulerunt, aut dolo malo possidere desierunt, idque quia in pluribus in rem actionibus de possessionis restitutione quaestio est, eaque per sententiam subsecutam reo injungitur, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat.* Sed omnes omnino in rem actiones non nisi contra possidentes dari, verum non est. Nam & confessoriam ac negatoriam non modo contra possessores, sed et ipsis possidentibus indulgeri adversus non possidentes, dubio caret, *l. pen. §. ult. ff. si ususfructus pet.* Similique modo in his familiae erciscundae ac communi dividundo actionibus placuit, eas et inter non possidentes posse sibi locum vindicare: et merito. Cum enim in hisce non tam possessionis restitutio intendatur, quam potius divisio et adjudicatio partis rerum communium, ut eam deinceps heres aut socius pro diviso solus habeat, quam hactenus junctim cum aliis habuerat pro indiviso; necesse non erat, ut conveniendus iisdem possessor esset; quippe valens abunde satisfacere desiderio actoris, et divisionem adjudicationemque rerum communium subire ac pati sine rerum ipsarum communium possessione.

5. Habet autem locum haec finium regundorum actio in praediis rusticis confinibus, aut solo rivo privato distinctis; non item, si via publica sit intermedia publicumve flumen; quippe quo casu finium confusio frustra metuitur, dum magis in confinio via publica vel flumen esse intelligitur, quam ager vicini, *l. sed & loci* 4. *§. pen. & ult. l.* 5. *l.* 6. *ff. h. t.* Uti nec in aedificiis; cum et his contingere nequeat terminorum turbatio, dum plerumque aut propriis aut communibus parietibus disterminantur, *d. l.* 4. *§. pen. ff. h. t.* Quo pertinet illud Cicero-

nis in topicis; *si in urbe de finibus controversia est, quia fines agrorum magis esse videntur, quam urbis, finibus regundis adigere arbitrum non possis.* In hortis plane, qui in continentibus sunt ædificiis, quosque urbanorum prædiorum appellatione contineri placuit, *l. urbana prædia* 198. *ff. de verbor. signif.* si confusa latitudo inveniatur, finium regundorum agi, nihil vetat, *d. leg.* 4. §. *pen. ff. h. t.*

6. Datur confinibus adversus confines, sive domini sint, sive fructuarii, (quibus et clericos ratione agrorum ad præbendas pertinentium merito accensueris, arg. *cap. ult. extra de peculio clericor.*) sive creditores pignus habentes, sive emphyteutæ, sive bonæ fidei possessores; cum hi omnes præditi sint jure in re, ac ex illo jure ipsorum intersit, terminorum non fieri confusionem, atque generaliter bonæ fidei possessori tantum præstet bona fides, quantum veritas, si lex impedimento non sit, *l. sed & loci* 4. §. *finium* 9. *ff. h. t. l. cadere* 5. §. *ult. ff. arborum furtim cæsarum*, arg. *l. bona fides* 136. *ff. de reg. juris.* Non tamen malæ fidei possessori; tum quia nulla ejus circa actionis hujus instituendæ licentiam mentio in legibus est: tum quia malæ fidei possessor ratione rerum, quas mala fide possidet, qua talis, nullam potest actionem movere, *l. si quid possessor* 31. §. *illud plane* 4. *ff. de petit. hæredit.* Uti nec socio adversus socium, confusis proprii ac communis agri finibus; sed vel a communione prius recedendum, vel res propria aut communis alienanda, atque ita demum ad hoc de finibus judicium deveniendum; eo quod nemo contra semetipsum agere potest; quod tamen contingeret, si sociorum alter vel proprii vel communis prædii intuitu finium regundorum litem moveret, *d. l. sed & loci* 4. §. *si communem* 7. *ff. h. t.* Difficultas interim haud levis adversus hanc de socio definitionem in eo est, quod, si verbi gratia inter te et me communes sint Titianæ ædes, et ex his aliquid non jure in alias ædes meas proprias immissum sit, aut ex propriis tuis ædibus in communes meas et tuas ædes quid simile projectum fuerit; aut paries tibi mihique communis opere abs te facto in ædes meas sese inclinaverit, negatoriam mihi actionem contra te indulgendam esse, Pomponius censuit *l. sed si inter* 27. *ff. de servit. præd. urban. l. si, cum meus* 14. §. 1. *ff. si servit. vindic.* quodque secundum Paulum et Ulpianum aquæ pluviæ arcendæ actio inter socios admissa fuit, quoties aqua communis prædii proprio alterius prædio, aut vice versa, nocet, *l. si tertius* 6. §. *inde quæritur* 2. & §. 3. *l. supra iter* 11. §. *si ex privato* 5. *ff. de aqua & aquæ pluviæ arcendæ.* Quibus consequens videri posset, nec finium regundorum actionem socio contra socium oportere denegari, ubi proprii ac communis prædii fines inter se turbati sunt. Sed manifesta differentiæ ratio inter hanc finium regundorum reliquasque commemoratas in eo est, quod in actione negatoria, et ea, quæ est aquæ pluviæ arcendæ, unus ex sociis de jure suo proprio, tanquam a jure socii separato, contra socium experiri potest, et suam tantum causam suumque proprium commodum in judicium deducere, sic ut etiam non in solidum, sed in solam agentis partem, seu, pro sola agentis portione, condemnatio sequatur, *d. leg.* 6. §. 2. & *ff. de aqua & aqua pluv. arcend.* cum ex adverso pluribus ex sociis unus finium regundorum actione nec agere nec conveniri possit pro sua tantum parte, adeo ut in partem fieret condemnatio; sed pro indiviso ac in solidum circa finium quæstionem et agendum sit, et sententia ferenda, dum prædiis magis quam personis per hoc de finibus judicium prospicitur, nec proinde personarum singularum portiones, sed prædii unius communis fines pro indiviso, in judicando spectantur, *d. l. sed & loci* 4. §. *si alter* 5. *ff. h. t.* Ant. Faber *rational. ad d. l.* 4. *d.* 7. *ff. h. t.* Meyerus *in colleg. Argentor. ad t. ff. si servit. vind. n.* 21. Cui et aliam alii addunt diversitatis rationem, ex veteri magis jure (quo finium præscriptio submota erat, juxta *l. pen. C. h. t.*) quam novo petitam; quod nempe socius ob impeditam finium præscriptionem damnum non metuit aut juris amissionem, etsi hac finium regundorum actione destituatur; cum e contrario in immissis & protectis ex prædio communi in proprium, aut vice versa, admissa præscriptio tandem socio juris diminutionem, seu libertatis prædialis amissionem allatura esset, nisi negatoria contra socium licuisset experiri, Cujacius *observ. lib.* 22. *cap.* 31.

7. Contenditur hoc judicio ad id, ut fines confusi regantur, & ager unusquisque finibus propriis terminetur. Quomodocunque confusio contigerit, sive inædificatione, sive implantatione, sive stipitum lapidumque terminalium exaratione, remotione, corruptione, vetustate, sive arborum finalium extirpatione, sive fossarum intermediarum repletione, dum vel alluvio & terræ proximæ subsidentia, vel inundatio et aquæ impetus omnia complanavit ac delevit vestigia terminorum; adeoque, ut in confinio ædificata vel plantata tollantur ea pro parte, quæ peperit turbationem, stipites lapidesque, finium indices, rei ponantur, fossæ latitudini pristinæ restituantur ac profunditati, *l. hac actio* 2. *l. sed & loci* 4. §. *sed & si quis.* 3. *l. si quis* 3. *l. si irruptione* 8. *ff. h. t. tot. t. ff. de termino moto.* Quæ limitum antiquorum restitutio si commode fieri haud possit, novi a judice constituendi sunt; cui etiam licentia a jure data est, amovendæ veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines dirigendi, et adjudicatione controversiam dirimendi; adeo ut ex alterius prædio alii adjudicetur, hicque invicem pro eo, quod ei adjudicatum est, certa pecunia vicino condemnetur, *l. hac actio* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. h. t.* §. *penult. Inst. de officio judicis,* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n.* 42. & *seqq.* Estque illud hoc in judicio singulare, quod non singulis modo, sed et pluribus pro indiviso fines adjudicari possint, dum forte fundus alter duorum, alter trium est, quoniam non tam pluribus unius fundi dominis, quam potius ipsi fundo, nec tam personis, quam rei, adjudicari fines intelliguntur, *l. sed & loci* 4. §. *si alter* 5. *ff. h. t.* Quamvis id in ceteris fieri nequeat divisoriis judiciis (excepto casu, quo pluribus coheredibus ejusdem rei præceptio relicta est, idque ex necessitate, *l. item Labeo* 22. §. 1. *ff. famil. ercisc.*) in quibus res non rebus adjudicantur, sed personis, sic ut res singulæ singulis assignandæ sint, §. *si familiæ* 4. *Inst. de offic. judicis*, et merito: nam, cum familiæ erciscundæ, et communi dividundo judicio principaliter id intendatur, ut recedatur a communione, discordiarum illæ et negli-

gentiæ matre, suum litigantes scopum haud essent assecuturi, si judex divisionis rem eandem pluribus adjudicando induceret magis quam tolleret communionem: dum ex adverso per intentatum finium regundorum judicium non aliud desideratur, quam ut cesset finium confusio, et ager unusquisque propriis finibus terminetur; quem litis motæ finem confines etiam tunc obtinent, cum agro ad plures pertinenti adjudicatio pro indiviso sit. Et quamvis unusquisque dominorum, quibus adjudicatio fit, eam in adjudicato portionem pro indiviso consequatur, quam et in fundo habet, *d. l.* 4. *§.* 5. *ff. h. t.* sicque communio per finium regundorum arbitrum introducatur; quia tamen ea non alia est, quam quæ condominis in fundo ipso seu re principali etiamnum placet, ac continuatur, apparet quoque, nihil in ea adjudicatione, fundo plurium pro indiviso facta, comprehendi, quod confinium hoc judicio contendentium refragaretur desiderio ac intentioni. Confer Cujacium *observ. lib.* 22. *cap.* 39.

8. Præter ipsam finium pristinorum restitutionem, secundario insuper hoc judicio petitur, ut id, quod interest, præstetur, damnum reparetur dolo lata vel levi culpa unius confinis datum, omnis utilitas restituatur, ac aliæ quæcunque solvantur præstationes personales, *d. l.* 4. *§.* 1, 2. 3. *ff. h. t. §. pen. Inst. de offic. judicis.*

9. Ceterum appellatione finium venit proprie spatium quinque pedum, quod inter agros confines relinqui debebat liberum ab aratione, *l. pen. C. t.* cujus probatio variis fit modis, puta, per libros censuales & vetera monumenta, *l. in finalibus* 11. *ff. h. t.* per testes, non tantum, cum ipsi de certa sua scientia deponunt, sed &, cum de auditu visuque aliorum id referentium, in quantum in antiquis non oculatis tantum, sed & auritis testibus credendum est: etsi tales non primæ, sed secundæ notæ testes habeantur, qui de solo auditu deponunt, arg. *l. in summa* 2. *§. idem Labeo ait cum* 8. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcend. l. si arbiter* 28. *ff. de probation.* Cujacius *libr.* 3. *observ. cap.* 26. Ravardus *varior. libr.* 1. *cap.* 14. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 26. Brunnemannus *ad Pand. ad d. l.* 28. atque insuper in fide facienda libri censuales testibus in dubio potiores sint, *l. census* 10. *ff. de probation.* Adhæc per demonstrationem finium ab eo factam, qui prædii utriusque dominus fuit, cum alterum eorum venderet, *l. eos terminos* 12. *ff. h. t.* Per ocularem quoque inspectionem, cognito situ fossarum, lapidum, stipitum, quibus soliti distingui fines utraque parte citata ac præsente, vel per contumaciam absente: quo tamen casu consultius fuerit peritos mitti agrorum mensores, per quos patefacta rei veritate, etiam per confectam ac exhibitam, si opus, mappæ geographicæ descriptionem, a judice deinceps litigium de finibus ex ipsorum suggestione terminetur, dum artifici in arte credendum est, *l. si quis* 3. *C. h. t. l. si irruptione* 8. *§.* 1. *ff. h. t.* Instructio suprema Curiæ *art.* 241. 242. Cassiodorus *varior. lib.* 3. *epist.* 52. Christinæus *vol.* 2. *dec.* 185. *n.* 3. 4. Leeuwen *censura for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 28. *n.* 2. & *part.* 2. *libr.* 1. *cap.* 29. *n.* 27. Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *num.* 51. Appendix decision. Holl. *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 17. *in princ.* Neque dubium, quin in finalium quæstionum decisionibus etiam præsumtiones locum inveniant: qua ratione agri cujusque fines ad fossæ intermediæ medietatem creduntur extensæ, si non aliud evidenter probatum sit, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *n. ult.* Plura de finium probationibus vide apud Maschardum de *probationib. concl.* 393. 394. *& seqq. usque ad concl.* 404. Hieronymum de Monte *tract. de finibus cap.* 50. *& multis seqq.*

10. Restituendi vero plerumque termini, qui in postrema fuerunt venditione designati; quippe qui præsumuntur etiamnum servati; nisi eos confinium consensu postea rursus mutatos fuisse, doceri possit, *l.* 1. 2. *C. h. t. in finalibus* 11. *&* 12. *ff. h. t.* Et pendente hoc judicio neutri licitum ex finibus alterius quid usurpare: adeo ut, qui contra fecerit, superatus tantum agri modum amittat, quantum alteri adimere tentavit, *l. si constiterit* 4. *C. h. t.*

11. Cessat hæc actio post annorum triginta lapsum, ex quo primum contigit confusio finium, *l. ult. C. h. t. l.* 1. *§.* 1. *C. de annali except.* in quo similem esse hanc ceteris actionibus mere personalibus, supra dictum est. Nec refert quales fundi fuerint: nam etsi olim in agris limitaneis quieverit temporis cujuscumque præscriptio secundum Theodosii Junioris & Valentiniani constitutionem, *l. ult. C. de fundis limitrophis*, adeoque nec finibus ad fundos illos pertinentibus præscribi potuerit; tamen ex quo per recentius Anastasii edictum indictum fuit, ut nullum jus sive publicum sive privatum in quacunque causa vel quacunque persona moveatur, quod jugi annorum quadraginta silentio sopitum atque extinctum est, *l. omnes* 4. *C. de præscrip.* 30. *vel* 40. *annor.* vix est, ut non finium quoque & quæstionum finalium præscriptioni locus sit. Nec adversatur rescriptum Impp. in *l. pen. C. h. t.* quo jusserunt, quinque finium præscriptione submota, finalis jurgiis liberam debere peragi intentionem. Considerandum enim constitutione illa & confirmari & contineri jus vetus legis duodecim tabularum, legisque Maniliæ, qua utraque præscriptio vel usucapio spatii quinque pedum impedita fuit, teste Cicerone, *libr.* 1. *de legib.* sed cum ex illa vetusti juris comprobatione, aut saltem occasione ejus, difficultates plures in dies exsurgerent, eodem adhuc anno a Theodosio, Arcadio & Honorio, nova constitutione decretum fuit, *ut cunctis motitionibus amputatis, in finali quæstione non longi quidem temporis, sed triginta tantummodo annorum præscriptio* admittatur, *d. l. ult. C. h. t.* Fachineus *controv. lib.* 8. *cap.* 35. *in fine*, Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 22. *n.* 2. Quamvis autem finium ipsorum præscriptio olim nullo modo fieri potuerit, ac jure novo demum annorum triginta lapsu; tamen hæc impedimento non fuerunt, quominus etiam ex jure veteri cum alieni agri parte seu loco, ut loquitur *l. locus* 60. *ff. de verbor. signif.* simul quoque finium, velut accessoriorum, usucapio longi temporis possessione impleretur; veluti, si confinium unus una cum finibus seu quinque pedum spatio possedisset agri confinis partem ad spatium decem pluriumve pedum, dum ei fundum ementi fines tam ampli erant a venditore monstrati, ac in possessionem partis ad confinem pertinentis inductio facta; quasi & hæc venditoris fuisset. Quo de casu agit *l.* 2. *§. cum Stichum* 6. *l. qui fundum* 7. *§. si fundum* 1. *ff. pro emtore*, Vinnius *select. quæst. lib.* 1.

cap. 34. *fere in fine.* Interim de interpolatione ac mutilatione legis *pen.* & *ult. C. h. t.* ac quo modo utraque a suis fuerit concepta conditoribus videri potest *Cod. Teod. lib.* 2. *tit.* 26. *l.* 4. & 5. ubi Jacobus Gothofredus *in notis* ea de re prolixe.

12. Præter hanc actionem quandoque criminale de termino moto judicium datur, de quo latius *tit. ff. de termino moto.* De cetero, quanto spatio fossæ, putei, inædificata, sepes, implantata, a confinio remota esse oporteat, lege Solonis Atheniensibus scripta, sed Romanis quoque probata, definitum fuit, cujus verba ex *l. ult. ff. h. t.* lubet apponere, *si quis*, inquit lex, *sepem ad alienum prædium fecerit, infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam, pedem relinquito: si vero domum, pedes duos: si sepulcrum aut scrobem foderit, quantum profunditas habuerit, tantum spatii relinquito: si puteum, passus latitudinem: at vero oleam, aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato: ceteras arbores ad pedes quinque.* Quo modo etiam lege duodecim tabularum cautum fuit, sestertii pedis, seu duorum pedum ac dimidiati spatium inter ædes intercedere oportere ad ambitum seu circumeundi facultatem; ut pluribus docet Brissonius *select. antiqu. lib.* 1. *cap.* 2. Quemadmodum postea ex constitutionibus Arcadii, Honorii ac Theodosii necesse fuit, sub pœna destructionis, ut inter ædificia ac horrea publica & ædes privatorum quindecim pedum intervalla servarentur; & Meniana privatorum pedibus decem inter se distarent, *l. sicui* 9. *l. meniana* 11. *C. de ædificiis privatis*; cum antea ex lege Constantini privatorum ædes publicis ab horreis centum pedum spatio debuissent remotæ esse *l.* 5. *Cod. Theodosiani de operibus publicis.* Quid vero circa interstitia inter ædes sibi contiguas hodie servetur, vix definiri potest, cum id in singulis fere regionibus imo oppidis singulis, varie legibus municipalibus definitum inveniatur, teste Groenewegio ad *d. l.* 9. & 11. *C. de ædificiis privatis*, Confer Cæpollam *de servit. præd. urb. cap.* 40. Ant. Thesaurum *dec. Pedemont.* 115.

TITULUS II.

Familiæ erciscundæ.

SUMMARIA.

1. *De divisione hæreditatis, quæ per ipsum testatorem fit. An tunc coheredes sibi invicem præstent evictionem divisorum, si forte res aliena uni per testatorem assignata sit? Post divisionem a testatore factam, si quæ supersint indivisa, qua proportione dividenda sint? Alia de hac divisione ubi tractentur.*
2. *De divisione, quæ mutuo consensu inter coheredes fit, quo modo ea fieri possit?*
3. *An repertorii confessio sit necessaria ad id, ut inter coheredes communi consensu divisio fiat, si coheredes omnes majorennes sint? quid si quidam sint minorennes? & de assignatione bonorum paternorum aut maternorum per parentem superstitem facta liberis sine inventario.*
4. *An, & quando unus heredum a reliquis cogi possit ad inventarii confectionem? & an in illud tunc referre debeat etiam ea, quæ sibi a defuncto donata ait?*
5. *An & viventis hereditas ex consensu ipsius inter futuros heredes dividi possit? an tunc nova peti possit divisio, si defunctus priorem non reprobaverit? An etiam testator testamento suo divisionem suæ hereditatis possit extraneo mandare, qui heres non est., & quando heredes tali divisioni debeant acquiescere?*
6. *Ante divisionem deducenda prius omnia, quæ hereditaria non sunt; quorum species variæ enumerantur.*
7. *Non dividendum inter coheredes, quod pro cæde defuncti quidam ex his, tanquam sanguine vel affinitate juncti, ab homicida consecuti sunt, qua occasione explicatur* l. 15. §. 1. ff. h. t.
8. *Non etiam dividenda, quæ uni ex jure primogenituræ vel aliter cedere debent jure præcipui; nec uni heredum prælegata; &, si hæc per errorem divisa sint, restitutio datur, manente in ceteris divisione.*
9. *Inter nullos alios, quam coheredes, quive eorum loco habentur, hoc judicium locum habeat. Quid agendum, si reus actorem neget coheredem esse?*
10. *An actor provocans hoc judicio, fateri censeatur reum coheredem esse?*
11. *Datur etiam inter fiduciarium & fideicommissarium, vel filium impuberem adrogatum respectu quartæ & ceteros heredes, ut & inter emtorem partis hereditariæ & heredes.*
12. *Nihil refert quantum ad hoc judicium, utrum coheredes possideant, nec ne. Datur etiam inter pauciores ex pluribus; qui tamen ceteris non præjudicant. Quo modo consultum sit heredibus dividere volentibus, si quidam diutius absentes nullum suo loco substituant ad divisionem peragendam?*
13. *Si plures sint heredes unius coheredis, omnes simul ad divisionem provocare debent, aut unum simul procuratorem constituere, non quidam ex his.*
14. *Ad divisionem provocare vel provocari nequit heres conditionalis, pendente conditione. Quid agendum ea pendente, si quidam pure, alii sub conditione instituti sint?*
15. *Provocare nequeunt pupilli, furiosi, &c. nec eorum tutores aut curatores; provocari tamen possunt, & tunc tutores etiam immobilia dividunt sine decreto. Quandoque & provocant, decreto impetrato, si non expediat pupillis communio, vel inter pupillos plures dividunt. Quid juris, si diviserint sine decreto?*
16. *Si maritus statuto prohibeatur alienare immobilia uxoris sine consensu ejus, etiam divisio prohibita videtur.*
17. *Divisio hereditatis, si quas impensas requirat, illæ communiter de hereditate facienda, nisi fiant ob singularem qualitatem unius hæredis, veluti ob decretum, si unus minor sit.*
18. *Dividi potest hereditas ejus, qui diu abfuit, & ignoratur an vivat, nec ne; modo caveant qui dividunt; licet hoc ipso veri heredes non fiant, sed tantum fiduciarii possessores.*
19. *Quid si post talem fiduciariam divisionem diutius supervixisse absentem constet, & interim quidem ex possessoribus fiduciariis mortui vel nova lege a successione depulsi sint?*

20. *Quanto tempore debeat esse continuata incertitudo, an quis vivat, an mortuus sit, ut ad divisionem fiduciariam procedi possit?*

21. *Uno judicio de duabus hereditatibus, veluti paterna & materna dividendis agi potest, licet non omnes, sed quidam tantum ad utramque concurrant.*

22. *Res adjudicandæ singulis singulæ quantum fieri potest, si dividi commode nequeant; vel ei, qui licitando vicerit, extraneo etiam ad licitandum admisso, maxime si unus heredum pauper aut pupillus sit; licet statuto cautum esset, socio posse afferre electionem, an rem pretio a se æstimatam, an pretium habere malit.*

23. *Judex non potest inter coheredes dividere, sed uni heredi adjudicare debet partem, quam vel defunctus vel coheredes pro indiviso habent in re sibi cum alio communi: dum defunctus habuerat socium rei, vel fundi sui partem legaverat, vel unus heredum ante hoc judicium partem suam rei hereditariæ vendiderat.*

24. *An, et quo modo veniant in hoc judicium res ab hostibus captæ, commodatæ, depositæ, litigiosæ, thesaurus, res ex pecunia hereditaria emptæ, lucra turpia, jura sepulchrorum, patronatus, servitutum? an conditionis implendæ causa uni heredi data, prædia feudalia, emphiteuticaria, adscriptiorum etc. remissive.*

25. *Quales in hoc judicium veniant præstationes personales? remissive. An et unus heredum, qui solus gessit res hereditarias salarium petere possit? circa præstationes personales debent condemnationes et absolutiones fieri in omnium personis, alias non valent.*

26. *Nomina ipso jure divisa sunt: si unus heredum non sit solvendo, id ceteros non gravat. Si judex singulis singula nomina adjudicaverit, non prodest nec nocet creditoribus; et si creditor unum heredem vi adjudicationis in solidum convenerit, adhuc contra reliquos agere potest, si prior solvendo non sit.*

27. *Si testator voluerit, vel inter heredes convenerit, ut singuli certa debita in solidum solverent, vel defunctus contractu suo unum ex pluribus futuris heredibus in solidum obligaverit, an is invitus in solidum a creditore conveniri possit? et quid moribus? Quid agere possint coheredes reliqui, si pro sua parte hereditaria conveniantur a creditore, respectu debiti, cujus solutio uni erat imposita?*

28. *Pro qua parte quisque ferat onus æris alieni, si alter mobilium, alter immobilium heres sit, paterna paternæ, materna maternæ lineæ cedant, vel pro statutorum diversitate unus in quædam tantum bona successerit? remissive.*

29. *Qualia pacta divisioni possint adjici? et in specie de pacto successionis in bona ex divisione cuique cedentia, quod in Hollandia probatum; non ita aliis in locis; et quæ sit hujus pacti utilitas ac ratio? quorum bonorum intuitu talia pacta adjecta operentur? An mutatio domicilii mutet vim pactorum talium circa mobilia?*

30. *Cessat hoc judicium, si semel eo actum sit, ideo agere possunt heredes judicio communi dividundo, si tantum a quarundam rerum communione resilire velint.*

31. *Cessat, si unus ex re certa, alter simpliciter, unus in castrensibus, alter in paganicis, unus in mobilibus, alter in immobilibus institutus sit.*

32. *Potest testator ad tempus, non in perpetuum, prohibere divisionem. Possunt et creditores per judicem intercedere, ne divisio fiat, donec ipsis solutum aut satisdatum sit; et quæ sit utilitas huius intercessionis?*

33. *An cesset hoc judicium, si coheredes plures communiter et pro indiviso res hereditarias possederint totis triginta annis? Quid juris, si tanto tempore pro diviso et suo nomine possederint?*

34. *An rescindi possit divisio, quæ inter verum et falsum heredem per errorem facta est, sive privatim, sive per judicem? Qua occasione explicatur* l. 36. ff. h. t. *Et quid, si verus heres diviserit cum falso herede, cum non plane erraret, sed dubitaret, an is esset heres, nec ne?*

35. *Si inter veros heredes divisio facta sit, ob qualem læsionem rescindi tunc possit, etiam cum judicis auctoritate facta est?*

36. *Variæ quæstiones circa rescissionem ob enormem læsionem ex divisione natam recensentur, remissive.*

37. *Quandiu duret licentia petendi rescissionem divisionis ob enormem læsionem?*

38. *Si fiduciarius heres pendente fideicommissi conditione diviserit hereditatem cum ceteris coheredibus; an fideicommissarius isti divisioni stare debeat?*

39. *Communi consensu a divisione facta recedi potest. An tacite recessum videatur, si post solemnem divisionem heredes perseveraverint in communi ac indivisa rerum possessione, per tempus ad praescriptionem requisitum?*

40. *An cum hac actione concurrere possit judicium expilatae hereditatis?*

41. *An cum hac actione concurrere possit actio negotiorum gestorum, ita, ut coheres eligere possit, utra velit experiri?*

42. *Quo in loco judicium familiae erciscundae intentari debeat?*

43. *An, et quando quadragesima pars pretii, et alia laudemia praestanda sint moribus nostris propter alienationem, quae per divisionem aut adjudicationem rerum hereditariarum similesque modos fit?*

1. Erciscere familiam est hereditatem dividere, quam si testator non distribuerit, nec coheredes inter se de ea conveniant erciscunda, judex dividit: etsi haud sit eundum inficias, quin omnium firmissima sit ea divisio, quæ per ipsum est testatorem instituta; cum ne ob enormem quidem læsionem rescindi queat, nisi læsam appareat quorundam legitimam, *l. quotiens* 10. *C. h. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 116. *n.* 3. Christinæus *vol.* 4. *decis* 7. *n.* 6. Adde libellum meum *de familia erciscunda cap.* 2. *n.* 13. 14. neque desint, quibus insuper placuit, ne heredem quidem coheredi ad evictionis præstationem obligatum esse, quoties res aliqua ex iis quæ per testatorem inter heredes divisæ & assignatæ erant, evicta est, Gomezius *tom.* 2. *variar. resolut. cap.* 2. *num.* 34. *in med.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 216. *n.* 2.

Petrus Zans *de divis. bonor. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 13. Christinæus *vol.* 2. *decis.* 179. *num.* 14. *in fine*, & *ad Leg. Mechlinienf. t.* 16. *art.* 48. *num.* 6. Quorum tamen opinio semper suspecta mihi visa fuit, tanquam neque legibus neque ratione satis suffulta: eamagisque probandam credidi vulgatam in legatis simplicibus receptam distinctionem; utrum scilicet defunctus rem per divisionem personæ propinquis uxorive, ratio nulla est, cur non æque omni casu salvum iis esse deberet, quod divisione per testatorem assignatum, atque ita (ut post dicetur) prælegatum fuit, quam simplex legatum, quod omni casu conjunctæ personæ vel uxori præstandum esse, si alienum appareat, rescriptum est, *l. cum alienam* 10. *C. de legatis.* Eoque facit, quod a Papiniano traditum, si inter filios pater divisionem fecerit, & uni rem tribuerit, cujus se dominum per errorem putabat, arbitrum conjectura voluntatis non passurum, *ut is partes coheredibus prælegatas restituat, nisi parati fuerint & ipsi, patris judicium fratri conservari, l. cum pater* 77. *§. evictis* 8. *ff. de legatis* 2. Si vero heredi prorsus extraneo res aliena obvenerit ex testatoris distributione, rursus exemplo simplicium legatorum dispiciendum foret, utrum defunctus scivisset, an ignorasset, rem uni assignatam non propriam sed alienam esse: &, si quidem probari posset, eum rei alienæ habuisse scientiam, magis fuerit, ut coheredes ceteri pro rata de evictione teneantur, hactenus saltem ut vel rem illam evictam justo pretio redemtam præstent, vel in subsidium æstimationem ejus, arg. *d. l.* 10. *C. de legatis*, *§. non solum* 5. *Inst. de legatis.* Et de eo casu, quo testator scivit, accipiendus Papinianus in *l. si paterfamilias* 35. *ff. h. t.* Sin ignoraverit, non est quod coheredes ceteri uni ob rei unius per testatorem assignatæ evictionem tenerentur; cum hæc rem alienam legatam eo casu præstare obstricti sint, *d. §.* 4. *Inst. de legatis d. l.* 10. *C. de legatis.* Confer Menochium *de præsumt. lib.* 3. *præsumt. lib.* 3. *præsumt.* 118. *n.* 9. Sande *decis Frisic. lib.* 4. *t.* 11. *def.* 2. *in med.* Fachineum *controv. lib.* 6. *cap.* 68. *conclus.* 2. Bachovium *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 19. *th.* 12. *lit. D.* Struvium *ad Pand. h. t. n.* 12. libellum meum *de familia ercisc. cap.* 2. *n. ult.* Quod si nonnulla inter liberos a parente divisa sint inæqualiter, pro virilibus nihilominus (aut si ad portiones inæquales generali institutionis formula heredes vocati sint, pro portionibus hereditariis institutione assignatis) distribuenda per familiæ erciscundæ arbitrum omnia reliqua, quæ indivisa remanserant, nulla considerata jam divisorum proportione, *l. inter filios* 11. *l. si, cogitatione* 21. *C. h. t. l. qua pater* 52. *ff. h. t.* eo quod testator officium arbitri hereditatis dividendæ præveniendo, res quasdam singulis assignans, prælegasse censetur quæ cuique assignavit, *l. cum pater* 77. *§. evictis praediis* 8. *ff. de legatis* 2. *l. ex facto* 35. *§. unde* 1. *ff. de de hered. Inst.* quæ ipsa in extraneis quoque heredibus institutis observanda sunt, ut scilicet non obstante inæquali in prælegatis portione, ad reliqua tamen bona defuncti non prælegata æqualiter admittantur, vel saltem ex quantitate prælegatorum non fiat mutatio datarum in institutione portionum, *l. quotiens volens* 9. *§. si duo* 13. *de hered. inst.* Plura circa hanc divisionem a testatore faciendam sive testamento, sive codicillis, sive actu inter vivos, variasque ea occasione controversias, vide libello meo *de familia ercisc. cap.* 2.

2. Quantum ad eam divisionem attinet, quæ mutuo coheredum consensu, sine arbitri officio fit, nullis illa legibus certis adstricta est, sed eo modo eaque ratione instituitur, quæ utilior commodiorque dividentibus visa fuerit; sive placuerit, ut natu major res dividat, minor natu eligat; sive magis arriserit, distributione rerum præmissa, per sortem determinare, cui portio unaquæque obvenire debeat; sive per factam rerum hereditariarum æstimationem mutuamque licitationem & adjectionem voluerint, rem unumquamque ei cedere, qui licitando vicisset; sive id agatur, ut penes unum jus omne hereditarium remaneat, & is ceteris certam pendat pecuniæ quantitatem. De quibus itidem plura scripsi *d. tract. de familia erc. cap.* 5. Quibus adde Vinnium *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 35.

3. Et quamvis in divisionibus, quæ mutuo coheredum consensu, vel etiam judicis auctoritate fiunt, consultum omnino sit repertorium fieri, de quo plura scripsi *in libello de familia erciscunda, cap.* 3. cujusque praxin habet Berlichius *decis.* 160. Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *num.* 7. *& multis seqq.* tamen, si inventarii confectio omissa sit, non ideo minus firma erit instituta divisio, etiam tunc, cum quidam coheredum certa quantitate pecuniaria certarumve rerum præstatione sese dimitti patiuntur, vel parens superstes bona quædam nummosve liberis velut prædefuncti parentis patrimonium assignat; adeo ut illa sine inventario facta divisio, si quidem per modum transactionis (*by Vythoop*) instituta sit, ne enormis quidem læsionis prætextu rescindi queat, ubi postea apparet longe majorem fuisse hereditatem, arg. *l. Lucius* 78. *§. ult. ff. ad Senatusc. Trebell.* si modo liberi aut coheredes majorennes sint, adeoque tales, quibus liberum est juri suo renunciare. Nam si quidam minorennes essent, inventario non confecto minus firma quoque foret vice paternæ maternæve hereditatis facta rerum certarum aut nummorum assignatio; hactenus saltem, ut minores, de læsione notabiliore conquerentes, jure petant, inventario condito in melius reformari rerum assignationem, antea sine inventario inique aut captiose factam, etsi parenti superstiti, qui assignationem fecit, id haud indulgendum sit, quia ipse majorennis est, & satis creditur perspectas habuisse patrimonii conjugalis vires, D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 2. *n.* 6. Abr. a Wesel *de connubial. societate tract.* 2. *cap.* 4. *n.* 150. 151. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 72. & *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 178. Adde Argentræum *ad consuet. Brit. art.* 477. *gloss.* 4. *num.* 3. 4. Ut tamen hic proprius regionum mores singulares indagandi sint: Delphis enim in Hollandia tutores pupillorum cum parente superstite recte transigere de hereditate parentis prædefuncti, non facto repertorio, si minus ampla sit substantia, vel potissimum in nominibus mercaturæ consistat, at ubi facultates ampliores sunt, repertorio opus esse, testis est Neostadius *Curiae supr. decis.* 91. *in pr.* quod idem Amstelodami quoque servari, impetrata tunc sine inventario transigendi venia a Cameræ pupillaris præfectis, responsum est *part.* 3. *vol.* 2. *Responsor. Holl. consil.* 26. *n.* 4. 5.

4. Quod si plures coheredes simul sese delatæ im-

miscuerint hæreditati, alter ab altero non recte exigit inventarii confectionem; sed magis eo casu ad id contendendum, ut is, qui forte moras nectit, simul cum reliquis coheredibus, junctis operis, ad inventarii confectionem procedat, Berlichius *decis.* 160. *num.* 9. Aliter quam obtineret, si unus tantum ex pluribus heredibus rerum hereditariarum præcipuus possessor aut administrator fuerit, defuncto viventi ad mortem usque cohabitaverit, negotia defuncti tabernamve tractaverit, atque adeo meliorem ac pleniorem, quam reliqui, habuerit notitiam rerum defuncti; tunc enim vel ipse repertorium facere, vel saltem omnia, quæ ad hereditatem pertinere novit, atque etiam ea ipsa, quæ forte sibi a testatore vivo donata prætendit, bona fide in inventarium referri curare debet, ad id, si refractarius sit, a ceteris coheredibus auctoritate judiciali compellendus, Chassanæus *ad consuet. Burg. rubr.* 4. §. 7. in verbis, *proximorum parentum n.* 16. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 62. & *part.* 4. *consil.* 89.

5. Uti autem certum est, heredes posse mutuo consensu dividere hereditatem ejus, qui jam defunctus est; ita quoque vix dubitandum quin id etiam, eodem adhuc vivente, jure faciant, si is, de cujus adhuc viventis hereditate agitur, divisionem præceperit, ratamve habuerit, ac ad finem vitæ in ea perseveraverit factæ divisionis comprobatione, arg. *l. ult. C. de pactis*, usque adeo, ut filii, ac eorum exemplo heredes quoque extranei, frustra eandem convellere tentaturi essent, aut repetitam exigerent rerum jam vere hereditariarum divisionem, *l* 2. *Cod. Teodosiani de familia erciscunda*, junct. *d. l. fin.* Wamesius *consil. juris civilis cent.* 2. *consil.* 41. *n.* 2. 3. Jacobus Gothofredus *ad d. l.* 2. *C. Theodosiani h. t.* Quin imo, neque ratio neque jura refragantur quo minus moriens testamento hereditatis suæ inter coheredes divisionem demandet extraneo, id est ei, qui heres non est, heredesque jubeat ea contentos esse, dummodo neque legitima cujusquam ab illo arbitrio distribuente lædatur, arg. *d. l. quotiens* 10. *C. h. t.* neque manifesta seu enormis arbitrii istius ex gratia vel odio profecta iniquitas in aperto sit, arg. *l. in proposita* 78. *l.* 79. *ff. pro socio.* Sic enim testatori liceat legatum arbitrio tertii ita tacite committere ut tertius sua possit voluntate interposita efficere, ut, vel ne, legatum præstandum sit, *l. Senatus enim* 43. §. *legatum* 2. *ff. de legatis* 1. junct. *l. nonnunquam* 52. *ff. de condit. & demonstrat.* si insuper ei a legibus concessum sit, ita legatum optionis relinquere, ut Titio ex suis, verbi gratia, equis eum leget, quem Mævius optaverit, atque ita extraneo permittere, ut statuat, quæ res legatario cessura sit, *l. ult.* §. *sed & si* 1. *C. commun. de legatis, l. pen. ff. de opt. vel elect. leg.* si denique ipsa heredis institutio tacite in arbitrium tertii conferri queat, ita ut ab eo dependeat, quo minus, aut quo magis is, qui institutus est, heres sit, *l. si quis Sempronium* 68. *ff. de hered. instit.* ratio non est, cur non & divisionis arbitrium, si ita videatur, uxori forte, vel patri, aut alteri extraneo, ut viro bono, testator permittat. Responsa JCtor. Holland. *parte* 1. *consilio* 112.

6. Quotiens autem ob non divisam a testatore hereditatem ad hoc familiæ erciscundæ judicium, duplex, bonæ fidei, mixtum, pro hereditate dividenda ac personalibus præstationibus tribuendis recurritur, deducendum ante omnia, quicquid hereditarium non est; quo in numero potissimum sunt bona ad conjugem superstitem pertinentia. Confer libellum meum *de familia erciscunda cap.* 4. ut & ea, quæ a priore conjuge profecta, nec jure dominii acquisita ei, de cujus hereditate dividenda quæstio est, rebus tamen ejus mixta inveniuntur, aut pro indiviso possessa; quæque defunctus aliena tenuit ususfructus ususve jure; vel jure quidem dominii velut propria; sed tamen cum onere restituendi ex causa fideicommissi.

7. Sed nec illud in familiæ erciscundæ judicium venire debet, aut inter coheredes, qua tales, dividendum, quod pro cæde defuncti ab homicida uxor liberique consecuti jam sunt, aut possunt exigere. Quod puto Ulpianum velle in *l. his consequenter* 18. §. *sed an, in* 1. *ff. h. t.* dum ait: *sed, an in familiæ erciscundæ judicium de morte testatoris, vel de morte uxoris liberorumque suorum habebunt quæstionem heredes, quæritur, & rectissime Pomponius ait, hæc ad divisionem rerum hereditariarum non pertinere.* Etsi enim Gothofredus *in notis*, & Ant. Faber in rational. *ad d. l.* 18. §. 1. existiment, in d. l. agi de vindicanda nece defuncti, quasi officium illud non posset uni coheredum imponi per arbitrum familiæ erciscundæ, sed ad omnium onus communiter spectaret, sic ut heredi non vindicanti, tanquam indigno, portio hereditaria auferenda foret, ac fisco applicanda, *l.* 1. *C. de his, quib. ut indignis*, tamen vix est ut id admittatur; cum non modo de morte testatoris, sed & uxoris liberorumque ejus ibidem agatur; & constet quidem, heredes debere ulcisci necem defuncti, at, ut similiter vindicare cogerentur necem uxoris aut liberorum testatoris nulla lege necessitas iis imposita inveniatur. Ut proinde rectius d. legis verba accipiamus de casu, quo testator, aut uxor, liberive testatoris, homines liberi, dejectione, vel effusione, vel ab animalibus ferocioribus illic, qua vulgo iter fit, habitis, vel alio simili modo occisi sunt, quo nomine comparata est ad aureorum quinquaginta pœnam actio de dejectis & effusis, *l.* 1. §. *sed cum* 5. *l. si vero* 5. §. *hoc autem* 5. *ff. de his, qui effud. vel dejec.* vel ad ducentos aureos in factum actio ex ædilitio edicto, *l. qua vulgo* 42. *ff. de ædilit. edict.* quam actionem in hoc judicium non venire, merito Pomponius responderat; eo quod populares actiones, qualis est de dejectis & effusis ob hominem liberum occisum heredibus, qua talibus non dantur, ideoque, nec ad rerum hereditariarum divisionem pertinent, *d. l.* 5. §. 5. & si uxorem liberosve occisi una cum extraneis heredibus institutos proponas, uxor plane liberique heredibus ceteris in tali actione intentanda deberent præferri, dum præferendi dicuntur illi, quorum interest, vel qui affinitate cognationeve defunctum contingunt, *d. l.* 5. §. 5. eademque ratio est, si non testator, sed uxor ejus liberive occisi sint; cum & tunc popularis actio, in qua movenda testator ipse aliis anteponendus fuisset, heredibus, qua talibus, competere non potuisset; nec illi, si extranei fuissent, ullam ex capite defuncti prælationem agendi ante alios sibi vindicare; sed magis hic quoque potiores censeri deberent, qui uxori occisæ liberisve testatoris interemtis sanguinis aut affinitatis vinculo conjuncti sunt, *d. l.* Quo & facit, quod alibi *t. de acquir. hereditate*,

latius tradetur, eos, qui has similesque intentarunt actiones, pœnamque consecuti sunt, nec pro herede se gessisse, nec hereditariis effici obnoxios oneribus.

8. Sed & ante divisionem omnem deducenda, quæ jure præcipui ex lege municipali ad unum debebant pervenire, sive ex primogenituræ prærogativa, sive ex alia qua simili ratione: uti & quæ secundum DD. viri boni arbitratu præcipere debet ex paterna vel materna hereditate filius, cujus industria singulari admodum auctum apparet defuncti patrimonium, de quo Groenewegen ad §.2. *Inst. per quas pers. cuique acquir. n.* 4. Adhæc prælegata, quippe quæ iis solis adjudicanda, quibus a testatore data sunt; adeo ut, si forte pluribus coheredibus simul res una prælegata sit, etiam universis simul pro indiviso adjudicari interim debeat, donec novo judicio communi dividundo visum fuerit, dirimere rei prælegatæ communionem, *l. item Labeo* 22. §. 1. *ff. h. t.* junct. §. *item si* 3. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu nasc.* Neque dubium videtur, quin coheres, qui per errorem passus est inter se reliquosque coheredes dividi res sibi soli jure præcipui competentes restitutionem in integrum impetrare possit adversus factam rerum talium divisionem, ad id, ut reddatur aut suppleatur, quod uni solummodo debitum, perperam inter omnes divisum est, rata in ceteris manente rerum hereditariarum communium distributione, Wamesius *cent.* 2. *consil. juris civilis* 47. *n.* 19. Christinæus *vol.* 2. *dec.* 132. *n.* 3. Groenewegen *ad l. majoribus* 3. *C. communia utriusque judic. n.* 6. D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 6. *sect.* 2. *num.* 6. *in fine*, Wassenaar *pract. judic. cap.* 11. *n.* 123.

9. Datur hæc actio illis, qui probare possunt, se coheredes esse; cum inter solos coheredes consistat, quippe nullis competens quam iis, qui desiderant a rerum hereditariarum recedere communione; cujus generis communionem inter nullos alios, quam coheredes, vel qui loco heredum censentur, eosve repræsentat, inveniri, expeditum est: in quo a petitione hereditatis, inter verum falsumque heredem agitanda, differt. Quod si reus actor coheredem neget, videndum, utrum actor possideat hereditatem, cujus divisione litem movet, nec ne. Nam si in possessione sit, inficiatio rei de qualitate actoris, ac jure hereditario ei competente, impedimento non est, quo minus familiæ erciscundæ judex tunc cognoscat dijudicetque, num heres sit, quem adversarius negat talem esse, sic ut eo casu actor per præjudicium ad movendam primitus hereditatis petitionem remittendus haud sit. Sin possessione careat, magis est, ut ab hoc familiæ erciscundæ judicio interim exceptione præjudiciali depulsus, jubeatur suum prius asserere jus hereditarium per intentatam hereditatis petitionem, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.*

10. Actor sane eo ipso, quo alium hac ad divisionem actione interpellat, non potest non videri eundem agnoscere & fateri sibi coheredem, arg. *l.* 1 *pr. ff. h. t.* etsi enim Ant. Faber ad *l. qui familiæ* 37. *ff. h. t. in rationalibus*, inter *fateri* & *supponere* distinctionem adhibeat, ajens, eum, *qui familiæ erciscundæ agit, non tam fateri, quam supponere, adversarium esse sibi coheredem*; quia non fatetur qui errat, nisi jus ignoraverit, *l. non fatetur* 2. *ff. de confessis*, tamen, cum inficias iri nequeat, quin erronea confessio judicialis interim pro veritate, ac judicato habenda sit, donec detectus error judicique probatus, ac adversus eum ex capite justi erroris restitutio in integrum impetrata fuerit, arg. *l.* 2. *ff. de in integr. restitut. l. certum* 6. *§. pen. ff. de confessis*, junct. *l. inde Neratius* 23. §. *ult. l.* 24. *l.* 25. *ff. ad leg. Aquil.* vix est, ut non etiam actor durante hac familiæ erciscundæ actione dici debeat confessus, reum, quem vocavit, sibi coheredem esse: licet adversus erroneam confessionem ei postea subveniendum sit. Neque repugnat *d. l. qui familiæ* 37. *ff. h. t.* cum vel delenda ibi sit particula *non*, ac legendum, eum, *qui familiæ erciscundæ judicio agit, confiteri adversarium sibi esse coheredem*; ut id suadent Græci, *in lib. Basilic.* 42. *t.* 3. *l.* 37. vel intelligi lex possit de reo ad divisionem provocato, qui respondens actori, non videtur de ejus intentione confiteri, *l. non utique* 9. *ff. de exceptionibus*, neque est, quod quem offendat, in d. l. 37. de eo tractari, qui *agit*; cum in judiciis duplicibus, quale & hoc est, reus simul actor sit: *l. judicium communi* 10. *ff. finium regund. l.* 2. §. *in familiæ* 3. *l. inter coheredes* 44. §. *qui familiæ* 4. *ff. h. t.*

11. Nihil autem refert, ex testamento, an ab intestato; jure civili, an prætorio; directi, an fideicommissarii heredes sint, *l.* 2. *l. sed & ejus* 24. §. 1. *ff. h. t.* Usque adeo, ut & utile judicium inter fiduciarium ac fideicommissarium exerceri possit, quatenus vel fiduciario quarta Trebellianica salva esse debet, vel is non totam hereditatem, sed solam partem restituere rogatus est, sic ut prius quidem actione ex testamento fideicommissarius ad restitutionem experiatur; hoc vero deinceps judicio ad divisionem, *l. si ex asse* 40. *ff. h. t.* quale judicium utile etiam inter heredes ceteros & adrogatum datur respectu quartæ impuberibus ex D. Pii constitutione tributæ, licet quartæ istius intuitu adrogatus proprie nec heres civilis sit, nec bonorum possessor seu heres prætorius, *l. per familiæ* 2. §. 1. *ff. h. t.* Quid quod nec dubitandum videtur, quin & inter emtorem hereditatis, qui partem emit; ceterosque venditoris coheredes, utili actioni locus sit: tum, quia emtorem hereditatis vicem heredis obtinere placuit, *l. venditor* 2. §. *cum quis debitori* 18. *ff. de hered. vel act. vendita*, tum quia utilem quoque hereditati petitionem ei & in eum competere, receptum fuit, *l. nec ullam* 13. *§. quid, si* 4. *§. si quis sciens* 8. & 9. *l. ei, qui* 54. *ff. de petit. hered.* ac generaliter obtinuit, utiles actiones illis casibus emtori hereditatis dari, quibus directæ venditori, *l. si cum emtore* 16. *ff. de pactis*, *l. emtor* 5. *C. de hered. vel act. vendita.*

12. Similiter non interest, utrum hereditatem possideant, nec ne; cum in hoc judicio non factum, sed jus spectetur, quod quisque habet, nec ex possessione, sed magis ex jure dominii, per hereditatis aditionem quæsito, hoc judicium nascatur, *l.* 1. §. 1. *l. heredes ejus* 25. §. *quantum* 2. *l. fundus* 51. §. *ff. h. t.* Nec, utrum inter omnes coheredes, an inter pauciores ex pluribus hoc judicium accipiatur, *l. per familiæ* 2. §. *dubitandum* 4. *ff. h. t.* arg. *l. etsi non* 8. *in pr. ff. communi dividundo*; ut tamen in casu, quo inter pauciores ex pluribus hoc substitit judicium, reliquis eo ipso non præjudicetur, quo minus ipsi postmodum vel petitione hereditatis a tertiis possessoribus, in quos alienatæ res heredita-

riæ, easdem recuperent, *l. inter coheredes* 44. §. *si coheredes* 2. *ff. h. t.* vel etiam familiæ erciscundæ actione adversus eos, inter quos prius actum fuerat, experiantur, ad id, ut de novo hereditatis totius divisio peragatur; cum unusquisque eorum, quibus ex prima inter pauciores instituta distributione res obvenerunt, possideat pro indiviso rel quorum, nunc demum agentium, portionem, *l. coheredibus* 17. *C. h. t.* eoque forsitan Ulpianum respexisse existimem, dum ait, causa cognita etiam amplius quam semel familiæ erciscundæ judicio agi posse, *l. filia* 20. §. *familiæ* 4. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 3. *tit.* 25. *defin.* 5. Sed, ne per coheredum quorundam sive casu sive consulto contingentem absentiam diuturniorem, res hereditariæ cum heredum præsentium detrimento manerent communes, atque ita discordiarum & negligentiæ duraret occasio ac mater, consultum præsentibus est, non ut sequester publicus desideretur, per quem hereditas administretur; uti voluit Papon *lib.* 15. *tit.* 7. *art.* 4. sed potius, ut aliquem aut aliquos, absentium vicem in divisione familiæ subituros, auctoritate publica judiciali petant substitui, quo universale inter omnes omnino coheredes tum præsentes tum absentes a substitutis publicis repræsentatos, familiæ erciscundæ judicium ad finem perducatur, non ultra deinde per absentes repetendum, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 135. *in fine*.

13. Quod si pluribus ex coheredibus unus sit mortuus, etiam heredibus ejus de hereditate defuncto quæsita adversos ceteros defuncti coheredes hoc judicio experiundi potestas est; ita tamen, ut omnes simul velut unum defunctum repræsentantes, agere teneantur, aut unum simul procuratorem constituere; cum non possit in partes judicium scindi, *l. si familia* 48. *ff. h. t. l. licet in popularibus* 42. §. *si plures* 6. *ff. de procuratoribus*. Quamvis permittendum non sit, plures coheredes simul eundem procuratorem dare, quoties ipsi inter sese divisorio hoc judicio contendunt; quoniam res expediri non potest circa adjudicationes & condemnationes, *d. l.* 42. §. 6.

14. Sunt tamen, qui ad divisionem provocare nequeunt, inter quos primo loco occurrunt heredes sub conditione instituti; ei enim etiamnum pendente cum hereditatem adire nequeant, *l. is, qui heres* 13. *ff. de aquir. vel omitt. hered.* & inter eos solos, qui heredes sunt, hoc detur judicium; consequens est, eos non modo frustra petere rerum divisionem, quarum domini necdum facti sunt; sed ne per eos quidem, qui pure erant in partem vocati, posse interim ad divisionem in incertum conditionis eventum urgeri, quotiens pure alios, alios sub conditione institutos concipimus. Quamvis haud videatur eundum inficias, quin medio tempore inter eos, quibus pure delata fuit hereditas, hoc judicium suscipiatur, salvo jure ejus, qui sub conditione heres est, ubi ea deinceps existit. Si enim & tunc, cum pure omnes instituti sunt, inter pauciores ex pluribus (secundum antedicta) actio hæc exerceri possit, intacto reliquis suo agendi jure, *l. per familia* 2. §. *dubitandum* 4. *ff. h. t.* junct. *l. coheredibus* 17. *C. h. t.* ratio non est, cur non idem hoc quoque in casu videretur permissum. Præsertim, si consideres, etiam heredem pure scriptum, cui coheres sub conditione adjectus fuerat, interim ex asse hereditarias posse actiones exercere, perinde ac si solus heres esset; ita tamen, ut vel coheredi, post eventum conditionis, victoriæ commodum communicare teneatur, vel ipsi coheredi libera deinceps esse debeat experiundi potestas pro sua parte, *l. si heres unus* 7. *ff. h. t.* Confer Gomezium *variar. resol.* 1. *cap.* 2. *num.* 15.

15. Non etiam recte divisionem petunt pupilli, minores, prodigi, mente capti, aliique similes; uti nec tutores eorum aut curatores; sed provocationem tenentur expectare, si majorennibus eorum coheredibus a communione recedere consultum visum sit; quo casu provocati hoc suscipiunt judicium efficaciter tutores & curatores, ac ad divisionem tam immobilium quam mobilium jure procedunt, etiam non impetrato ad id decreto, etsi inter alienationum species rerum quoque communium divisio numeretur, & vulgo non valide alienatio rerum ad eos pertinentium, qui sub tutela vel cura sunt, sine magistratus decreto fiat, *l. pen. C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien. l.* 1. §. 2. *l. si pupillorum* 7. *pr. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt.* Frustra namque hoc casu decretum postularetur, aut expectaretur, ubi nunquam prætor illud posset denegare, cum in communione vel societate invitus nemo perdurare compellatur, *l. ult. C. communi divid.* Plane, si manifesto doceatur, pupillis, minoribus, reliquisque alieno arbitrio regendis, non expedire communionis continuationem, dum forte coheredes majorennes, aut negligentes admodum sunt, aut molesti rixosique, nihil impedit, quo minus tutores aut curatores decreto impetrent dividendi licentiam, atque ita ipsi coheredes pupillorum majorennes hoc provocent judicio ad divisionem, arg. *l. si convenerit* 14. *in fin. ff. pro socio*, Sande *decis. Fris. libr.* 2. *tit.* 9. *defin.* 21. & *de prohibita alienat. part.* 1. *cap.* 1. §. 3. *num.* 31. 32. Menochius *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 171. *num.* 34. *& seqq.* Montanus *de tutelis cap* 33. *num.* 189. *& seqq.* Sed &, cum inter solos minores res aut hereditas communis esset, inter eos tamen ex decreto causa cognita interposito, ac interveniente tutorum aut curatorum auctoritate, fieri posse divisionem, quoties id evidens suadet minorum utilitas, rescriptum est, *d. l. pen. C. de prædiis & aliis rebus minor. sine decr. non alinand.* Quin imo, cum sine decreto, sola tutorum auctoritate, ex bona fide plures inter pupillos divisio intercessisset, & æqualitatem per omnia constaret servatam esse, sic ut nullus ea divisione videri posset minus sua portione possidere, nullam ulterius familiæ erciscundæ actionem ulli coheredum oportere concedi, Paulus respondit, *l. Lucius* 38. *ff. h. t.* Quod autem in *l. inter pupillos* 20. *ff. de auctorit. & cons. tut.* generaliter divisio videatur fieri potuisse sine decreto, mirum non est, cum ea lex Scævolæ sit, qui vixit & scripsit, ante quam oratione Severi inductum fuit ad alienationes rerum pupillarium decreto opus esse.

16. Quod si statuto cautum sit, ne ullus maritus; vel, ut Ultrajecti, ne maritus improlis sine uxoris assensu rerum uxoriarum immobilium faciat alienationem; dicendum fuerit, eum nec ad hereditatis uxori delatæ divisionem sine ejus consensu posse provocare; cum divisio quoque alienationis

species sit; & re ipsa contineat dominii translationem, sive divisione in partes, sive rerum adjudicatione, familiæ erciscundæ judicium absolvatur, Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *num.* 8. *p. mihi* 225.

17. Tendit hæc actio ad id, ut res hæreditatis antea communes dividantur, secundum mores legionis, aut coheredum voluntatem, arg. *l. judicem* 21. *ff. communi divid.* Confer Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *num.* 12. *et seqq.* & fiant cujusque propriæ pro parte divisa; idque communibus omnium coheredum impensis, si quæ propter divisionem faciendæ sint; sive sponte omnes ad divisionem processerint, sive unus reliquos invitos familiæ erciscundæ judicio provocaverit; cum æque tales impensæ necessariæ censeri debeant, atque ea, quæ in bonorum proscriptionem, & generaliter venditionum explicandarum gratia, aut inventarii confectionem erogata sunt; qualia velut ipsam hereditatis quantitatem ipso jure minuentia, prius inde deducenda, atque ita demum patrimonii quantitas æstimanda est, arg. *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad leg. Falcid. l. ult. §. in computatione* 9. *C. de jure deliberandi,* Johan. Papon *lib.* 15. *t.* 7. *art.* 3. Boerus *dec.* 51. *n.* 16. Hugo Grotius *man. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *num.* 14. 15. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 318. eo excepto, quod impensæ pro impetrato decreto aut aliter, non propter ipsam divisionem, sed ob coheredum quorundam minorennitatem erogatæ, solos minorennes, non item ceteros debeant heredes gravare, *d. consil.* 318. *in fine.*

18. Non aliter tamen divisio regulariter facienda, quam si constiterit, defunctum esse eum, de cujus familia erciscunda contenditur; tum quia nulla viventis hereditas est, ac non entis nullæ affectiones sunt, *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend.* tum quia eorum demum hereditas potest dividi, quorum hereditas peti potest, *l.* 2. *pr. ff. h. t.* Quod si quis diutius absens fuerit, neque quicquam certi de eo relatum sit, atque adeo incertum prorsus, post diligentem inquisitionem, utrum superstes etiamnum sit, an fato functus; inter interpretes non satis constat, an, & post quanti temporis spatium ad ejus tanquam defuncti hereditatem dividendam procedere liceat. Sunt enim, quibus placuit, ne post annorum quidem triginta lapsum, ex quo quis abesse cœpit, atque ignorari, divisionem permittendam esse inter eos, qui hereditatem ejus ex testamento vel ab intestato jam spe devorarunt; sed auctoritate publica oportere bonis absentis curatorem constitui, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 227. moti ex eo, quod nemo in dubio ante annum centesimum, velut finem vitæ longævi hominis, mortuus præsumatur, arg. *l. an usufructus* 56. *ff. de usufruct. et quemad. quis utat.* & is, qui mortem alterius asserit, id ipsum probare debeat, Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 16. *art.* 28. *num.* 2. Quodque nemo hereditatem adire aut repudiare queat, quamdiu incertus est, an testator mortuus sit, nec ne, *l. is, qui heres* 13. *§. si quis* 1. *ff. de acquir. vel omitt. hæred. l. nec nos præteriit* 4. *C. de postliminio reversis*, nec ullum circa hereditatem nondum aditam esse possit familiæ erciscundæ judicium, *d. l.* 4. *C. de postlimin. l.* 2. *pr. ff. h. t.* Quo fundamento etiam legibus Mechliniensibus *tit.* 16. *art.* 28. cautum invenitur, ubi alter ex parentibus moritur, relicto unico filio vel nepote peregre agente, de quo nihil certi est, vivatne, an mortuus sit, licere superstiti, eorum bonorum, quæ ad peregrinantem devolvuntur, indicem conficere, atque ita in eorum possessione remanere, tanquam legitimum eorum administratorem, modo idonee caveat: neque antea ad divisionem compelli posse, quam heredes peregrinantis eum e vita decessisse, documentis probaverint. Plerisque tamen rectius visum fuit, heredibus, ex testamento vel lege ad successionem absentis vocatis, post diutinam absentiam & vitæ incertitudinem permittendum esse, patrimonium hujusmodi absentis non possidere tantum, sed & inter se dividere pro rata, cautione scilicet interposita in casu, quo absens aliquando postliminio reversurus esset; sic ut interim non tam vere heredes censendi sint, quam potius fiduciarii possessores, aut bonorum absentis curatores, Joh. Papon, *lib.* 15. *tit.* 7. *in append. art.* 1. & 4. Choppinus *ad leges Andium lib.* 3. *tit.* 2. *num.* 4. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 8. Charondas *en ses memorables du droict Francois*, verbo *l'absent encore*. Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 9. *defin.* 8. Mollerus *semestrium lib.* 2. *cap.* 45. *in pr.* Quod & juris Romani fundamentis conveniens videtur, dum heredi sub conditione instituto permittitur, conditione pendente, res hereditarias possidere, si substitutis aut aliis, ad quos deficiente conditione hereditas perventura est, caverit de restituendo in casum conditionis deficientis, *l. inter omnes* 12. & 13. *ff. qui satisd. cog.* Nec hisce adversantur, quæ pro opinione priore sunt superius adducta: quod enim attinet argumentum ex *d. l.* 56. *de usufruct. & quemad. quis utat.* non aliud ea asseritur; quam hominem posse vivere centum annis, sed quicquid possibile est, de eo non statim præsumendum, quod & eventurum sit; cum non ex eo, quod rarissime, sed ex eo, quod frequenter accidit, præsumtiones desumendæ sint: rarissimum vero sit, ac proinde nec verisimile, vitam hominis nunc ad eam usque ætatem productum iri. Unde &, quoties de hominum singulorum vita quæstio est, longe breviori tempore, quam centum annis, unumquemque superfuturum præsumtio est, ad ineundam legis Falcidiæ computationem, *l. computationi* 68. *ff. ad leg. Falcid.* Quod vero allegatum est, nec adiri nec dividi posse hereditatem ejus, de cujus morte non constat, *d. l.* 4. *C. de postliminio reversis*, *l.* 13. *§.* 1. *ff. de acquir. vel omitt. heredit.* id decisionem superiorem non subvertit; cum verum quidem sit, nullam nisi ejus, quem defunctum constat, hereditatem adiri & dividi pleno jure posse; sed non ideo fiduciaria bonorum possessio pro diviso vel indiviso illis deneganda, qui nunc probabilem maxime habere videntur succedendi spem, & de restituendo cautionem interponere curatorum exemplo parati sunt; cum utique nec heres, conditione institutionis pendente, adeundi jus habeat, & tamen recte cum cautione possideat hereditatem, ut jam dictum.

19. Atque hinc, si forte post talem fiduciariam divisionem non quidem redierit, qui pro absente aut mortuo habebatur, sed diutius superstes fuisse probetur, ac medio tempore inter divisionem & pro-

batam evidenter absentis mortem, lex succedendi ab intestato mutata sit, excludens quosdam eorum, quibus ex divisione obvenerant absentis ac vere viventis res, vel etiam quidam mortui sint, quorum successores non poterant jure repræsentationis ad absentis venire hereditatem; magis est, ut vi cautionis interpositæ ad restitutionem adigendi sint illi, vel heredes illorum, qui propter legem mutatam, aut propriam suam mortalitatem intervenientem, jure succedendi tempore mortis naturalis istius absentis destituti sunt. Neque enim ita hic uti quidem circa captos ab hostibus per legem Corneliam ex primo absentiæ momento aut ex postremis de vita ejus ante divisionem novellis, mortuus fingendus est, qui postea vere probatur diutius vixisse, Christinaeus *volum.* 2. *decis.* 180. *num.* 7. etsi forte fictioni tali locus esse posset ac deberet, si nunquam postea probationes emergant, quo tempore sic absens in fata concesserit, Choppinus *ad leges Andium lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 4.

20. Quantum vero temporis spatium oporteat elapsum esse, ex quo nihil certi de vita morteve absentis relatum est, antequam inter heredes probabiles hæc divisio instituenda sit, non satis expeditum est. Annorum novem meminit Paponius *libr.* 15. *tit.* 7. *in append. arrest.* 4. Septennium nonnullis placuisse consuetudinum auctoribus; quibusdam triennium; aliis annorum quindecim spatium notat Choppinus *ad leges Andium lib.* 3. *tit.* 2. *num.* 4. & Ant. Faber *Cod. lib.* 5. *tit.* 40. *defin.* 3. *in pr.* Sexdecim annorum decursum desiderat Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 8. Sane, si de constante circa talia tempora consuetudine non appareat, rectius id totum judicis prudentis arbitrio committendum erit, ut consideratis probe circumstantiis ætatis, qualitatis, periculi, similiumque, æstimet, an jam mortui loco absens habendus videatur, atque ita divisio fiduciaria permittenda sit, an potius per curatorem bona absentis in tempus longius debeant administrari: cum utique de tempore, quo quis absens pro mortuo habendus foret, certi quicquam Romanis ex legibus peti nequeat. Nam etsi Justinianus constituerit, sufficere quinquennium; si incertum sit, utrum captus ab hostibus conjux superstes sit, nec ne, ad id, ut quasi mortuo conjuge ad alia liceat vota transire, *nov.* 22. *cap. sed etiam* 7. id tamen, tanquam in capto ab hostibus, ideoque propter servilem conditionem incapace nuptiarum ex summo jure, *d. nov.* 22. *cap.* 7. ad consequentias producendum non est.

21. Ceterum non una tantum, sed & duæ pluresve easdem inter personas communes ac indivisæ hereditates, veluti paterna & materna, inter fratres germanos uno dividi judicio, nihil vetat; sic ut eorum in arbitrio sit, utrum separatim de singulis hereditatibus, an simul de omnibus, una familiæ erciscundæ actione experiri malint, *l. heredes ejus* 25. §. *de pluribus* 3. 4. 5. *ff. t.* arg. *l. cum duobus* 52. §. *si plures* 14. *ff. pro socio*. Quæ adeo vera, ut si inter te & me Titiana hereditas communis sit, inter me vero & te & Titium Sejana, Pomponius scripserit, unum inter nos tres judicium accipi posse de utraque hæreditate, *d. l.* 25. §. *inter me* 4. *ff. b. t.*

22. Quod si commodam res hereditariæ non recipiant divisionem, aut saltem damnum ex divisione redundaturum sit, res singulæ singulis, quantum fieri potest, adjudicandæ sunt, ipsique rem ex adjudicatione tenentes vicissim reliquis pro rata in certam condemnandi pecuniæ quantitatem, si in alterius persona adjudicatio prægravare videatur, sive æqualiter, sive pro portionibus inæqualibus heredes sint, §. *si familiæ* 4. *Inst. de offic. judicis*, *l. ad officium* 3. *C. communi divid.* Neque enim audiendi, qui adjudicationem rerum ei faciendam putant, qui majore ex parte dominus est; cum ita individuæ res omnes hereditariæ uni, qui majore ex parte heres est, assignandæ forent, non singulæ singulis, contra *d. l.* 3. & *d.* §. 4. Confer Sande *decis. Fris. lib.* 4. *tit.* 11. *defin.* 4. Grotium *manuduct. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *num.* 16. sed potius licitatione mediante tunc negotium inter coheredes expediendum, sic ut penes eum res tota constituenda sit, qui majus licitando pretium obtulit, *l.* 1. *C. communi dividund.* sive nulla præcesserit publici æstimatoris jurati æstimatio, sive ea facta sit, & plures sibi eam isto pretio adjudicari petant, D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 7. *sect.* 1. *num.* 11. admisso etiam quandoque ad licitationem emptore extraneo, si se non sufficere ad justa pretia offerenda, aut vincendos coheredes vilius licitantes, heredum unus profiteatur, *l. ad officium* 3. *in fin. C. communi dividundo*, etiamsi forte statuto cautum esset sociorum unum alteri posse electionem offerre, utrum rem certo pretio æstimatam malit sibi emtam habere, an cedere offerenti: eo quod subinde vilius posset a socio pretium rei constitui, dum novit alterum ne isti quidem æstimationi viliori solvendæ parem fore. Vide Groenewegen *ad Grotium manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *num.* Quin imo, moribus probatum est, auctione publica res hereditarias communes venales proponi, quoties heredum aliquis inops aut pupillus est; ne clandestinis forte collusionibus ac dolosis licitationibus infra justum pretium res uni cederet, & commoda pupillorum sic fraudarentur, D. Joh. a Someren *d. loco*, Sande *decis. Fris. lib.* 4. *tit.* 11. *def.* 4. *in med.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 27. *num.* 7.

23. Notandum tamen, fieri aliquando, ut & tunc, cum res hereditaria commodam natura sua recipit divisionem, adjudicatio uni ex pluribus heredibus facienda sit. Nam si defunctus forte rem habuerit cum extraneo pro indiviso communem, partem eam, quæ defuncti fuit, arbiter familiæ erciscundæ in solidum uni heredum adjudicare debet; non inter plures heredes pro rata partiri, ne tertius ille defuncti socius plures hoc ipso acquireret socios ex parte inter coheredes divisa, atque ita judex divisionis augeret difficultatem communionis, imo eadem opera tolleret, & novam aliam induceret communionem. Idemque juris est, si defunctus, rei alicujus ex asse dominus, partem ejus pro indiviso legaverit, parte altera in hereditate manente: uti &, si heredum unus suam rei singularis partem ante acceptum hoc judicium extraneo distraxerit: quia & tunc, si pars, quæ in hereditate remansit, inter plures divideretur, partis alterius emtor aut legatarius cum omnibus defuncti heredibus incideret in communionem. Et hunc genuinum non modo sensum, sed & rationem verborum Pauli esse in *l. heredes ejus* 25. §.

si testator 6. *ff. h. t.* monet Cujacius *observat. lib.* 22. *cap. ult.* Brunemanus *ad d. l.* 25. §. 6. cui tamen decisionis rationi per eosdem allatæ alteram, magisque urgentem, addendam puto, quod nempe absurdum, imo impossibile sit in tribus istis casibus, (quibus res defuncto cum extraneo communis fuit, vel defunctus rei suæ partem pro indiviso legavit, vel heredum unus ante hoc judicium partem suam extraneo pro indiviso distraxit) ut coheredes ex judicio familiæ erciscundæ separatas pro diviso acciperent partes partis illius, quæ in hereditate inventa fuit aut remansit heredibus cum legatario, emtore extraneo, vel defuncti socio pro indiviso communis, quamdiu non prius a communione cum extraneo, defuncti socio aut partis legatario, vel emtore extraneo, recessum fuerit. Atque hinc, si coheredes omnino partis talis non adjudicationem uni faciendam, sed inter se distributionem pro rata desiderare vellent, necesse foret, ut prius cum extraneo illo sive defuncti socio, sive legatario, experirentur communi dividundo judicio; atque ita demum hoc judicio partis, quæ a parte socii vel emtoris vel legatarii jam separata est, exigerent inter se divisionem, *l. Mævius* 52. junct. *l. ex hereditate* 54. *ff. h. t. l. ad officium* 3. *pr. C. communi divid.*

24. Quæ vero res in hoc veniant judicium; an immobilia vel mobilia per hostes capta; an res defuncto commodatæ, pignori datæ, aut apud eum depositæ, vel aliter possessæ; an litigiosæ: an per testatorem sub conditione legatæ; an thesaurus in fundo hereditario per unum ex heredibus aut extraneum repertus; an res per unum heredum ex hereditaria pecunia emtæ; an res hereditariæ per unum heredum pro parte vel in solidum distractæ; an mala medicamenta, libri improbatæ lectionis, lucra turpia; an jura sepulchrorum, patronatus, servitutum personalium, aut realium, an quæ uni coheredum ex voluntate defuncti conditionis implendæ causa data sunt; prolixius exposui *tractatu de familia ercisc. cap.* 7. Et quid juris sit circa prædia feudalia, emphyteuticaria, censualia, latius dixi *eod. tract. cap.* 9. quid itidem circa prædia adscriptitiorum dividenda servetur, vide Anton. Matthæum in *parœmiis Belgar. Jurisconsult. parœm.* 2. *n.* 47. 48.

25. Porro in hoc judicium venire etiam præstationes personales, impensas nempe in rem hereditariam per unum heredem factas, si modo factæ sint post aditam hereditatem, & ab herede, qua tali, ac utiliter; damna quoque, uti & fructus rerum hereditariarum; denique & accessiones rerum; tradidi plenius *eod. tract. cap.* 10. quæ per indicem hic retulisse suffecerit. Quibus adde, absurdum non esse, ut pro parte heres, in universum solus gerens res hereditarias, etiam salarium pro molestia suscepta, velut præstationem quandam personalem, consequatur, quoties in solidi administrationem plus laboris impendere debuit, quam in suam tantum partem fuisset impensurus, arg. *l. ex parte* 39. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 38. *in fine*, & *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 27. *in fine*. Nec prætermittendum, de personalibus hujusmodi præstationibus condemnationes & absolutiones in omnium coheredum personis faciendas esse; adeo ut in alicujus persona omissa sit damnatio, in ceterorum quoque persona, quod facit judex, valiturum non sit; veluti, si ex quatuor heredibus hoc judicio experiuntibus unus impensas fecerit, & ei ad istas reddendas pro rata damnetur secundus & tertius, non item quartus, *l. in hoc judicio* 27. *ff. h. tit.* Adde Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 38.

26. Nomina & actiones quod attinet, in hanc non veniunt actionem, eo quod ipso jure inter coheredes divisa sunt, ita ut pro rata hereditatis parte singuli debeant singulisque debeatur, *l. per familiæ* 2. §. *ult. ff. h. t.* cui consequens est, ut si, divisa hereditate, unus heredum pro sua parte desinat solvendo esse, id ceteros coheredes gravaturum non sit: uti id de legatorum petitione aperte responsum est *in l. legatorum* 33. *ff. de legatis* 2. Et, si in pluribus fidejussoribus id obtineat, quod superveniens post oppositam divisionis exceptionem inopia unius reliquos non oneret, etiamsi illi initio conventionis inspecto, singuli in solidum debitores fuissent, nec ipso jure ex Hadriani epistola obligatio divideretur, §. *si pluris* 4. *Instit. de fidejussor* 25. *ff. eod. tit.* longe magis id inter eos servandum est, qui nunquam in solidum, sed ipso jure tantum pro hereditaria parte devincti fuerunt, Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 10. *num.* 4. *in med.* Costalius *ad l.* 25. §. *si miles ff. h. t.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 124. Et quamvis ad officium judici nonnunquam pertineat, ut debita & credita singulis pro solido, aliis alia adjudicet, quia sæpe & solutio & exactio partium non minima incommoda habet, *l. plane* 5. *ff. h. t.* tamen, si de talis adjudicationis effectu quæras, nec tunc unum ipso jure in solidum teneri, ceterosque liberari, ex Gajo disces, qui in *d. l.* 3. ulterius pergens ait, *hanc attributionem non illud efficere, quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur; sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi; tamen & his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt*, ac proinde, si forte creditor vi adjudicationis unum heredum in solidum convenerit, & is solvendo non sit, id non impediet, quo minus reliquos deinceps pro sua parte hereditaria conveniat; non enim eo ipso, quo creditor heredem unum in solidum convenit, censeri debet tacite pactus esse, ne ultra peteret a ceteris; cum non nisi uno in casu pacti hujusmodi taciti præsumptionem leges admittant; puta, si hereditas vendita sit, & creditores omisso venditore emtorem hereditatis, heredem repræsentantem & actiones sponte suscipientem, convenire cœperint, *l. post venditionem* 2. *C. de pactis*, quo ad consequentias casusque dissimiles trahendum non est, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 14.

27. Sed &, si non ex judicis adjudicatione, sed mutua coheredum conventione, vel testatoris dispositione, placuerit, ut singuli coheredes singula debita, alii alia exsolverent, nullum inde creditoribus præjudicium nasci potest, quo minus heredes singulos, quos pactio vel testatoris voluntas exoneraverat, pro hereditaria conveniant portione, cum cogi nequeat creditor alium debitorem admittere, *l. si mandatu meo* 45. §. *item si* 2. *ff. mandati*, & debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec

mutari possit, *l. debitorum* 23. *C. de pactis*, *l. Imperatores* 3. *ff. de transact.* Andr, Gayl. *lib.* 2. *observ.* 14. *n. ult.* Quæ adeo certa, ut ex juris Romani principiis creditoribus ex conventione coheredum aut testatoris voluntate ne nata quidem fuerit potestas, eum invitum in solidum conveniendi, qui solidi solutionem vi pacti vel testamenti in se receperat, quemve defunctus contractu suo nominatim in solidum creditori devinxerat, sed adhuc cum singulis pro rata experiundum fuerit, dato iis regressu adversus illum, qui solidi solutione secundum jam dicta gravatus erat, *l. servo legato* 69. §. *si testator* 2. *ff. de legatis* 1. *l. eum, qui ita* 56. §. *te & Titium* 1. *ff. de verbor. obligation. l. pacto successorum* 26. *C. de pactis*, Lamb. Goris. *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 3. *num.* 3. *& seqq.* Conf. *tit. de reb. cred. num.* 17. Quod tamen moribus nostris ad evitandas litium ambages ac multiplicationem mutatum ajunt, creditoribus ex æquitate concedentes facultatem in solidum conveniendi illum, quem defunctus testamento vel pacto, aut coheredes conventione mutua, in solidum voluerunt gravatum, Lambertus Goris *d. tract.* 3. *num.* 1. *& seqq.* Groenewegen ad *d. l.* 69. §. 2. *ff. de legatis* 1. Imo jure singulari placuit Mecliniensibus, creditoribus etiam tunc, cum nullus coheredum ex conventione vel defuncti dispositione in solidum oneratus invenitur, electionem competere, contra quem ex pluribus in solidum experiri velint; ne in plures debitores distringeretur creditor, qui cum uno contraxerat; salva heredi in solidum condemnato actione contra coheredes ad indemnitatem pro rata, *Statuta Mechliniens. tit.* 16. *art.* 37. Vice versa quoque vel ex ipsius Romani juris dispositione id obtinet, quod si heredum unus ex officio judicis vel pacto, vel testatoris dispositione ad solidi debiti solutionem devinctus sit, ac reliqui per creditorem pro rata parte conveniantur, libera ipsis potestas sit suo loco substituendi eum, in quem onus actionis ita translatum est, *l. plane* 3. *l. si filia* 20. §. *item Papinianus* 8. *ff. h. t.*

28. Pro qua autem parte heredes singuli ferre debeant onus æris alieni, si alter mobilium, alter immobilium heres sit, si quis pro diversitate locorum, in quibus sita sunt defuncti immobilia, rerum tantum quarundam successor sit, aut jus vigeat, ut paterna bona paternæ, materna maternæ lineæ cedant; quibus in casibus in solidum singuli ex jure Romano conveniri possint; aliæque similes difficultates, discutiendæ potius videntur ad *tit. de acquir. vel omitt. hered.* Vide interim Lambertum Goris *adversar. tract.* 2.

29. Divisioni hereditatis pacta varia addi possunt; veluti de evictione præstanda, aut indemnitate, si forte res evincantur, vel debitores hereditarii uni assignati solvendo non sint; aut vice versa: de qua evictionis præstatione hoc in judicio dicam *tit. de eviction.* & scripsi *in tract. famil. erciscundæ cap.* 13. *num.* 5. *& seqq.* Frequens præcipue ac probata in Hollandia est pactio de futura successione, ut nempe bona, quæ cuique ex divisione obvenerunt, certo modo devolvantur post mortem eorum, quibus cesserunt, electa forte successione secundum jus Aesdomicum, aut Scabinicum, prout id dividentibus visum fuerit, *Ordonnantie van Politie in Holland. anno* 1580. *artic.* 29. *in fine.* Quod potissimum tunc usum invenit, & fieri expedit, cum parens superstes ad secunda vota transiens, per quandam familiæ erciscundæ speciem liberis prioris matrimonii impuberibus assignat bona parentis prædefuncti; quæ longe parcius assignaret, si, illis sine testamento morientibus, bona eorum non ad parentem superstitem ex jure Aesdomico, sed ad prædefuncti parentis proximiores jure Scabinico devolverentur; unde pactum tunc adjicitur, ut in bona assignata Aesdomico jure succedatur, *d. Ordonnantie van de Politien binnen Holland. art.* 29. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 29. *num.* 7. *&* 8. Uti ex adverso quoque fieri potest, ut parens superstes parcius liberis prioris matrimonii impuberibus assignans prædefuncti parentis facultates, pactum apponat, ne ipse in bona assignata jure Aesdomico, sed prædefuncti conjugis cognati Scabinico jure successores sint, licet tunc nulla liberorum impuberum utilitas appareat: cum generaliter liberam paciscendi licentiam sine restrictione concedat lex Hollandica, *d. art.* 29. neque ejus pactionis ineundæ facultas sustineatur ex favore liberorum, sed magis pro ratione ac fundamento habeat liberiorem de hereditate viventis paciscendi potestatem, Rodenburch *de jure conjug. tract. præl. min. de statutorum diversit. tit.* 4. *parte altera cap.* 2. *num.* 1. 2. *pag. mihi* 157. 158. Nec his pactionibus admodum dissimilis illa est, qua conjux superstes, parcius forte assignans liberis prioris thori sua bona paterna vel materna, promittit, fore, ut liberi prioris matrimonii cum conjugii posterioris sobole sibi assignanti æqualiter succedant: etsi distet in eo a prioribus, quod in illis salva liberis maneat licentia disponendi testamento in contrarium, ubi ad ætatem ad testandum legitimam pervenerint, Grotius *d. cap.* 29. *num.* 2. 3. 4. 5. in hac parens ipse suo facto videatur hactenus sibi liberam ademisse testamenti factionem, ne plus posterioris quam prioris matrimonii liberis relinquat, Responsa Juriscons. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *cons.* 86. versu *ten derden.* Sed cum pacta talia bonorum paternorum vel maternorum assignationibus adjecta vix uspiam extra Hollandiam probata sint, Ultrajecti certe improbata, considerandum obiter, rerum quidem immobilium intuitu pacta ista conventa tantum effectum esse sortitura quantum ad immobilia in Hollandia, non item alibi sita illis in locis, in quibus tales displicuere conventiones. Valitura tamen esse quantum ad immobilia Hollandica, non modo, si in Hollandia essent inita, sed & si alibi celebrata, ubi nullus talium pactorum usus est; eo quod tralatitium est immobilia quantum ad successiones regi jure loci, in quo sunt. Valitura denique circa mobilia ubicunque sita, ita demum, si impuberes, quibus assignatio bonorum ea lege facta est, in Hollandia domicilium foveant, aut alio in loco pactiones istiusmodi non reprobante; cum usus induxerit communis, mobilia regi oportere domicilii jure, ut dictum latius de statutis. Ut tamen sufficere videatur, tunc, cum assignatio bonorum & pactio interponebatur, domicilii lege eam fuisse probatam, etsi postea domicilium ad tale territorium translatum fuerit, in quo ita pacisci interdictum erat. Uti ex adverso, si tempore conventionis domicilii lex refragaretur, pactio ex post facto convalitura non esset ex eo, quod domicilii tran-

factio fieret ad locum talem, cujus lex talem, sustinet de successione conventionem: tum quia initium contractus inspiciendum est, arg. *l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vendit.* tum quia ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit, *l. ususfructus* 26. *in fin. ff. de stipul. servorum.* Ut proinde nec ex migratione convalescere debuerit, quæ ab initio non valuit, nec vice versa convelli sola migratione, quæ semel ex præsenti legitimum ac bonum initium habuerat. Confer Rodenburch *d. tract. prælim. de statutor. diversit. tit.* 4. *parte altera cap.* 2. *n.* 3. 4. 5. 7.

30. Cessat hoc familiæ erciscundæ judicium, si semel eo actum sit; nam si quid indivisum remanserit, judicio communi dividundo inter eosdem locus est, *l. si filia nupta* 20. §. *familiæ* 4. *ff. h. t.* nisi, ut ante dictum, inter pauciores ex pluribus divisionis judicium susceptum fuerit, & reliqui postea supervenientes iteratam petant hereditatis totius divisionem. Atque hinc etiam est, quod quandoque coheredes de rebus quibusdam singularibus hereditariis dividendis non hoc, sed communi dividundo judicio inter se contendunt, quo magis ipsis adhuc deinceps hæc generalis familiæ erciscundæ actio in integro sit, *l. inter coheredes* 44. *pr. ff. h. t.* Nec obstat hisce *l.* 1. *C. h. t.* cum in ea rescribant Imperatores de casu, quo non per judicis sententiam, sed mutuum coheredum consensum, rerum quarundam divisio facta est; tunc enim, quia nondum inter eos agitatum fuerat universale divisionis judicium, merito indultum ipsis fuit, de non divisis familiæ erciscundæ actione experiri. Neque etiam adversatur, quod sæpius inter eosdem agi possit petitione hereditatis, *l. si a te* 9. *ff. de exceptione rei judicatæ*, cum inter eam & hoc divisorium judicium illud intersit, quod hoc non natura tantum sed & effectu seu eventu universale sit, quia dividi possunt res hereditariæ, etsi a coheredibus possessæ non sint, in eoque non tam factum possessionis spectetur, quam potius jus, quod quisque habet, ut supra probatum *num.* 12. At petitio hereditatis semper quidem natura sua universalis est, non autem effectu; dum nihil ea actor consequitur, nisi quod ab adversario possessum est, etsi universaliter egerit ad totam hereditatem ex jure suo sibi competente, *l.* 1. §. 1. *ff. si pars hered. pet. l. licet minimam* 10. *ff. de petit. hered.*

31. Cessat quoque, si testator alium ex re certa heredem scripserit, alium sine re; quia hæres ex re certa scriptus legatarii loco est, atque adeo non potest videri ullam habere rem cum coherede jure hereditario communem, *l. quoties* 13. *C. de hered. instit.* Uti &, si alium castrensis, alium paganici, alium mobilium, alium immobilium heredem fecerit; eo quod nec his in casibus ulla inter coheredes rerum communio est, dum lex satis separavit castrensia ab aliis, & natura simul cum juris dispositione concurrens mobilium ab immobilibus distinctionem abunde inducat, adeoque lex & natura, suas cuique partes dando, prævenerit circa divisionem judicis aut coheredum officium, *l. heredes ejus* 25. §. *si miles* 1. *ff. h. t.* Idemque est, si nihil præter nomina, ipso jure divisa, in hæreditate reperiatur, *d. l.* 25. §. 1. dixi latius *tract. de familia erciscunda cap.* 15. *n.* 5. & 6.

32. Insuper, etsi testatoris prohibitio efficere nequeat, ut in perpetuum inter coheredes communio maneat, nec ullo tempore rerum hereditariarum divisio postuletur; eo quod nec mutua coheredum pactione id agi potest, ut in æternum communio societasve duret; neque testatori permittendum videtur in sua sola cavere dispositione, quod ne conventione quidem duorum introduci potest, arg. *l. in hoc judicium* 14. §. *si conveniat.* 2. *ff. communi div. l. nulla societatis* 70. *ff. pro socio*; ad tempus tamen etiam longum, vel, quamdiu certa persona vixerit, facta per testatorem prohibitio divisionis, quo minus teneat, ratio non est; cum etiam conventione partium societas in perpetuum, idest, quamdiu vivunt socii, contrahi possit, *l.* 1. *ff. pro socio*, & id agi, ne intra certum tempus divisio fiat aut a societate discedatur, *d. l.* 14. §. 2. *ff. communi divid. l. actione distrahitur* 65. §. *item qui* 6. *ff. pro socio.* Atque ita heredum institutionem sub ea conditione, *si socii bonorum hereditariorum usque ad annos sedecim permanserint*, inutilem non esse, ex sententia Juliani contra Marcellum Ulpianus scripsit *l. si qui ita* 4. *de condit. Institut.* Balbus *de præscription.* §. *quare princip. quæst.* 13. *n.* 5. Jul. Clarus §. *testamentum quæst.* 67. Boerius *dec.* 87. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 139. *num. ult.* Ant. Thesaurus *dec.* 142. Tuldenus *in C. tit. communi div. num.* 2. Peregrinus *de fideicommissis art.* 11. *n.* 80. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *c.* 21. *num.* 19. Neque iis, quæ de improbata in perpetuum divisionis prohibitione dicta, repugnat, quod testator in perpetuum alienationem prohibere possit, *l. filiusfamilias* 114 §. *divi Severus* 14. *ff. de legatis* 1. cum diversitatis ratio in eo sit, quod alienationis prohibitio non inducit communionem, discordiarum ac negligentiæ matrem; uti quidem id facit prohibitio divisionis. Et quod attinet testatoris rogationem, *ut quicquid ipse reliquisset, aut coheredes haberent, commune ipsis esset*, juxta *l. ult.* §. *Lucius Titius* 3. *ff. de legatis* 2. *Lucius Titius* 71. *ff. ad senatusc. Trebell.* ea non communionis perpetuæ, sed tantum collationis bonorum, postea separandorum, præceptum complectitur, ut ex ipsis illis legibus colligi potest. Adhæc in praxi receptum est, creditores postulare posse a judice domicilii defuncti, ut faciendam inter coheredes rerum hereditariarum divisionem inhibeat, usque dum ipsis vel solutione satisfactum, vel cautione præstita satisdatum fuerit; ut ita evitent necessitatem conveniendi singulos pro rata post diremtam divisione communionem.

43. Non tamen denegandum hoc judicium ex eo, quod coheredes res hereditarias communiter pro indiviso totis triginta vel pluribus possederunt annis. Si enim adinventa sit usucapio atque præscriptio etiam ob id, ut aliquis litibus finis esset, *l. ult. ff. pro suo*, non utique sic debuit rerum perpetuam introducere communionem, ut nullo unquam tempore ab ea recedi posset; cum eo modo lites non amputarentur, sed magis ampla discordiarum seges esset, quæ ex communione progerminare consuevit, *l. cum pater* 77. §. *dulcissimis* 20. *ff. de legatis* 2. Præterquam quod quis eo ipso, quo conjunctim cum alio possidet, consortem agnoscit: nec præscribere potest, qui non tantum suo nomine, nec sibi soli, sed sibi simul & consorti pro indiviso rem tenet, arg. *l. mado*

igitur 2. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Quibus accedit, quod jus a communione recedendi res merae facultatis est; cujus proinde petitionem longi vel longissimi temporis praescriptio non perimit. Adde *libellum meum de familia erciscund. cap.* 15. *num.* 1. *ibique DD. citatos.* Si tamen unus coheredum res hereditarias totis triginta annis solus suo nomine proprio tanquam suas possederit; magis est, ut in universum deinceps hoc cesset judicium; non, quod porpetua deinceps inter coheredes communio maneret; sed potius, quod possessor solus res possessas hereditarias sibi servaturus sit: cum utique post annorum triginta decursum, nulla amplius hereditatis petitione, tanquam actione mixta in rem & in personam, conveniri possit, quasi pro herede vel pro possessore teneret coheredum partes, arg. *l. hereditatis* 7. *C. de petit. hered.* junct. *l.* 1. §. 1. *C. de annal. excep.* Eoque accipiendum sensu, quod a Justiniano sancitum fuit, neque familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum actiones ultra triginta annorum metas extendi, *d. l.* 1. §. 1. *C. de annali except.* Vinnius *select. quaest. lib.* 1. *c.* 34. Struvius *ad Pand. h. t. n.* 14. Quibus non est contrarium, quod ab interpretibus frequentius est traditum, ex separata possessione rerum hereditariarum, qua unus unam, alter alteram rem solus integris tenuit decem annis inter praesentes, viginti inter absentes, solus fructus percepit, onera solvit, ne divisione quidem inter coheredes praesumi factam, si partes aut res, quas separatim singuli possederunt, inaequales admodum sint, Menochius de *praesump. lib.* 3. *praes.* 60. *n.* 6. Boerius *decis.* 58. nec, si onus ceteris conniventibus longo tempore solus hereditariarum rerum possessor fuerit quasi ex asse heres, prohiberi ceteros adire hereditatem, ac petere divisionem ejus, Tiraquellus *de jure primogenit. quaest.* 25. *n.* 4. Etsi enim verum sit longi temporis possessionem ista operari non posse, quia & hereditatis petitio & familiae erciscundae judicium integris durat triginta annis, *d. l.* 7. *C. de petit. hered. d. l.* 1. §. 1. *C. de annal. except.* tamen si triginta illi anni praeterlapsi sint, praeclusum videtur & extinctum omne juris remedium, quo vel hereditas peti, vel divisio ejus obtineri posset. Ne dicam, haud deesse, quibus placuit, separatam longi temporis possessionem sufficere ad excludendam in posterum divisionis petendae facultatem, Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 11. *def.* 3. & plures ab eo allegati.

34. Ceterum accidit aliquando, ut facta inter coheredes divisio inutilis sit, aut rescindatur. Etenim si in divisione laesio contigerit, etiam majoribus ea laesis subveniri solet; & idem quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformari, sive fraude coheredum aut aliorum, sive perperam sine concurrente cujusquam dolo, per errorem forte, inaequalis divisio facta sit, *l. majoribus* 3. *C. comm. utriusque judicii*, *l. si post divisionem* 4. *C. de juris & facti ignorantia*, *l. si soror* 8. *C. de collation. l. cum putarem* 36. *ff. hoc tit.* Ut tamen non quaevis laesio semper faciat infirmari divisionem: nam aut per errorem divisio facta est cum eo, qui heres non est, vel non tanta ex parte, ex quanta credebatur tempore divisionis coheres esse; aut inter veros heredes intercessit, ac pro ea parte, qua heredes erant, sed tamen minus quam oportebat, uni vel quibusdam ex divisione quaesitum est. Si cum eo facta sit, qui aut nullo modo aut non tantum ex portione coheres erat; distinguendum fuit, utrum mediante judicis sententia, an sine judice per privatam pactionem divisio peracta sit. Si enim nil nisi privata intercesserit conventio, dubium non est, quin ea, quae falso, vel non tanta ex parte heredi, ex divisione cesserunt, apud eum existant vere indebita: cui consequens, ut & indebiti condictio hoc casu competetere debeat, cum inter eos transactum intelligi non possit, ubi alter alterum per errorem putavit coheredem esse, *l. cum putarem* 36. *in fine ff. h. t. l. si post divisionem* 4. *C. de jur. & facti ign.* Sin judicis auctoritate ac sententia interveniente inter verum falsumque heredem divisio contigerit, & adjudicationes ac condemnationes invicem factae sint, indebiti condictioni locus non est; quia indebite solutum dici nequit, quod ex causa judicati solutum est, dum res judicata pro veritate habetur, & rerum adjudicatarum ac praestitarum dominus fiat, cui arbiter qua heredi per familiae erciscundae judicium eas adjudicavit, *l. si fidejussor* 29. §. *penult. ff. mandati l.* 1. *Cod. de condict. indeb.* Quamvis enim vere non sit familiae erciscundae judicium, nisi inter coheredes; opinio tamen illa, quod coheres fuerit, qui non est, juncta adjudicationibus, sufficere dicitur ad impediendam repetitionem ejus, quod ex causa judicati solutum est, *d. l. cum putarem* 36. *in med. ff. h. t.* junct *l. ingenuum* 25. *ff. de statu hominum*. Sed quia veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur, *l. illicitas* 6. §. *veritas* 1. *ff. de offic. praesidis*, ac inter justas restitutionis causas etiam numeratur justus error, *l.* 2. *ff. de in integr. restitution.* atque insuper ex falsis instrumentis aut allegationibus obtenta sententia rescindi potest, *l.* 3. *& tot. tit. C. si ex falsis instrum. vel testimoniis judicatum sit*, inficias autem iri nequit, quia judex allegatione falsa, quod heres esset, qui non erat, ad sententiam divisionis interponendam inductus sit; nihil vetat, quo minus heres verus, errore comperto, adversus ea, quae cum herede falso per errorem gessit, dum vel provocavit eum ut heredem, vel ab eo sese provocari passus est, restitutionem imploret, eaque impetrata, deinceps instituat indebiti condictionem, non tunc amplius ex infirmata per consequentiam re judicata impediendam arg. *l. si soror* 8. *in fin. Cod. de collation.* Atque ita non adversatur, quod re judicata usque adeo pro veritate habenda sit, ut nec propter instrumenta noviter reperta rescindi possit, *l. cum de hoc* 27. *ff. de except. rei jud. l. Imperatores* 35. *ff. de re judicata*, *l. sub specie* 4. *C. eod. tit.* nec causa decisa velamento erroris instaurari, *l. error facti* 7. *C. de juris & facti ignor.* nec id, quod ea ex causa solutum est, recipi, *l. si fidejussor* 29. §. *in omnibus* 5. *ff. mandati* (quibus motus, aliquando scripsi, restitutionem denegandam esse). Etenim, cum judex hoc in judicio inter verum & falsum heredem dividit, aut adjudicationes rerum & in pretia condemnationes pro rata facit, non tam super eo judicat, an uterque heres sit, quam potius definit, quae res singulares, aut quae rerum singularum partes, ex hereditate unicuique, hoc judicio contendenti, acquirendae pro diviso sint, magisque supponit, quam sua sententia determinat, illos, inter quos judicium hoc coeptum est, coheredes esse,

dum nulli eorum ab adversario contrarium in judicio objectum fuit. Quo modo etiam sententia arbitri, cujus meminit *d. l.* 36. *ff. b. t.* non continebat definitionem controversiæ, an uterque hoc agens judicio, vere heres esset, nec ne (qualis quæstio magis in hereditatis petitione vertitur); sed tantum adjudicabat heredi falso, quem verum putabat, pecunias velut pretia rerum heredi vero adjudicatarum, quas & hæres verus heredi falso solvebat, tanquam debitas vi condemnationis. Ac proinde, si postea verus heres errore comperto restitui desideret, non adversus sententiam, circa adjudicationes tantum & condemnationes aut divisiones occupatam, auxilium implorat; sed tantum contra suum factum proprium erroneum, falsi scilicet coheredis agnitionem, & divisorium judicium cum eo, qua tali, perperam susceptum. Ubi autem ita contra suum factum erroneum restitutionem impetravit, necesse fuit, ut, licet contra rem judicatam, adjudicationibus & condemnationibus aut divisionibus constantem, restitutionis auxilium nec postulatum nec obtentum esset, tamen per consequentiam quandam sententia illa sponte corrueret; dum jam per & post restitutionem patebat, coheredem non esse, qui talis credebatur, ac generaliter in jure probatum est, *nisi qui coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportere, neque adversarium ei condemnandum esse*, teste Gajo in *l.* 1. *in fine ff. b. t.* & condemnationis verbum non tenere, nec condemnatum esse, nisi qui rite condemnatus est, *l. si se* 4. §. *condemnatum* 6. *ff. de re judicata*, ac propterea etiam ex eo tempore velut indebitum considerandum fuit quicquid ex hujusmodi re judicata heredi falso quæsitum erat; ideoque per indebiti condictionem merito repetendum. Neque id ipsum obscure in *d. l.* 36. indigitatum puto, ubi, cum Jurisconsultus sibi objectionem formasset, dicendo, *sed tu videris eo moveri, quod non est judicium familiæ erciscundæ, nisi inter coheredes acceptum*; ipse respondens fatetur, *judicium non fuisse*: unde sequebatur, nec rem judicatam fuisse circa adjudicationes & condemnationes; nec falsum hæredem vi talis sententiæ pro vero fuisse habitum, aut talem effectum. Interim tamen ibidem subnectitur, *sufficisse ad impediendam repetitionem, quod quis se putet condemnatum*. Hoc est, ut opinor, suffecisse, quod verus heres tempore condemnationis & solutionis in ea fuerit opinione, alterum vere coheredem fuisse, atque ita inter se & falsum heredem verum intercessisse familiæ erciscundæ judicium, ad id, ut impediretur repetitio per indebiti conditionem, de qua in *d. l.* 36. sermo erat. At postquam per restitutionem constitit, eum heredem non esse, ac per consequens nec divisorium esse potuisse cum eo judicium, secundum *d. l.* 1. *in fine*, & *d. l.* 36. *ff. b. t.* & ad judicium, quod nullum erat, efficaces & rei judicatæ vim habituras sequi nequis set adjudicationes ac condemnationes, nihil amplius obstabat, quo minus indebiti conditio contra falsum competeret heredem, pro repetendis iis, quæ ei sine causa soluta erant, ac acquisita. Quæ omnia hactenus adducta eo minus in dubium revocanda videntur, quia similis plane, qualis in *d. l.* 36. *ff. b. t.* definitio circa rei judicatæ auctoritatem in fideicommissariæ hereditatis restitutione invenitur: dum Mæcianus ait, *cum prætor, causa cognita, per errorem, vel etiam ambitiose juberet, hereditatem ut ex fideicommisso restitui; etiam publice interest restitui, propter rerum judicatarum auctoritatem*, *l. servo invito* 65. §. *cum prætor* 2. *ff. ad Senatusc. Trebell.* adeoque ambitiosa illa aut erronea res judicata efficiebat quidem, ut restitutio sequi deberet, & per consequens multo magis impedire debebat conditionem indebiti respectu rerum jam vi sententiæ restitutarum. Neque tamen ideo illa judicati ambitiosi auctoritas tanti fuit habita, quin rescissionem suique infirmationem admittere potuerit atque debuerit; cum utique ambitiosa non decurionum modo, sed & consulum ac præsidum prætorumque decreta rescindi oportere, juris manifesti sit, *leg. ambitiosa* 4. *ff. de decretis ab ordine faciendis*, junct. *l. denique* 3. *in pr. ff. de minoribus* 25. *annis*, quo facto dubium nulli amplius esse potest, quin indebiti condictione repeti possent, quæ vi rei judicatæ, sic postmodum infirmatæ, indebite fuerant fideicommissario non vero restituta. Hæc autem tum demum obtinent, cum omnino ignoratur, eum, cum quo divisio facta est, coheredem non esse. Nam si, cum verus heres dubitaret, utrum alter heres esset, nec ne, ad divisionem nihilominus cum eo procedere maluerit, quam litigare, atque ita super incerto juris sui transegerit cum falso herede, nulla divisionis istius seu transactionis rescissio speranda foret, arg. *l. si non transactionis* 6. *C. de jur. & fact. ignor. l. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff. ad Senatusc. Trebell.*

35. Quod si inter veros heredes pro ea parte, qua heredes erant, divisum sit, & tamen inæqualitas appareat, videndum, an dolo coheredis plus justo capientis, an sine dolo ejus, solo errore quodam, inæqualitas contigerit. Si enim dolus intervenisse probetur, non dubitandum, quin id, quod inæqualiter factum est, ex natura judiciorum bonæ fidei in melius reformandum sit, *l. majoribus* 3. *C. commun. utriusque judicii*, non modo si enormis ultra dimidium læsio illata sit, sed & si minor; dummodo ejus quantitatis sit, ut ob eam etiam in stricti juris judiciis actio doli danda foret, arg. *leg. si quis affirmavit* 9. §. *ult. l.* 10. & 11. *ff. de dolo.* Si vero sine dolo, dum forte in rerum hereditariarum pretiis erratum est, non aliter puto repetitam impetrari posse hereditatis divisionem, quam si enormis, id est, ultra dimidium læsio probata fuerit. Cum enim non aliter venditio rescindenda sit, *l. rem majoris* 2. *C. de rescind. vendit.* ac divisiones vicem emptionis & permutationis obtinere placuerit, *l. si filia* 20. §. *si pater* 3. *ff. b. t. l. cum pater* 77. §. *hereditatem* 18. *ff. de legatis* 2. *l.* 1. *C. communia utr. judicii*, non aliud in iis, quam in emtionibus, circa læsionem servandum fuit. Etsi enim nullam *enormis* læsionis mentionem habeat *d. l.* 3. *C. comm. utrisque jud.* cujus auctores sunt Diocletianus & Maximianus; supplendum tamen illud est ex *d. l.* 2. *C. de rescindenda vendit.* quæ ab iisdem Imperatoribus profecta est. Confer libellum meum *de familia erciscunda cap.* 14. *num* 8. & 9. ibique DD. utramque in partem citatos, Groenewegen ad *l.* 3. *C. commun. utr. judic.* Neque hoc in casu distinguendum videtur, utrum in judicio, an extra judicium divisio facta inæqualitate enormi laboret; cum æque judice superstite atque præsente, ac eodem non adhibito, in æstimandis rerum pretiis error committi possit, & sic enor-

mis læsio contingere; quam emendari æquum & bonæ fidei judiciis conveniens est, arg. *leg. si quidem* 11. *Cod. de prædiis & aliis reb. minor. leg. si quos debitorum* 16. *C. de rescind. vend. l. duplex* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis*, Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 16. *art.* 44. *num.* 15. & *vol.* 2. *decis.* 180. *num.* 5. Choppinus *ad leges Andium libr.* 3. *cap.* 1. *tit.* 2. *num.* 3. Wesembechius *paratit. ff. h. t. num. ult.* Quod enim in *d. l.* 3. *C. Commun. utr. judicii*, rescriptum est, majoribus etiam per dolum vel fraudem *vel perperam sine judicio* factis divisionibus solere subveniri; non eo pertinet, quasi sola extra judicium, non item in judicio per judicem, dolo vel perperam facta divisio rescindi posset; cum absurdum esset, jus dicenti auctoritatem præbere alterius circumveniendi licentiam, aut sub clypeo prætoris quemquam decipi; & expeditum utique sit, etiam tunc, cum in judicio dolus intercessit, rata esse non oportere, quæ dolo gesta sunt, nec cuiquam suum dolum oportere prodesse, *l. si soror* 8. *C. de collation.* eo modo, quo transactio (quæ majorem habet auctoritatem quam res judicata, *l.* 2. *ff. de jur. jur. l. non minorum* 20. *C. de transact.*) ob dolum adversarii rescissionem admittit, *l. qui cum tutoribus* 9. *§. qui per fallaciam* 1. *ff. de transact. l. sub prætextu* 19. *C. eod.* quamvis in dubio a judiciis vis, metus, dolus, & alia similia abesse præsumantur: sed potius verborum sensus est, quod & ea divisio, quæ dolo adversarii iniquitatem continet, & quæ citra dolum adversarii læsionem infert, in melius reformanda sit, dum temere sine circumspectione ac judicio seu consilio satis deliberato, & non considerato satis rerum pretio, inæqualis pro rata inter coheredes divisio facta est, Gothofredus in not. ad *d. l.* 3. Tametsi non desunt, quibus vulgata d. legis tertiæ displicet lectio; quippe supposititium putant illud *sine judicio*, atque insuper varie a Triboniano mutatum esse legis sensum, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 40. qui tamen in eo videtur calamo magis quam errore lapsus, quod in Codice Theodosiano legem illam 3. aliter legi scripsit; cum potius Gregoriano Codice comprehensa fuerit, si credamus auctori veteris consultationis, quam Cujacius suo præmisit libro consultationum; in qua Diocletianus & Maximianus Bureliæ Severæ in hæc verba rescripsisse dicuntur; *an divisio, quam jam factam esse proponis, convelli debeat, rector provinciæ, præsente parte diversa, diligenter examinabit, & si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam majoribus perperam factis divisionibus soleat subveniri, quod improbum atque inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabit.* Quæ si ita sint, de solis divisionibus dolo malo inæqualiter factis lex accipienda foret, sine distinctione, an sine judice, an vero judicis auctoritate a communione recessum sit.

36. Posita vero enormi læsione, tunc in arbitrio ejus, qui plus justo ex divisione accepit, positum esse, utrum id quod deest coheredi supplere velit, an de novo divisionem pati; & si rescissio facienda sit, illam fieri tantum respectu ejus, qui læsus est, non aliorum intuitu, qui læsi non sunt: nec rescissionem impediri ex eo, quod coheredum aliquis rem quandam hereditariam sibi adjudicatam jam distraxerit: probationem quoque læsionis enormis asserenti incumbere, ac inspiciendum esse in enormis læsionis quæstione tempus illud, quo divisio facta est: nec posse impetrari rescissionem ob enormem læsionem, si coheredes vera noverint rerum pretia; nec regulariter, si sorte interveniente divisio facta sit, explicui plenius *d. libello de familia ercisc. cap.* 14.

37. Cumque remedium *legis* 2. *C. de rescind. vendit.* totis triginta annis duret, sive condictionem ex lege sive aliam actionem propterea comparatam statuamus, per rationes in *tit. de rescind. venditione* latius enarrandas: non est quod dubitetur, quin & adversus divisionem ob enormem læsionem sibi quisque totis triginta annis consulere queat, impetrata secundum mores hodiernos in integrum restitutione, Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 27. *defin.* 7. Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 26. Crivellus *decis.* 127. *n.* 4. 7. 8. Wassenaar *pract. jud. cap.* 11. *num.* 124. *in fine.*

38. Quod si fiduciarius heres, pendente fideicommissi conditione, cum ceteris coheredibus ad divisionem processerit, non potest fideicommissarius post conditionis eventum novam petere hereditatis divisionem, infirmata priore; sed ei, quæ per fiduciarium bona fide facta est, standum erit, sive in judicio sive extra judicium mutua coheredum pactione patrimonium defuncti distributum sit; cum hac in parte lex non distinguat, *l. cum pater* 77. *§. hereditatem* 18. *ff. de legatis* 2. *l. servos.* 34. *ff. h. t.* Et sane, si rei communis pro parte dominus suam extraneo partem vendens, ac ante traditionem a consorte per communi dividundo judicium conventus, non dividere tantum, sed & licitando bona fide consortem vincere, remque totam ex adjudicatione acquirere possit; atque ea ratione sic emtori nocere, ut is, nisi totam rem adjudicatam suscipere paratus sit, nullam ex empto actionem habeat, imo & ex vendito ad eam in totum recipiendam compelli possit, *l. communi dividundo* 7. *§. si debitor* 13. *ff. communi dividundo*, ratio non occurrit, quo minus simile fiduciario jus asseratur. Conferantque huc plura, quæ de transactione per fiduciarium facienda tradidi, *tit. de transaction. numer.* 8.

39. Vidimus, quibus in casibus facta inter coheredes divisio ad unius aut quorundam petitionem, invitis ceteris, per officium judicis infirmari possit, vel non. De cetero communi omnium coheredum consensu ab ea, quæ vel per judicem, vel per privatam pactionem ad finem perducta fuit, recedi posse, nulla dubitatio est; cum juxta certa juris principia & contrariis conventionibus priores tolli possint, & quisque juri suo per divisiones aut adjudicationes judiciales quæsito renunciare. Illud obscurum magis est, an a divisione semel manifesto, veluti scriptis, celebrata, communi omnium consensu tacito recessum videatur, si coheredes post eam longo tempore, quantum præscriptioni implendæ sufficit, perseveraverint in communi ac indivisa rerum hereditariarum possessione? Divisioni renunciatum esse verius est. Cum enim separata temporis ad præscriptionem requisiti possessione rerum hereditariarum censeatur facta inter coheredes divisio; sic ut deinceps judicio familiæ erciscundæ locus non sit, sed quisque retineat quæ nomine proprio separata possedit, ut ante dictum, & nihil tam naturale sit, quam eo genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de regulis juris*, consequens est, ut &

ejusdem temporis lapsu communio credi debeat inter coheredes reducta, Ant. Faber *Cod. libr.* 2. *tit.* 27. *defin.* 1. Mascardus *de probationibus conclus.* 527. *num.* 6.

40. Non potest autem cum hoc familiæ erciscundæ judicio concurrere crimen expilatæ hereditatis; eo quod non animo expilandi, sed jure suo heres præsumendus est hereditatis res contrectasse, & indemnitati coheredum ceterorum abunde per hoc judicium prospectum est, *l. adversus* 3. *C. h. t.* junct. *l. merito* 51. *ff. pro socio*, *l.* 1. *C. de crimine expilatæ hered.* Et, quod cum hereditatis petitione concurrere possit expilatæ hereditatis actio secundum *l. Divus* 3. *ff. expilatæ hereditatis*, ejus illa ratio est, quod non veri heredes hereditatis petitione conveniendi sunt, sed illi tantum, qui pro herede vel pro possessore possident, adeoque tales, qui nullo jure res hereditarias tenebant & contrectabant; ac proinde, si dolo malo id agerent pro possessore possidentes, merito veris heredibus in *d. l.* 3. electio data fuit, an ordinario petitionis remedio, an extraordinaria persecutione criminis expilatæ hereditatis experiri mallent. Cum ex adverso non nisi inter veros heredes, jure suo contrectare valentes, hoc divisorium judicium suscipiatur. Plane si coheredem res hereditarias ultra suam partem expilandi animo subduxisse evidenter probari possit, ratio non est, cur non æque adversus eum ceteris expilatæ hereditatis actio competeret, ac socio contra socium actio furti datur pro rerum communium amotione, ubi doceri de eo potest furandi propositum, atque ita pelli præsumtio, qua quisque bonus credebatur, donec contrarium probatum esset, *l. si quis extraneus* 21. *pr. ff. de acquir. vel omittenda hered. l. rei communis* 45. *l. merito* 51. *ff. pro socio.* Vide Wassenaar *pract. jud. cap.* 11. *num.* 18.

41. An vero cum hac familiæ erciscundæ actione concurrere ita possit actio negotiorum gestorum, ut eligere coheres possit, utra malit adversus coheredem experiri, ambiguum prorsus est. Communiter quidem interpretibus, quos videre contigit, placuisse animadverto, concursum non esse; sed si unus heredum solus in solidum gesserit hereditaria negotia dividua, solam dari negotiorum gestorum actionem; sin individua, solam hanc familiæ erciscundæ, Cujacius *lib.* 8. *ad Africanum ad l pen. ff. de rebus creditis*, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 37. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 22. *n.* 15. *ibique plures citati.* Ego vero, etsi inter negotia dividua & individua distinctionem probem, atque etiam in dividuis auctores illos recte sensisse deprehendam; in individuis tamen actionis familiæ erciscundæ vel communi dividundo concursum cum actione negotiorum gestorum a legibus admissum puto. Etenim de negotiis quidem dividuis in solidum ab uno gestis (veluti, si unus hereditarias pecunias seu defuncto debitas, solus exigat) cautum invenio, *familiæ erciscundæ quidem actionem non competere coheredibus; sed negotiorum gestorum dari debere*, *l. pen. in pr. ff. de rebus creditis.* Uti simili modo a Paulo scriptum est; *si communes ædes tecum habeam, & pro tua parte damni infecti vicino cavero, dicendum esse, quod præstitero, negotiorum gestorum actione potius, quam communi dividundo judicio posse me petere: quia potui partem meam ita defendere, ut socii partem defendere non cogerer*, *l. si communes* 40. *ff. de negot. gestis.* Cum quibus coincidunt per Ulpianum tradita in *l. si quis* 6. §. *sive autem* 2. *ff. comm. div. l. si quis* 31. *ff. de procuratoribus.* Quibus non adversatur *l. Mævius* 52. §. *servus* 1. *ff. h. t.* ubi familiæ erciscundæ actio videtur dari eodem in casu in quo per Africanum in *d. l. pen. ff. de rebus creditis* denegabatur. Penitius enim legem illam objectam consideranti patebit, eam ad quæstionem præsentem haud pertinere; eo quod hic versamur in casu, quo coheredum unus hereditaria negotia solus gessit: nihil vero hereditarium in *d. l.* 52. §. 1. gestum est, sed tantum penes servum, liberum & pro parte heredem factum, resedit pecunia ex rerum dominicarum facta vivo domino administratione, quæ proinde pecunia, tanquam dominica, una cum ceteris domini rebus in hereditate repertis per familiæ erciscundæ judicium dividenda fuit, Cujacius *ad Africanum lib.* 8. *ad d. l. pen. ff. de rebus creditis.* At de individuis (qualia sunt pignus luere, pretium rei per defunctum emtæ solvere, dum venditor rem velut jure pignoris pro pretio retinere potest) nuspiam legem invenio, satis aperte & generaliter dictantem, non dari tunc negotiorum gestorum actionem, uti quidem in casu priore negabatur, familiæ erciscundæ judicium competere: sed potius, uti multis legibus simpliciter actio familiæ erciscundæ vel communi dividundo in individuis gestis data proponitur, *l. fistulas* 78. §. *qui fundum* 2. *ff. de contrah. emt. l. his consequenter* 18. §. *ult. l. heredes ejus* 25. §. *idem juris* 13. 14. 15. *ff. h. t. l. si quis* 6. §. *sive autem* 2. *ff. communi div.* ita etiam verbis manifestissimis concursus actionis familiæ erciscundæ cum actione negotiorum gestorum probatur rescripto Imperatorum Severi & Antonini, cum ajunt, *sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes; sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis, vel judicio familiæ erciscundæ, si non est inter vos redditum, eam quantitatem assequeris*, *l.* 3. *C. de negotiis gestis.* Solam nempe negotiorum gestorum actionem dant Imperatores, ubi simplex debitum pecuniarium, quod dividuum est, a fratre in solidum solutum est; at ubi pignoris luendi gratia unus debitum totum, quod eo casu individuum est, ex necessitate solvere coactus fuit, utramque concedunt actionem, puta, negotiorum gestorum & familiæ erciscundæ; ut proinde concursus fuerit duarum istarum actionum, ideoque solventi electio competat, utra malit experiri, nisi jam prius inter coheredes familiæ erciscundæ judicium redditum fuisset; quippe quo casu secundum propriam naturam actionis familiæ erciscundæ, non nisi semel intentandæ, solum negotiorum gestorum judicium dandum foret. Et quia ex his omnibus manifestum erat, nihil per coheredem unum supra suam partem hereditariam expendi, quin illud vel actione negotiorum gestorum vel judicio familiæ erciscundæ recuperari posset; hinc optimo jure postmodum generaliter a Diocletiano & Maximiano definitum fuit, *in communi hereditate ambiguum non esse, quin sumtus ab uno facti bona fide, familiæ erciscundæ judicio, vel negotiorum gestorum actione servari possint*, *l. filiæ* 18. §. 1. *C. h. t.* Vanum autem effu-

gium est, in *d. l.* 3. *C. de negot. gest.* actionem negotiorum gestorum in individuis gestis subsidiariam tantum esse, cum scilicet familiæ erciscundæ judicio jam actum est, adeoque amplius agi eo nequit. Primo enim nullum *d. l.* 3. aut alibi indicium est, actionem negotiorum gestorum esse subsidiariam actioni familiæ erciscundæ, & hac demum deficiente dari. Sed & secundo repugnat actionum in *d. l.* 3. propositarum servatus ordo; dum præmittitur de individuis gestis actio negotiorum gestorum, eique familiæ erciscundæ judicium subnectitur; cum potius negotiorum gestorum actio, si subsidiaria fuisset, ultimo debuisset poni loco. Denique, si quæ ob jam semel motum, nec iterato movendum, familiæ erciscundæ judicium actio subsidiaria esset, eam non negotiorum gestorum, sed communi dividundo actionem fore, Ulpianus docet, *l. si filia* 20. *§. familiæ* 4. *ff. h. t.* Nec est, quod objiciatur, actioni negotiorum gestorum locum non esse, si quis non sponte sua, sed ex necessitate gesserit aliena, §. 1. *Inst. de obligat. quæ quasi ex contractu.* Cum in *d.* §. 1. gestor non alio sensu se negotiis alienis gerendis obtulisse dicatur, quam quatenus mandatum domini non erat interpositum. De cetero etiam tunc, cum ex necessitate quid gestum est, negotiorum gestorum actionem dari posse patet ex *l. ait prætor* 3. §. *pen. ff. de neg. gestis d. l.* 3. *& l.* 18. *C. de negotiis gestis*, *l. liberto vel amico* 31. *§. ult. ff. de negot. gestis*, *l. arbor*, *quæ* 19. §. *si per eundem* 2. *ff. communi div.* ut & ex eo, quod adversarii eam saltem in subsidium in individuis dari volunt. Non etiam adversatur *l. heredes* 25. *§. non tantum* 16. *ff. h. t.* ubi denegatur actio negotiorum gestorum; quia coheres propter suam partem habuit causam gerendi. Etenim illic tantum intuitu præstationis culpæ levissimæ negotiorum actio non competere dicitur. Quæritur scilicet, qualem culpam coheres coheredi præstare debeat: cumque is, qui sponte ad aliena negotia gerenda accessit, ad levissimæ culpæ præstationem devinctus sit, definitur, heredem non nisi de levi culpa teneri, quia incidit in communionem cum coherede, & propter suam partem etiam coheredis negotia tractat, ac, ne quis putaret, heredem levissima coheredis culpa læsum, quod una via per familiæ erciscundæ judicium consequi non potuit, alia via, actione negotiorum gestorum, consecuturum, quæ cum actione familiæ erciscundæ concurrere poterat, monet jurisconsultus *ei* (id est heredi læso) *actionem negotiorum gestorum non competere*, scilicet, de illa culpa levissima, contra coheredem, qui culpa levissima rebus communibus læsionem intulerat. Non sane de alio, quam de culpæ præstatione sermonem esse in *d.* §. 16. in aperto est. Quod si generalem actionis negotiorum gestorum exclusionem verbis illis significatam dicas, necesse fuerit, ut etiam in individuis eam denegari statuas, cum sine distinctione lex loquatur; quod absurdum. Nititur vero distinctio superior, ac opinio de concursu actionis familiæ erciscundæ cum negotiorum gestorum judicio, ratione satis evidente: nam si quis solus in solidum gesserit communia sibi cum alio negotia dividua, non alio id animo fecisse videri potest, quam ut, tanquam coheredis amicus, pro eo solvens, eundem negotiorum gestorum actione sibi redderet devinctum; dum qua heres suam tantum partem gerere potuisset, neglecta aliena, *d. l. si communes* 40. *ff. de negotiis gestis*. At, cum individua solus in solidum gessit, potest in eo concipi animus gerendi ex amicitia coheredis negotia, dum & dividua gerere solebat: sed & potuit hæc individua solus gessisse qua heres, dum ab aliis dividuis gerendis abstinuit, nec aliam ob causam individua in solidum gessit, quam quia pro parte non potuit, ideoque propter suam partem in solidum debuit, hereditaria negotia solus tractare. Quod autem a Paulo atque Pomponio dictum fuit, propter id, quod unus in viam communem solus impendit, ei adversus ceteros non dari actionem communi dividundo, seu *durius esse, ea agi, sed negotiorum gestorum agendum esse*, *l.* 19. §. 2. *communi div.* ejus ratio singularis hæc est, quod communi dividundo judicium sua natura pro rerum tantum corporalium divisione comparatum sit, *l. per hoc judicium* 4. *pr. ff. communi div.* non item pro divisione jurium, inter quæ etiam servitutes numerantur *d. l.* 19. *§.* 4. *ff. communi div.* idque quia, uti Paulus ipse suggerit, *nulla communio juris separatim intelligi potest*, *d. l.* 19. *§.* 2. ut proinde nec divisio queat locum invenire. Unde factum, ut actor hoc casu electionem habere non potuerit, utrum negotiorum gestorum actio, an communi dividundo, experiri mallet, sed sola debuerit negotiorum actione contentus esse.

42. Superest, ut de foro competente hujus actionis paucis videamus: ubi ante omnia considerandum, ad unum eundemque judicem pro ventilando hoc divisorio judicio coheredes omnes venire oportere; ne continentia causæ dividatur, neve, si diversos adirent judices, inexplicabiles inde orirentur difficultates, uno quidem judice rem Titio adjudicante, altero vero eandem Mævio assignante, vel sine adjudicationibus eam velut dividuam inter coheredes pro rata dividente, *l.* 1. *ff. de quib. rebus ad eund. jud. eatur*, arg. *l. si idem* 11. §. *ult. ff. de jurisdict. l. nulli prorsus* 10. *C. de judiciis*, Ant. Faber *C. lib.* 3. *t.* 25. *defin.* 3. Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 16. *art.* 48. *n.* 9. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 32. *n.* 3. 4. quod & a Quintiliano observatum, cum libr. 3. Instit. orator. cap. 10. ait, *privata quoque judicia sæpe unum judicem habere multis & diversis formulis solent; nec alia species erunt, etiamsi unus duntaxat a duobus eandem rem, atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno, aut plures a pluribus, quod accidere in hereditariis litibus interim scimus: quia, quamvis in multis personis, causa tamen una est; nisi si conditio personarum quæstiones variaverit*. Et quemadmodum universalis fideicommissi petitio fieri illic potest, ubi major sita est hereditatis pars, *l. unic. C. ubi fideicommissum peti oport. l. si fideicommissum* 50. *ff. de judiciis*, ita quoque hereditatis divisionem illic peti, ubi major rerum hereditariarum pars sita est, vix ambigendum. Imo, uti inductiones heredum in domum mortuariam fiunt per judices loci illius, ubi domus mortuaria est, quasi illic sita sit vel saltem esse fingatur major hereditatis pars; sic ut ne pupilli quidem aut viduæ aliæque miserabiles personæ tunc secundum mores nostros suo fori privilegio uti possint, Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 53. ita quoque in eodem domus mortuariæ loco actionem familiæ erciscundæ institu-

debere, licet forte coheredes diversis in territoriis domicilium foveant, Hollandis Zelandisque placuit, *Nader provisioneel accoord tusschen Holland. en Zeeland.* 11. *Junii* 1674. *art.* 14. Quod si hanc in loco domus mortuariæ agendi necessitatem leges municipales aut constans usus non imponant, ex generalibus juris fundamentis defendi potest, etiam in loco domicilii coheredis illius, qui ad divisionem a coherede provocandus est, familiæ erciscundæ judicium apud ordinarium aut privilegiatum vocati judicem moveri posse: tum, quia etiam hereditatis petitionem in loco domicilii possessoris institui posse, receptum fuit, *l. unic. C. ubi de hereditate agatur*, tum quia generalis regula est, actorem debere sequi forum rei, *l. juris* 2. *l. magisteria* 6. *C. de jurisdict. omn. judic.* Adde *libellum meum de famil. ercisc. cap. ult.*

43. Quia autem hereditatis divisio alienationis species est, & vicem emtionis obtinere divisionem rescriptum fuit, *l.* 1. *Cod. commun. utriusque judic.* dubium, an & quando, tributo partis quadragesimæ pretii, ex vend tionibus pendi secundum mores nostros solito, aut aliorum laudimiorum præstationi, pro factis divisionibus locus sit? In Hollandia definitum est, tunc quidem, cum parens superstes liberis suis certam assignat pecuniæ quantitatem, paternorum maternorumve bonorum vice, (*by generale uytkoop*) & sibi retinet immobilia aliaque huic tributo vulgo obnoxia, nihil oportere eo nomine fisco solvi: at si superstes conjux vel coheredum unus alios defuncti heredes, data per transactionem certa nummorum quantitate, dimittat, sibi servans & communia & propria conjugis defuncti bona, vel suas simul & coheredum omnium partes, incumbere ei quadragesimæ solvendæ necessitatem pro ea parte, quæ alioquin sine transactione ex rebus hereditariis tributo obnoxiis ad alios debuisset pervenire, *Placit. Ord. Holl. de nummo quadragesimo anno* 1624. *art.* 29. & *anno* 1671. 16. *Apr. art.* 20. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1010. Quod & Saxonibus magna ex parte placere, patet ex iis, quæ habet Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 39. *def.* 23. 25. 26. Plane, si simpliciter inter plures coheredes res hereditariæ dividantur, tributo isti locus non est, etiamsi forte res quædam hereditariæ minus dividuæ singulis adjudicatæ sint æstimatæ; si modo non universalis transactio intervenerit, per quam penes unum omnes remanerent hæreditariæ res, Responsa Jurisc. *Holl. part.* 5. *consil.* 178. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 39. *defin.* 23. 25. 26. Wassenaar *pract. jud. cap.* 11. *num. ult.*

TITULUS III.

Communi dividundo.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio communi dividundo? quibus detur? an & dominis utilibus, fructuariis, bonæ fidei possessoribus, jus pignoris prætorii vel alterius generis habentibus? & quid si creditori bona fide licitanti tota res adjudicata sit?*
2. *An competat habentibus servitutem prædialem? An sociis contra socium, qui suam partem jam alienavit? an vi clam precario possidentibus aut depositariis? an uni reo debendi, qui totum solvit, adversus alterum pro partis restitutione?*
3. *Tendit ad divisionem, vel adjudicationes rerum individuarum. Quid in iis servandum sit? petuntur & præstationes personales. Quales impensæ repeti possint? quid si impendens putet Titium esse socium, cum Mevius esset? quid si putet, rem esse suam cum esset communis? Quid si impenderit, antequam res ei cum alio communis esset? quid si post impendia suam partem alienaverit?*
4. *An socius ad edictum non respondens, teneatur socio, si propterea magistratus ædes sociorum communes dejecerit? ad explicationem* l. 20. ff. h. t.
5. *Cessat in arbore vel lapide in confinio positis, ac nondum exemtis; si convenerit ne ad tempus a communione discedatur; item in vestibulo communi, mediano cœnaculi, plurium cellarum itinere communi, puteo communi, si unus sociorum repugnet.*
6. *Non cessat, si semel eo actum sit, nec si socii rem totis triginta annis communiter possederint, secus si separatim.*
7. *Socius invito socio nihil novi facere potest in re communi. Quid juris, si fecerit vel fieri passus sit? Pendente hoc judicio non potest suam partem alienare; nunquam ultra suam partem, licet major sociorum pars in totius rei consentiret venditionem; nisi res communes promercales sint, quas in totum vendere potest.*
8. *Si dissensus sociorum sit, utrum res communis, vel cui elocanda sit, vel si unus sociorum tantam mercedem offerat, quantam extraneus, quid juris sit?*

1. Actio communi dividundo est mixta, duplex, bonæ fidei, qua rem titulo particulari communem habentes, petunt eam dividi, & præstari præstationes personales. Quod judicium, cum pleraque habeat cum priore familiæ erciscundæ communia, *l. si quis putans* 6. §. *pen. ff. h. t.* facilioris explicationis est. Competit scilicet illis, qui rem pro indiviso communem habent: sive cum societate, sive sine societate res inter eos communis sit, *l. nihil autem* 2. *ff. h. t.* sive possideant, sive neuter eorum vel alter solus in possessione sit, *l. pen. ff. h. t.* sive ex eodem, sive diverso ex jure dominium habeant commune, alter forte institutionis titulo, alter legati, *l. & si non* 8. §. *si incertum* 1. *ff. h. t.* sive directi sint domini, sive utiles, vectigalem forte fundum communiter possidentes, dummodo caveant, ne vectigalis præstatio dividatur, *l. communi dividundo* 7. *pr. ff. h. t.* aut superficiarii, *l.* 1. §. *pen. ff. de superficiebus*, hactenus saltem, ut utile vel quasi communi dividundo judicium sit, *d. l.* 7. §. *sed & si* 7. & §. *cum de usufructu* 10. *ff. h. t. l. si cujus rei* 13. §. *sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* sive bonæ fidei possessores Publicianam ex ficti seu prætorii dominii jure habentes, *d. l.* 7. §. *qui in rem* 2. *ff. h. t.* sive creditores jus pignoris habentes ex missione in possessionem, *d. l.* 7. §. *item si duo* 8. *ff. h. t.* Aliis hypothecariis creditoribus, quibus forte per debitorem pars rei, ipsi cum alio pro indiviso com-

muni, obligata est, contra extraneum non datur: licet eo casu, quo duo simul pignus acceperunt, judicium utile communi dividundo inter eos esse possit, *d. l.* 7. §. *si duo* 6. & §. *inter eos* 12. *ff. b. t.* atque etiam a debitoris sui condomino possint ad rei, sibi pro parte indivisa obligatæ, divisionem provocari; usque adeo ut & totius rei adjudicationem, creditori bona fide licitanti factam, debitor teneatur ratam habere, quoties non satis commodam res recipit divisionem, ac propterea ad adjudicationem deveniendum fuit, *d. l.* 7. §. *si debitor* 13. *ff. b. t.* quod enim creditor ita egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset, *l. si pignori* 29. *in fine ff. famil. ercisc.*

2. Illis autem, qui prædialem servitutem prædio suo communi constitutam communiter habent, hoc judicium non accommodatur, *l. arbor* 19. §. *si per eundem* 2. *ff. b. t.* Adde *t. præced. n.* 41. *in fine*, etsi pro dividundo servitutis exercitio utiliter competat, ad id, ut vel mensura vel temporibus usus ejus dividatur, quoties pluribus per locum eundem servitus constituta est; quo casu non tam servitus una dividitur, quam potius duæ pluresve per eundem locum competentes, a se invicem usu discernuntur, *d. l.* 19. §. *ult. ff. b. t. l. Lucio Titio* 4. *ff. de aqua quot. & æstiva*. Sed nec sociis reliquis adversus eum datur, qui suam partem jam alienavit; sed potius adversus eum, in quem alienatio facta est, *l.* 1. *C. b. t.* etsi socius id dolo malo judicii mutandi causa fecisset; quippe quo casu magis actione in factum prætoria ad id quod interest conveniendus foret, (de qua latius *lib.* 4. *t.* 7.) *l. communis servus* 24. *ff. b. t.* Plane si ante alienationem jam cœperit præstationum personalium intuitu reliquis devinctus esse, directum quidem judicium esse non potuit, quia a communione per alienationes discessum fuit; utili tamen judicio locus est; quod de præstationibus personalibus etiam competit, postquam res desiit communis esse, *l. si quis putans* 6. §. *quare* 1. *ff. b. t.* Similiter nec illis, aut contra illos, qui rem vi clam aut precario possident, hoc judicium permittendum est, nec depositariis aut colonis, nec prædonibus dandum; eo quod hujusmodi possessiones aut detentiones sufficientes non sunt ad hoc judicium constituendum, *l. communi div.* 7. §. *inter prædones* 4. §. 5. & §. *neque colonis* 11. *ff. b. t.* Denique correo debendi, debitum universum exsolventi, neque hanc communi dividundo, neque ullam actionem aliam pro recuperanda soluti parte dimidia competere, verius est: cum neque aliud solverit, quam quod ipse debeat, neque alterius sed sui liberandi causa stipulanti satisfecerit, utut alter debendi reus ista solutione liberationis quoque senserit emolumentum, arg. §. 1. *Inst. de duob. reis*, *l. cum duo* 2. *ff. eod. t.* Ant. Faber *conject. lib.* 11. *cap.* 8. sed de hoc plenius *ad t. de duobus reis*.

3. Petitur hac actione, ut fiat rerum ex honesta causa communium divisio; cum rei turpis nulla societas, communio nulla sit, *l. communi dividundo* 7. §. *inter prædones* 4. *ff. b. t.* junct. *l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tutelæ & ration. distrab. l. quod autem* 53. & *seqq. ff. pro socio*. Si dividi commode nequeant, æque hic, ac in superioribus judiciis divisoriis, adjudicatione res expedienda est, servatis illis, quæ tit. præced. de adjudicatione plenius sunt tradita: dummodo meminerimus in rebus dividendis judicem id, quod omnibus utilissimum est, vel quod malint litigatores, sequi oportere, *l. judicem* 21. *ff. b. t.* arg. *l. actione* 6. §. *Labeo* 5. *ff. pro socio*, &, si sociorum unus fundum habeat proprium fundo communi adjacentem, æquius esse, ut fundi communis pars ea, quæ proprio socii unius fundo contigua est, eidem cedat, altera socio fundum communem non habenti adjudicetur, arg. *l. cuicunque* 7. *fere in fine C. de omni agro deserto*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 85. *n.* 18. Confer Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 28. *num.* 15. & *seqq.* ubi varios pro more regionum modos proponit, per quos a communium rerum non satis dividuarum communione discedi potest. Veniunt quoque in hoc judicium præstationes personales, dum alter sociorum damnum dolo lata vel levi culpa dedit in re communi, vel sociis reliquis impedimento fuit, quo minus illi id agerent, quod ad rei communis spectabat conservationem, arg. *l. si ædes* 12. *ff. b. t.* ut &, dum alter sociorum solus fructus percepit, aut impensas fecit, *l. per hoc judicium* 4. §. *sicut autem* 4. *ff. b. t.* §. *item si inter* 3. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu*, *l. pen. C. b. t.* vel etiam facturus est, dum forte rei communis nomine solus in solidum jam condemnatus est, *l. socius* 15. *ff. b. t.* si modo necessario, vel saltem utiliter, in rem communem erogatum vel erogandum sit; nam si voluptatis causa sumtus factus sit, aut eum fieri non interfuerit alterius socii, repetitio ejus concedenda non est, *l. si quis putan.* 6. §. *ult. ff. b. t.* arg. *l. sed an ultro* 10. §. *ult. in fine*, *l. si quis negotia* 25. *ff. de negot. gestis*. Quod si impenderit in rem, quam sibi putabat cum Titio communem esse, cum illa ei esset communis cum Mævio, error ille non impedit, quo minus adversus Mævium pro recuperanda impensarum parte utili hoc judicio experiatur; sufficit enim, si sciat, rem sibi cum alio communem esse, etsi ignoret, cujus socii sit, quia rem propriam magis tueri, quam socii negotia gerere intelligitur; & magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii, actio nascitur, dum saltem id egit impendens, ut aliquem rei communis intuitu sibi redderet obligatum, *l. si quis putans* 6. *pr. l. in hoc judicium* 14. §. 1. *in med. l. si quis, cum* 29. *ff. b. t.* Diversa causa est ejus, qui putat, se in rem propriam impendere, cum sit communis: huic enim nec communi dividundo judicium competit, nec utile dandum est; quia non hoc fuit animo, ut aliquem sibi obligaret, ubi quasi in rem suam impendit: sic ut nihil ei supersit, quam ut, tanquam alienæ rei bona fide possessor, retentione sibi consulat, donec impensæ pro rata restitutæ sint, *d. l.* 14. §. 1. *d. l.* 29. *in fine principii ff. b. t.* Sed & si quis in rem impensas fecerit (vel fructus perceperit) antequam communis esset, actioni huic locus non est, dum forte damni infecti nomine in possessionem ex primo decreto missus una cum alio vicino, necdum tamen possidere jussus ex secundo decreto, insulam fulsit ruinosam, *l. per hoc judicium* 4. §. *pen.* & *ult. ff. b. t.* sed magis negotiorum gestorum actio danda foret; qualis etiam tunc competit, cum is, qui communione durante impendit, postea suam partem alienavit, *l. in hoc judicium* 14. §. 1. *in fine ff. b. t.*

4. Ceterum occasione præstationum personalium, ac præcipue damni per unum sociorum dati, excutiendus videtur sensus legis 20. *ff. h. t.* ubi Pomponius ait: *si is, cum quo fundum communem habes, ad delictum* (*vel ad edictum*) *non respondit, & ob id motu judicis villa diruta est, aut arbusta succisa sunt, præstabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo; quicquid enim culpa socii amissum est, eo judicio continetur.* Quam ut planum reddat Revardus, in ea pro verbis, *motu judicis*, legendum putat *magistratus imperio*: quasi non motu judicis, sed magis jussu magistratus in criminibus atrocioribus delinquentium ædes diruerentur, *lib.* 1. *variorum cap.* 7. At sine ulla vel codicum auctoritate vel juris necessitate. Esto enim quod quandoque magistratus imperio domus convictorum gravissimi criminis reorum destructæ fuerint; sufficiens tamen emendationis ratio non est. *Motu* scilicet, id est *impetu* non rationali (quem a judicibus abesse debere, Callistratus monuit, eodem usus *motus* vocabulo, *l. observandum* 19. §. 1. *ff. de offic. præsid.*) adeoque sine ulla causa legitima, judex diruerat villam ejus, qui ad edictum non respondens contumacem se gesserat; cum ergo damnum tale nullo jure illatum esset per judicem villæ communi, dubitabatur, an is, qui ad edictum non responderat, teneratur socio damnum reparare: ac definitur, detrimentum socio per hoc communi dividundo judicium præstandum esse, addita ratione, quia, *quicquid culpa socii amissum est, eo judicio continetur.* Etsi enim impetus ille judicis, villam diruentis ob contumaciam aut arbores succidentis, injustus fuerit, ideoque, si non dolo at saltem culpæ judicis accensendus; tamen quia prima culpa, seu contumacia socii, damno isti per judicem dato causam præbuit seu occasionem; iniquum videri non potuit, hunc socium alteri ad indemnitatem damnari: verum enim erat, ædes aut arbores istas culpa socii contumacis amissas esse, nec socios reliquos eo damno, quod ex unius socii contumacia descendit, oportere gravari, *l. cum duobus* 52. §. *ult. ff. pro socio.* Sic ut hæc species facti sit non absimilis ei, quæ proponitur in *l. lector.* 12. *l.* 13. & 14. *ff. de peric. & commodo rei venditæ*, ubi, cum ædilis lectos venditos, ac per venditorem in via publica positos, nullo jure conscidisset, sic ut lege Aquilia teneretur; tamen cum venditore de damno isto agi potuit per emtorem, eo quod venditoris culpa erat, lectos venditos in via publica posuisse, circa quos ex natura contractus levem tenebatur culpam præstare; nec excusabatur ex eo, quod id ædilis non jure fecisset; cum sufficeret, venditorem culpa sua præcedente dedisse facto ædilis illicito occasionem. Novum utique non est, ipsos quoque judices ac magistratus sua abuti potestate, ac vel magistratus sui fiducia atque obtentu, vel aliter contra bonos mores per injuriam illos lædere, quos adversus læsionem omnem atque concussionem injuriosam debuissent tueri, *l. nec magistratibus* 32. *ff. de injuriis*, *l. continet* 3. *in fine ff. quod metus causa.*

5. Cessat hæc actio communi dividundo in arbore, quæ in confinio nata est, & lapide, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu necdum lapis exemtus, aut arbor eruta est, sed fundo cohæret, *l. arbor* 19. *ff. h. t.* Vel si convenerit, ne intra certum tempus a communione discedatur: non item, si id actum sit, ut perpetuo duret communio, ut dictum latius tit. præced. *l. in hoc judicium* 14. §. *pen. & ult. ff. h. t.* Ut tamen de re quadam singulari quandoque conventio sustineatur, ne unquam illa in communi dividundo judicium veniat, quoties scilicet apparet neque separatas rei communis partes sociis singulis utiles esse posse, neque sine notabili reliquorum sociorum dispendio rem totam uni posse adjudicari: quod accidit in vestibulo communi binarum ædium (cui simile, si non idem, medianum cœnaculi, vel commune & promiscuum plurium cellarum iter, *l. quis si. fugitivus* 17. §. *apud Cælium* 15. *ff. de ædil. edicto*, *l. si vero* 5. §. *interdum* 2. *ff. de his qui effud. vel dejec.*) de quo placuit, arbitrum communi dividundo utrolibet invito dari non debere, quia, qui de vestibulo licere cogitur, necesse habet interdum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habet, *l. arbor* 19. §. *de vestibulo* 1. *ff. h. t.* idemque juris est in puteo communi, si solum ejus commune non sit, id est, si nulla fundi, in quo puteus est, sed putei solius communio sit, *l. per hoc* 4. §. *de puteo* 1. *ff. h. t.* Et de tali vestibulo, puteo, similibusque rebus accipiendum puto, quod ab Ulpiano traditum est, in judicium communi dividundo omnes res venire, *nisi quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat*, *l. in judicium* 13. *ff. h. t.*

6. Non tamen denegandum hoc judicium ob id, quod semel eo actum sit, cum non ita sit universale, atque quidem familiæ erciscundæ actio, ac proinde mihi vetet, de non divisis iterum illud inter eosdem exerceri, *l. per hoc* 4. §. *judicium* 2. *ff. h. t.* Neque etiam cessat ex eo, quod forte triginta annis aut tempore longiore socii rem communiter possederint; secus si separatim. Vide *tit. præced. num.* 33.

7. Invito autem uno socio nihil novi per alterum potest fieri in re communi, meliorque prohibentis conditio est; adeo ut, quid novi per alterum socium invito altero factum sit, aut fieri mandatum, is cogi possit ad id in pristinum statum restituendum. Quod si, extraneo quid novi faciente, sociorum alter id passus sit, cum prohibere posset, nec tamen mandaverit, opus quidem destruere non compellitur, sed hoc judicio conveniri, *l. Sabinus* 28. *ff. h. t.* Caspar Munzius *de muro communi num.* 64. *& seqq.* Quin tamen socius invito socio de sua possit parte disponere, eamque etiam extraneo vendere, donare, nequaquam dubium; eo excepto, quod post cœptum hoc inter socios judicium nullus sociorum invitis ceteris portionem possit in extraneum transferre, *l.* 1. 2. *C. h. t. l. nemo* 68. *ff. pro socio*, nisi forte jus illud iterum dicamus abrogatum per *l. dudum proximis* 14. *C. de contrah. emt.* Vide *tit. de lege commissoria num.* 13. Sociorum reliquorum partes si una cum sua parte distraxerit, nihil his præjudicat, nec dominium partium ad ceteros pertinentium in emtorem transfert sine eorum voluntate, licet totorum bonorum socii essent, *l. nemo ex sociis* 68. *ff. pro socio*, etiamsi major sociorum pars domum fundumve communem divendere vellet; sed tantum partes consentientium, non item dissentientium, emtori cederent, ne sine facto suo dissentientes suo cadant dominii jure, contra *l. id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. juris.* Nisi res promercales essent, ea scilicet mente emtæ ut rursus

vendantur; tunc enim unus eas in solidum recte distrahit, cum ita nihil novi fiat contra primam sociorum intentionem, ac mandatum de eo agendo jam tum ab initio credatur interpositum; eo modo, quo & in commune sepulchrum inferre mortuum socius unus reliquis invitis potest, quasi id fiat ex voluntate sociorum ab initio declarata, §. *religiosum* 9. *Instit. de rer. divis.* Hect. Felicius *de societate, cap.* 28. *num.* 58. *& seqq.* Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 23. *num.* 16.

8. Quod si circa ædium aut prædiorum aut rerum aliarum communium elocationem inter socios dissensus sit, quibusdam volentibus, aliis nolentibus elocare; magis est, ut totius rei locatio facienda sit, quoties usus ejus per partes dividi commode non potest; præsertim si talis sit, quam elocari insolitum non est, Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 442. *num.* 2. Hect. Felicius *de societate cap.* 28. *num.* 29. *& seqq.* Si tamen sociorum unus totius rei usum tanta mercede sibi habere velit, quanta per extraneum offertur; cum isto in casu præferri extraneo æquum est; quod & statutis quibusdam nominatim cautum; Mechliniens. *tit.* 8. *art.* 5. ibique Christinæus, Menochius *d. casu* 442. *numer.* 14. *& seqq.* ubi simul toto illo casu pluribus exsequitur, quid obtineat, si in eligenda conductoris persona inter socios dissensus sit, aliaque his affinia. Adde Joh. Papon *lib.* 15. *tit.* 2. *art.* 26. *post. med.* Hect. Felicium *de societate cap.* 28. *num.* 29. *& seqq. usque ad finem*, Hug. Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 28. *numer.* 7. 8. 9. Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *numer.* 47. *& seqq.*

9. Qua porro ratione pascuorum ad plures pro indiviso pertinentium usus secundum Rhenolandiæ consuetudines, immisso pro rata pecorum numero, dividatur, & quæ pecora tunc immitti possint, vide, apud Grotium *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 28. *num.* 9. a qua tamen usus dividendi ratione procul dubio ex sociorum voluntate recedi potest, ac inter duos fundum communem habentes id agi, ut alternis singuli annis fruatur; quo casu si unus consulto fructus corruperit, aut ne anno sequenti nascerentur effecerit, actioni locati conducti locus est, quoties id actum, ut certa merces non fruenti per fruentem præstetur, atque ita locatio intercessit, *l. & hæc distinctio* 35. §. 1. *ff. locati*, actioni vero præscriptis verbis vel communi dividundo, si nulla mercedis constitutio facta sit, *l. si convenerit* 23. *ff. h. t.*

TITULUS IV.

Ad Exhibendum.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio ad exhibendum, & quibus competat; quibus denegetur, dum vel alia juris remedia iis sufficiant, vel omni juris remedio indigni videntur?*
2. *Qui hac experitur actione, dicere debet notas rei, ac probare, sua interesse.*
3. *Datur contra possessores & detentores; quid juris, si dolo aut culpa possidere desierint ante vel post litem contestatam? quid si casu?*
4. *Petitur exhibitio rei cum accessionibus: exhibendæ res in eadem causa; quid si exhibeatur usucapta; quid si mutata ratione forma? quid si deteriorata?*
5. *Dilatio ad exhibendum quandoque a judice datur. Quid juris si reus contumaciter nolit, vel dolo non possis exhibere?*
6. *Recensentur aliæ actiones, quibus exhibitio peti potest. Quis usus hodie sit actionis ad exhibendum?*

1. EXhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agit, experiundi sit copia, *l.* 2. *ff. h. t.* cum enim fieri nequeat rei vindicatio, nisi appareat ac demonstretur res, quæ petitur, necesse fuit, hanc ad exhibendum intentari actionem, quoties res ab aliquo detinetur occultata, aut alteri juncta rei, si modo separatio jure peti possit. Ut proinde non principalis, sed præparatoria sit, & maxime quidem ob rei vindicationes inducta, *l.* 1. *l. gemma* 6. *ff. h. t. l. quod legatur* 38. *ff. de judiciis*, adeo ut ei, cui mandata est rei vindicatio, etiam ad exhibendum actio mandata censeatur, *l. ad rem mobilem* 56. *ff. de procurat.* Est autem personalis, in rem tamen scripta, perpetua, arbitraria, *l. in hac actione* 3. §. *est autem* 3. *ff. h. t.* §. *præterea* 31. *Inst. de action.* in solis mobilibus locum habens; (cum immobilia semet ipsa satis exhibeant, nec facile latere possint, *l.* 2. *in pr. vers. sed ubi C. quando & quib. quarta pars deb. ex bon. decurion.*) & competens omnibus, quorum interest peculiariter, *d. l.* 3. §. *sciendum* 9. *l. si liber homo* 13. *ff. h. t.* (non præcise pecuniarie, arg. *l.* 2. *C. h. t. de eo exhib.* 12. *l. ult. ff. h. t.*) ex honesta, justa & probabili causa, *l. in hac actione* 3. §. *si mecum* 11. *l. pen. ff. h. t.* & ex jure in re; licet postea neque rei vindicatione neque ulla in rem, sed personali actione, experiri velint. Cum enim multæ sint causæ ad exhibendum agendi, *d. l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* non illis tantum datur, qui rem suam asserentes eandem ex jure dominii vindicare cupiunt; sed &, si possessionem suam esse contendentes, eam persequi velint Publiciana in rem actione; aut ut sibi pignoratam hypothecaria petere; aut confessoria, dum sibi usumfructum in ea quæsitum ajunt, *l. in hac actione* 3. §. *est autem* 3. 4. & §. *Pomponius* 12. *ff. h. t.* aut servum optare, ubi relictum est optionis legatum; etsi Mævio legatum proponeretur, quod Titius optasset, aut ex rebus apud tertium depositis optio facienda esset, *l. si tibi* 8. §. *ult. ff. de opt. vel elect. legata*, *l.* 3. §. *item* 6. *& fi. plus dicit* 10. *l. de eo* 12. §. *sæpius* 2. *in fine ff. h. t.* Quin & furti agere volentibus hæc actio utilis est, *d. l.* 12. §. 2. *ff. h. t.* aut interdicto, velut *utrubi*, experturis, *d. l.* 3. §. *sed & 5. ff. h. t.* aut noxali judicio, *d. l.* 3. §. *si qui noxali* 7. *ff h. t.* etsi hæ tres actiones in personam sint, & illis etiam quandoque accommodentur, qui non habent ullam speciem juris in re, puta dominii, possessionis, servitutis, pignoris aut hereditatis, ut suis locis patebit. Non tamen datur hæc actio legatariis (contra quam est in heredibus) si testamenti tabulas, vel codicillos, vel quid aliud ad testamenta pertinens, exhiberi velint; cum sufficiant ipsis interdicta in hanc rem competentia, *d. l.* 3. §. *si quis extra* 8. *ff. h. t.* nec ei, qui liberum hominem ab alio detentum exhiberi cupit; cum

& hic interdictum de libero homine exhibendo sufficere videatur, *l. si liber* 13. *ff. b. t.* nisi de eo exhibendo quæstio sit, quem quis in libertatem vindicare vult, *l. de eo* 12. *in pr. ff. b. t.* eo quod tunc interdictum denegatur, *l. quod & lex* 3. §. *plane* 7. *ff. de hom. libero exhib.* Nec adversatur, quod hac actione etiam peti possit exhibitio glandis aliena in area cadentis; & tamen interdictum competat de glande legenda, *l. Julianus* 9. §. *glans.* 1. *ff. b. t.* cum penitius consideranti patescat, interdicto non de glande exhibenda, sed unoquoque triduo legenda agi; aliud autem sit colligere glandem, quod fit per glandis dominum; aliud, eandem exhibere, quod fit per vicinum. Longe minus illis competit, qui dolo malo rem possidere desierunt, quive, cum furto rem subduxissent, amiserunt possessionem ejus, *d. l.* 3. §. *si mecum* 11. *ff. b. t.*

2. Ut vero recte actor hic agat, necesse est, ut omnia noscat ac dicat argumenta rei, de qua agitur; id est, notas ac qualitates, quibus res a re alia distinguitur, *l. in hac actione* 3. *princ. ff. b. t.* ac ejus intersit rem exhiberi tempore utroque, tum litis contestatæ, tum rei judicatæ, *l. tigni* 7. §. *ult. ff. b. t.* judicique de eo constet per adhibitam summariam causæ cognitionem, ad principale judicium rejectis illis, quæ altiorem desiderant indaginem: judex namque interim exhibitionem fieri haud difficulter injungit, cum ea exhibenti non sit gravis aut damnosa, si actor deinde principali in negotio probando deficiat, *d. l.* 3. §. *sciendum* 9. & §. *ibidem* 13. *ff. b. t.* Quod si plurium intersit vel ex eadem vel diversis ex causis rem exhiberi, singulis pro suo jure ad exhibendum experiundi potestas est, *d. l.* 3. §. *Pomponius* 12. *ff. b. t.*

3. Convenitur hac actione quivis possessor aut etiam detentor rei, *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. b. t.* ut & illi, quorum in solo aliquid positum est, cum aut collapsum, aut vi fluminis delatum, aut rutum aut cæsum, aut defossum fuisset, cujus exempla sunt in *l. Celsus* 5. §. 2. 3. 4. 5. *l. Julianus* 9. §. *glans* 1. *l. thesaurus* 15. *ff. b. t.* Hi quoque, quorum rebus res aliena juncta aut inclusa est, quoties natura vel jure separatio atque exemtio impedita non est, *l. gemma* 6. *l. tigni* 7. §. 1. & 2. *ff. b. t.* nec interest, utrum a singulari persona res possideatur aut detineatur; an vero a collegio, veluti municipio, *d. l. tigni* 7. §. *item municipes* 3. *ff. b. t.* Si modo hi omnes tempore rei judicatæ possideant, *d. l.* 7. §. *si quis non* 4. *ff. b. t.* vel desierint dolo possidere, *l. Celsus* 5. §. *idem Julianus* 2. *l. Julianus* 9. §. *Marcellus* 4. *l. si vir* 14. *ff. b. t.* quo casu & hæredes eorum, qui dolo possidere desierunt, conveniri possunt, quatenus saltem facti sunt ex defuncti dolo locupletiores, pretium forte rei habentes *l. de eo* 12. §. *ult. ff. b. t.* Quid, quod & illi quandoque hac tenentur actione, qui sine dolo suo possidere desierunt pendente lite, etsi enim plerumque eos absolvi tunc oportere responsum sit, *l. tigni* 7. §. *si quis cum* 5. *ff. b. t.* tamen si tali casu rem lite pendente periisse constiterit, quo peritura non fuisset, si cum primum lis acciperetur, fuisset exhibita, condemnationem fieri in id quod interest, æquum fuit, *l. de eo* 12. §. *si post* 4. *ff. b. t.*

4. Tendit hæc actio ad id, ut res exhibeatur, quæ tamen exhibitio subinde restitutionem in se habet, quatenus exhibens post factam exhibitionem quandoque cedit, nec principali judicio audet contendere, causæ suæ diffidens, eoque sensu causa petitori in hac actione restitui dicitur, *l. Julianus* 9. §. *pen. ff. b. t.* Exhibenda autem res est cum omni sua causa, id est, fœtu, partu, fructibus, accessionibus, & omni utilitate, si quæ amissa sit ob hoc, quod aut non exhibita fuerit, aut tardius exhibita, *d. l.* 9. §. *pen.* & *ult. ff. b. t.* etiam in eadem causa, in qua fuit, cum primum judicium hoc acciperetur, ut quis copiam rei habens possit exsequi, actione, quam destinavit, in nullo læsa, *d. l.* 9. §. *quantum autem* 5. *ff. b. t.* ideoque, si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, aut, cum optio intra certum tempus data esset, judicium in id tempus extractum sit, quo frustra exhibetur, utilitas petitoris, quæ lapsu temporis interierat, conservatur, &, quasi non facta exhibitione, condemnatio sequitur, nisi reus conventus adhuc paratus sit principale judicium, quod peremtum erat, aut optionem, pati, *d. l.* 9. §. *proinde* 6. *l. si optione* 10. *ff. b. t.* §. *si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judicis.* Idemque dicendum, si res, de cujus exhibitione agitur, medio tempore in aliud corpus aliamve speciem translata sit, veluti si ex scypho petito massa sit facta; cum mutata forma prope interimat substantiam rei, *d. l.* 9. §. *sed si quis* 3. *ff. b. t.* Contra quam obtinet, si simpliciter deteriorata exhibeatur, forma manente, dum homo exhibetur, sed eluscatus aut debilitatus, tunc enim, quia ita facta est exhibitio, ut impedita non sit directa actio, veluti vindicatio aut similis, tantum judicio ex lege Aquilia descendenti locus erit, cessante hac ad exhibendum actione, *l. si quis hominem* 17. *ff. b. t. l. exhibitionis* 7. *C. b. t.* licet alioquin in principalibus judiciis, veluti commodati, depositi, rei vindicatione, restituisse non videatur, qui rem deterioratam restituit, nisi id, quod interest, addatur, *l. sed mihi* 3. §. 1. *ff. commodati l.* 1. §. *si res deposita* 16. *ff. depositi*, *l. non solum autem* 13. *ff. de rei vindicat.*

5. Si res, de qua exhibenda agitur, in præsenti exhiberi nequeat, dum alio forte in loco est, cautio de re intra modicum temporis spatium arbitrio judicis definitum exhibenda admittitur, *d.* §. 3. *Instit. de offic. judicis*, *l. de eo* 12. §. *pen. ff. b. t.* imo sine certi diei adjectione quandoque de re exhibenda cautionem interponi sufficit, puta, si servus exhibendus in fuga sit, *l. Celsus* 5. §. *ult. ff. b. t.* & si, petita simul rerum plurium exhibitione, reus pendente lite quasdam desierit possidere sine dolo malo, tum demum condemnandus est, cum non exhibet, quas potest, *l. sed & si* 11. §. *ult. ff. b. t.* sed si reus contumacia nolit, aut dolo suo fecerit quo minus possit, rem exhibere, contra eum in litem juratur, *l. in hac actione* 3. §. *præterea* 2. *ff. b. t.* arg. *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat.*

6. Quod si semel hac actione actum fuerit, ex eadem causa iterum agi nequit ad exhibendum, ex alia potest, *l. si quis ad* 18. *ff. de except. rei judic. l. de eo* 12. §. *sæpius* 2. *ff. b. t. l. neque* 3. *C. b. t.* Nec ignorandum, aliis quoque actionibus exhibitionem peti posse, puta ex stipulatu, arg. *l. nemo* 82. *ff. de verb. oblig.* ex testamento, *l. si prædiorum* 15. *C. ad leg. Falcid.* junct. *l. instrumenta* 24. *C. de fideicommiss.*, ex emto, *l. Titius* 48. *ff. de a-*

ction. emti, ut & actione in factum, in casibus propositis in *l.* 3. §. *interdum* 14. & *l.* 9. §. *Marcellus* 4. *ff. h. t.* Quin & moribus solent judices per mandata compellentia exhibitiones injungere: quo fit, ut nunc rarior actionis ad exhibendum usus sit, licet maneat utilitas ejus in eo, quis exhibitionem petere possit, & a quo, ac quarum rerum.

LIBER UNDECIMUS.

TITULUS I.

De Interrogationibus in Jure faciendis, et Interrogatoriis Actionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid fuerint interrogationes in jure? cui bono introducta? differunt, aliquid agi* in jure *& agi* pro tribunali.
2. *Interrogationes hae locum habuerunt in actionibus in personam, & in petitione hereditatis. An & quo respectu in actionibus in rem?*
3. *De aequitate interrogationum; respondens ad eas non habetur pro judicato; sed inde data actio interrogatoria. Quid illa fuerit?*
4. *Cessant quidem jure novo actiones interrogatoriae, at non aequitas interrogationum. fieri illa possunt per judicem etiam post conclusionem in causa. Quod & moribus passim fere obtinet, etiam circa principalia causae merita; nec currunt tempora productionum, quamdiu adversarius in mora respondendi est. Quid in Hollandia obtineat?*
5. *Rogatus respondere cogitur, nisi proprium profiteretur crimen; vel dubitet; vel interrogetur in lite non sua, sed aliena; ubi de tutore in causa pupilli vel minoris, & de ipso minore; de debitore in lite praelationis inter creditores; de marito in causa uxoris & ipsa uxore; de cedente in lite cessionarii; de interveniente, & eo, pro quo intervenit in lite; de domino & procuratore.*
6. *Nemo respondere tenetur, si rogetur de facto alieno, vel non de facto, sed jure aut consuetudine. An reum sine mandato defendens, vel procurator actoris in reconventione?*
7. *Reus responsione sua, sive vera, sive falsa, nocet sibi, sed habet exceptiones easdem ac defensiones, si falso responderit, quas haberet, si vere respondisset. Quandoque contra responsionem erroneam restituitur.*
8. *Quo modo puniatur jure Romano & moribus, qui sciens mentitus est ad interrogationem, ut se liberet?*
9. *Silentium rogati aut responsum dubium eam recipit interpretationem, quae rogato nocet.*
10. *Confessio ad interrogationem prodest interroganti, aliis non item, licet simile jus haberent.*
11. *Si falso respondens condemnatus deinde sit, & judicato satisfecerit, an liberentur illi, qui tanquam heredes veri aut possessores debuissent conveniri? & quid hodie obtineat?*

1. NE actor plus petendo peccaret, & probationum multiplicatione circa ea, quae causam principaliter neque deprimunt neque allevant, lis protelaretur, interrogationes olim factae in jure ante litem contestatam, veluti an & pro qua parte adversarius heres esset; num ei ex fideicommisso restituta hereditas; an servum, qui noxam commisisse dicebatur, possideret; aut peculium, cujus intuitu de peculio actio movenda foret; an aedes ejus essent, pro quibus damni infecti nomine cautio petenda, *l.* 1. *l. si quis in* 7. 8. 9. §. *qui interrogatus* 5. & *seqq. l.* 10. *ff. h. t.* Idque *in jure*, id est ante litem contestatam (ad distinctionem eorum, quae in judicio fieri dicuntur apud judices plerumque pedaneos post litis contestationem) adeoque apud praetorem aut alium populi Romani magistratum, qui jurisdictioni praeest, sive pro tribunali sedeat juris dicundi gratia, sive domi vel in itinere negotio huic vacet, *l. voluit* 4. §. 1. *ff. h. t.* latius scilicet patente loci, in quo jus dicitur, quam tribunalis appellatione: in quantum *pro tribunali* fieri dicebantur, quae loco stato seu ordinario expediebantur, *leg. unius* 18. §. *ult. ff. de quaestion. leg. utile tempus* 2. §. *in bonorum* 2. *ff. quis ordo in bonor. possess. servetur*, at *in jure* generaliter ea omnia, quae vel pro tribunali, vel alibi in loco momentaneo, sive in itinere & in transitu, sive domi, sella tamen posita, praetor juris dicundi causa de plano agebat, *d. l.* 7. §. 1. *ff. h. t. d. l.* 18. §. *ult. ff. de quaestion.* §. *servi* 2. *Instit. de libertinis.* Unde Paulus, cum monuisset, *jus* etiam dici locum, in quo jus redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit, subjungit, locum illum hoc modo determinari posse; *ubicumque praetor salva majestate imperii sui, salvoque more majorum, jus dicere constituit, l. pen. in fine ff. de Justit. & jure.*

2. Obtinuerunt hae in jure interrogationes, cum in personam erat actio, & certum condictione petendum, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* uti & in actionibus noxalibus ac de peculio, *l. si quis in jure* 7. *l.* 8. *l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* & petitione cautionis pro damno infecto, quam quisque pro ea praestat parte, qua rei vitiosae dominus est, *l. non alienum.* 10. *l. qui servum* 20. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. si communes* 40. *ff. de negot. gestis*, *l. plures* 27. *ff. de damno infecto*; denique etiam in hereditatis petitione mixta, quatenus possessor actore desiderante respondere cogitur, an pro herede, an pro possessore possideat, *l. cogi* 11. *C. de petit. hered.* De cetero in rei vindicatione, & aliis specialibus in rem actionibus possessorem compelli vel titulum suae possessionis edere, vel dicere pro qua parte res ejus sit, incivile habitum fuit, eo quod non possessoris, sed petitoris munus est docere, qua ex parte dominus sit, sola possessione reo de cetero ad absolutionem sufficiente, *d. l.* 11. *C. de petit. hered. l. in speciali* 37. *ff.*

de rei vindicat. Plane, etsi titulum possessionis edere non compellatur, petitore tamen rogante respondere tenetur, an possideat rem aut dolo malo possidere desierit, ne alias frustra petitor experiatur, *l. qui petitorio* 36. *pr. ff. de rei vindicat.* uti & pro qua parte possessor sit, seu an rem totam an tantum pro parte possideat, ad id, ut, si minore ex parte se possidere dicat, quam actor petiturus est, in aliam partem, quæ non defenderetur, in possessionem actor mittatur, *l. qui servum* 20. §. *in jure* 1. *ff. h. t.* junct. *l. Fulcinius* 7. §. *item videamus* 16, 17. & 18. *ff. quib. ex caus. in possess. eatur l. ult. ff. de rei vindicat.* aliud enim est, de jure suo in re, aliud de nudo possessionis facto respondere. Et quamvis *d. l.* 20. §. 1. *ff. h. t.* non incommode etiam accipi possit de casu, quo interrogatur is, cum quo non agitur, socius nempe rei conventi respectu fundi communis, quo innotescat, quæ fundi pars ad ream latitantem pertineat, ut in eam non defensam actor mittatur, tamen interrogationes secundum jam tradita etiam in rei vindicatione hactenus admissas fuisse probabilius est.

3. Æquissimus vero fuisse videtur hic in jure interrogandi mos; cum edictum de interrogationibus prætor proposuerit, ut subveniret difficultatibus probationum; sciens, arduum sæpe esse ei, qui heredem bonorumve possessorem convenit, probare, aliquem heredem esse bonorumve possessorem, imo difficilem plerumque aditæ hereditatis probationem esse, *l. Edictum* 2. 3. *ff. h. t.* Neque tamen interrogationes hæ de ipso principali negotio, vel cardine quæstionis, ut ajunt, conceptæ fuerunt; sic ut reus ex responsione sua, quasi confessus, pro judicato habendus esset, secundum *l.* 1. & *l. qui Stichum* 5. *ff. de confessis*, *l. proinde* 25. §. *ult. ff. ad l. Aquil.* sed tantum de iis, quæ litem præparant; ad quæ si responsum fuerit, non condemnatio, sed litis principalis ventilatio sequitur; dum non omnis ille, qui se heredem aut servi vel peculii possessorem esse confessus est, condemnari debet; sed demum, si actor probet defunctum debuisse aut legasse, servum contraxisse peculii intuitu, aut actori nocuisse; & ita in ceteris. Unde & sola actio interrogatoria ex responsis hisce data fuit, quasi ex ipso contractu vel negotio principali; quæ ideo nec nova actio fuit, sed tantum nova quædam qualitas adjectitia actionis principalis, *l. si quis interrogatus* 8. *l. de ætate* 11. §. *qui interrogatus* 9. *ff. h. t.*

4. Et quamvis Callistratus testetur, jam tum suo tempore minus frequentatas actiones interrogatorias, in desuetudinem abiisse, quia nemo cogebatur ante judicium de suo jure aliquid respondere: sed tantum ad probationes litigantibus suffecisse ea, quæ ab adversa parte expressa fuissent apud judices, vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quæ in causis vertuntur, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* tamen neque æquitas interrogationum ideo cessaverit, neque, pendente lite, usus earum; cum utique coætaneus prope Callistrato Ulpianus, aut paulo recentior, velut jus indubium tradiderit, ubicunque judicem æquitas moverit, æque oportere fieri interrogationem, *l. pen. ff. h. t.* non ad eum effectum, ut amplius inde interrogatoriæ competerent actiones, sed ut secundum jam dicta pro probationibus haberentur, quæ a rogata adversa parte apud judices expressa sunt, *d. l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Nec interest, in qua judicii parte interrogatio fiat; usque adeo, ut & post conclusionem in causa interrogationes subinde admittendæ sint; tum quia *d. l. pen. ff. h. t.* generaliter admittit, *ubicunque judicem æquitas moverit*; tum quia revera litigantibus quidem, at judici nunquam, in causa concluditur; qui proinde ex officio, quod nobile vocant, interrogare, & ad interrogata responsionem jubere potest, ubi id æquitas postulare visa est, & dubitatio occurrit, *cap. cum Johannes* 10. *fere in fine extra*, *de fide instrum.* Confer Mascardum *de probation. conclus.* 1182. *num.* 41. & *seqq.* Ac tantum abest, ut interrogationes hæ a moribus hodiernis alienæ essent, ut potius de ipsis quoque factis principalibus, ex quorum assertione vel negatione pendet potissimum causarum decisio, interrogationes pendente lite fieri obtinuerit, conceptis ab uno litigantium positionibus, ad quas adversarius per judicem rogatus respondere compellitur, præstito calumniæ jurejurando, *se credere* vel *non credere*: ita in Gallia, Germania, Ultrajecti, in Frisia praxi constante servari, patet ex Rebuffo *ad constit. regias tom.* 3. *tract. de responsionibus per cred. vel non*, Mascardo *de probationibus conclus.* 1182. 1183. Mynsingero *cent.* 5. *observ.* 88. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 79. Besoldo *delibatis juris ad Pand. h. t. quæst.* 2. Ant. Thessauro *dec.* 17. Radelantio *Curia Ultr. dec.* 107. adeo ut ei, qui productiones probationum facere debet, non currant tempora productionis faciendæ, quamdiu adversarius hæret in mora respondendi ad interrogata; eo quod merito ignorat, quæ pro confessis ex responsione habenda sint; quæ ex adverso negata, probationem requirant, Christinæus *vol.* 1. *dec.* 95. *n.* 9. 10. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 91. *n.* 8. 9. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 99. *num.* 1. Nec Hollandis aut Zelandis Flandrisque ac Brabantinis interrogationes has displicuisse, evincit clarissime Instructio Curiæ Holland. *art.* 128. Curiæ Flandricæ *art.* 55. 56. Brabantin. *art.* 33. & *seqq.* nunc autem non amplius in Hollandia in causis civilibus istiusmodi interrogationum usum esse, ob metum perjurii, monet Groenewegen *ad rubr. ff. h. t.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 33.

5. Rogatus itaque, tum ex usu juris Romani, tum ex hodiernis illorum moribus, quibus interrogationes istæ etiamnum placent, respondere tenetur. Nisi responsio ipsum criminis reum faceret, dum de tali facto proprio interrogatur, quod crimen involvit; quippe quo casu judicio criminali magis opus esset, in quo simplex reorum examen sine calumniæ jurejurando procedit. Adde Mascardum *de probation. conclus.* 1183. *num.* 59. & *seqq.* Vel nisi rogatus justam ipse dubitandi causam habeat, ut, puta, si rogatus, an *heres sit*, controversiam hereditatis ab aliquo patiatur; quo casu respondere non compellitur; ne aut negando se heredem præjudicet sibi, aut dicendo se heredem, illigetur, etiam ablata sibi hereditate, *l.* & *quia* 6. §. 1. *ff. h. t.* Sed nec ad respondendum adigendus, quoties non in propria, sed aliena lite rogatur, *l. si sine* 9. §. *alius* 3. *ff. h. t.* Unde licet tutor aut curator in lite pupilli respondere teneatur, quoties ipse pro pupillo in lite consistit, arg. *l. proinde* 25. §. *si procurator* 1. *ff. ad leg. Aquil.* non tamen, si ipse litem pro pupillo non sustineat; etsi nunc super proprio rogaretur fa-

cto, Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 106. Nec debitor in lite, quæ inter creditores ejus de prælatione aut aliter agitatur, Radelantius *decis.* 36. Nec heredes conjugis defuncti, ubi viduus aut vidua massaria judicium suscepit, nisi forte liberi sint, Radelant. *decis.* 107. *num. ult.* & 108. Nec debitor in causa fidejussoris, aut vice versa, Radelant. *decis.* 107. *num.* 3. 4. 5. Quales nihilominus omnes, tanquam testes in aliena lite, per adversarium produci possunt, & ad testimonium perhibendum compelli; non tunc responsa sua calumniæ seu credulitatis, sed veritatis jurejurando firmaturi, Radelant. *d. decis.* 36. de quo latius *tit. de testibus*. Si tamen maritus ex usu hodierno pro uxore stet in judicio, tanquam curator ejus, æquum fuerit, non maritum modo, sed & uxorem ipsam, quam vere causa tangit, ad respondendum de suo facto compelli. Sande *decisio lib.* 1. *tit.* 9. *definit.* 3. uti adultus in causa, quam tutor vel curator in judicio prosequitur, Ant. Matthæus *de judiciis disput.* 7. *num.* 57. Secus si suo nomine ac propria de causa maritus in judicio consisteret; cum ita lis mariti, uxoris intuitu aliena sit; sub qua limitatione forte accipienda quæ de uxore generalius tradita a Radelantio *d. decis.* 107. *num.* 6. Sed & cedentem in causa cessionarii respondere compellendum, verius est; cum utique cessionarius, utcunque ad suam utilitatem videatur litem expedire, procurator cedentis sit, ac personam ejus in judicio repræsentet; ut proinde, desiderante adversario, cedentem velut dominum in judicio rogari æquum sit, ac cogi ad respondendum de facto suo, ex quo jus omne cessionarius metitur, ac habet. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 2. *tit.* 1. *defin.* 17. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 9. *defin.* 3. Eadem ratione, si quis intervenerit pro alio, ita ut litem alterius ac defensionem in se suscipiat, is, pro quo litem suscepit, ad interrogata adversarii respondere tenetur, quoties id postulatum fuerit; cum & lis revera ipsius sit, & de suo proprio rogetur negotio, Henr. Kinschot *responso* 33. *n.* 1. 2. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 34. Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 7. *num.* 57. 59. Quemadmodum & dominus per procuratorem in judicio consistens: adeo ut si adesse justa ex causa impeditus sit, per procuratorem, in anima domini de calumnia jurantem, ac de respondendis ad interrogata mandato speciali instructum, in omnem eventum respondere debeat. Quod & cautum Instruct. Curiæ Hollandicæ *art.* 128. *in fine*, Brabantinæ *art.* 35. Flandricæ *art.* 55.

6. Non etiam respondere quisquam in jure cogendus, cum non de proprio, sed alieno rogatur facto; quippe cujus probabilis plerumque ignorantia est, *l. si sine* 9. §. *alius* 3. *ff. h. t.* arg. *l. plurimum* 3. *ff. de juris & facti ignor.* adeo ut & filius pro patre suo in judicio subsistens tanquam actor, & in reconventione de patris facto interrogatus, impune taceat, nec silentium ejus pro confessione habeatur, *l. si filius* 19. *ff. h. t.* etsi verum sit, eum in lite tunc ultra pergere non posse in quantum procurator esse nequit, nisi & in reconventione defensionem suscipiat, *l. servum quoque* 33. §. *ait prætor* 3. *ff. de procurat.* & plene non defendit, qui interrogatus non respondet, *l. si sine* 9. §. *Celsus* 4. *ff. h. t.* Similiter nec quisquam ad respondendum compellendus est, quoties de jure interrogatur; cum alia facti proprii, alia juris quæstio sit; ac jus finitum atque determinatum nulla indigeat adversæ partis responsione, arg. *l. in omni parte* 2. *ff. de juris & fact. ignor. l. ornamentorum* 37. *ff. de auro & arg. legato*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *obs.* 82. *num.* 113. & quamvis apud Gaylium *d. loco n.* 14. excipiatur casus, ubi de consuetudine adversarius interrogatus, eo quod illa facti est, vix tamen est, ut id admiseris; cum quæstio consuetudinis non de adversarii, sed populi totius, ideoque alienis rebus ac factis concipiatur, arg. *l. de quibus* 32. §. 1. *ff. de legibus*, §. *sine scripto* 9. *Instit. de jure natur. gent. & civil.* Plane, si reus per defensorem, mandato carentem, in judicio defendatur, defensorem quoque de facto ejus, cujus defensionem suscepit, respondere oportere, quia alias plene defendere non videtur; ac vel responso vel silentio suo sibi nocere, etsi domino non noceat ob deficiens mandatum, responsum est, *l. non solum* 39. *ff. de procurator. l. si sine* 9. §. *Celsus* 4. *ff. h. t.*

7. Ceterum de suo rogatus facto tempus ad deliberandum recte petit, ne temere respondeat, *l. qui interrogatur* 5. *ff. h. t.* Instructio Curiæ Brabant. *art.* 36. Flandricæ *art.* 56. eo quod responsione sua ac confessione sibi nocet, sive vere sive falso responderit, eo quod ipsi fides contra se habetur, *l. de ætate* 11. §. 1. *ff. h. t.* si modo id, quod in confessionem venit, & jus & naturam recipere possit, *l. si is* 14. §. 1. *ff. h. t.* (exempla confessionum, quas jus aut natura non patitur, Vide *l. eum, qui* 13. §. 1. *l. si servus* 16. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.*) adeoque, si se heredem dixerit, aut animalis vel servi peculiive possessorem, hereditariis aut noxalibus vel de peculio actionibus conveniri potest, etsi vere nec heres nec possessor sit, *l. voluit* 4. *l.* 5. *l. si quis* 8. *l. de ætate* 11. §. 1. *l.* 12. *ff. h. t.* ut tamen is, qui falso confessus est se heredem esse, aut quid simile, & ex sua confessione convenitur, exceptionibus ac defensionibus, quæ institutis in judicio contra reos actionibus opponuntur, uti possit, veluti pacti conventi, rei judicatæ, interitus rei, & ceteris, *l. si filius* 12. §. 1. *l. si ante* 15. §. 1. *ff. h. t.* imo etiam quandoque per in integrum restitutionem adversus confessionem suam ex justissimi erroris causa juvari; veluti, si filius se patris heredem fateatur, ac postea prolato testamento exheredatus appareat; vel alius se heredem dixerit esse ex testamento, quod dein falsum aut irritum aut inofficiosum pronunciatum est, *l. de ætate* 11. §. *ex causa* 8. & §. *qui juste* 10. *ff. h. t.* Maschardus *de probat. conclus.* 1182. *n.* 14. & *seqq.*

8. Quod si respondendo mentitus sit, ut sese liberet, secundum jus Romanum vulgares subibit mentientium pœnas; atque ita in solidum sine noxæ deditione tenebitur, si se servi delinquentis aut animalis lædentis possessorem inficiatus sit, *l.* 1. §. *interdum* 15. *ff. si quadrup. pauper. fecisse dic.* ac possessione exuetur, si se rem per vindicationem petendam possidere neget, *l. ult. ff. de rei vindicat.* aut si minore ex parte heredem se dixerit, quam ei delata erat, hanc fert mendacii pœnam, quod in solidum convenitur, etsi ex parte tantum, sed majore, heres sit: nisi & hic justa errandi causa veniam det: quid enim, si nescit sibi partem accrevisse, vel ex incerta parte institutus sit? *l. de æta-*

te 11. §. *si cum* 3. & 4. *ff. h. t.* Interim nostris ac aliorum moribus has mentientium pœnas in desuetudinem abiisse, & eos, qui scientes prudentes veritatem inficiati fuerunt, interposito præsertim calumniæ jurejurando, extra ordinem arbitrio judicis mulctari solere, notat Groenewegen ad *l.* 11. §. 3. *ff. h. t.* & ad *l. ult. ff. de rei vindic.* quem tamen in casu *d. l. ult. ff. de rei vindicat.* falli supra *tit. de rei vindicat. n.* 25. probatum est.

9. Silentium ejus, qui secundum requisita superius proposita interrogatus respondere contumaciter detrectat, adversus eum interpretationem recipit, sic ut pro confitente habeatur, quoties ei confessio nocitura ac interroganti profutura est, adeoque tanquam heres conveniri possit, qui tacuit ad interrogationem, an heres sit, *l. de ætate* 11. §. *qui tacuit* 4. *ff. h. t. l. quotiens* 18. §. *ult. ff. de prob.* Instructio Curiæ Ultraject. *tit. van defauten van den gedaagde art.* 6. Brabant. *art.* 36. Flandricæ *art.* 56. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 80. Christinæus *ad Leg. Mechlinienſ. tit.* 1. *art.* 21. *n.* 1. Silentio comparatum responsum anceps, dubium, incertum; nihil interest, an taceat interrogatus, an obscure respondeat, ut incertum dimittat interrogantem, *d. l. de ætate* 11. §. *nihil interest* 7. *ff. h. t.* Vide d. Instruct. Curiæ Brab. *art.* 34. Flandricæ *art.* 55. *in fine*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 82. *n.* 7. & *seqq.* nisi forte consultius fuerit, urgeri ulterius respondentem, ut certum fateatur, arg. *l. certum* 6. §. *si quis incertum* 1. *ff. de confessis*.

10. Quisquis autem interrogatus in jure confessus est, aut ex contumaci silentio pro confitente habetur, solis interrogantibus, non aliis jus parit, eo quod res inter alios acta aliis nec prodest nec nocet, *l. sæpe* 63. *ff. de re judicata.* Unde, cum unus ex debitoris fiscalis filiis, qui nec bonorum possessionem acceperat, nec heres erat, procuratori Cæsaris interroganti in jure respondisset, se heredem esse, placuit, cum a paternis creditoribus ceteris, qui in jure non interrogassent, ex responso suo interrogatoria non posse actione conveniri, *l. ult. ff. h. t.*

11. Ex adverso quoque, si se falso heredem aut possessorem, aut servum alienum a se occisum, responderit, atque ita actori ex tali responso litem ulterius prosequenti condemnatus sit, jure Romano veris heredibus aut possessoribus vel occidenti non prodest, nec facit solutione sua, quo minus illi, ut veri debitores vel percussores, vel rei possessores, etiamnum suscipere litem compellantur; cum non tam rem actori, quam potius falsi responsi pœnam solvisse videatur, quali pœnæ præstatione neque rei persecutoria actio perimenda erat, neque delictum ejus, qui fecit, propter eum, qui respondit, debebat impunitum esse, *l. qui servum* 10. *ff. h. t. l. si is, qui* 7. *ff. de rei vindicat.* nisi quasi defensor ejus, qui heres erat aut possessor, vel cædem commiserat, responderit, aut ex mandato ejus, tunc enim in factum exceptione summovendus esset actor; quia ille, qui respondit, negotiorum vel mandati actione recepturus est, quod præstitit, ac improbus esset, qui velit iterum consequi, quod jam a defensore debitoris accepit, *l. qui servum* 20. *ff. h. t.* Unde & tum demum adversus heredem verum agi posse, cum defensor, qui se liti obtulerat pro herede, solvendo non est, ex Proculi sententia Julianus respondit, *l. qui ex parte* 18. *ff. h. t.* Atque ita de eo, qui velut defensor intervenit, accipienda est *l. si quis dolo* 51. §. 1. *ff. de re judicata*, quippe cujus hæc facti species sine verborum emendatione poni potest, quod Titius cum Mævio fundum vendidisset ac fide de pretio habita tradidisset, creditores aut Mævii in possessionem bonorum ejus ac ipsius etiam fundi emti mitterentur, missis id quod interest præstiterit pro Mævio debitore, atque ita ulteriorem impediverit missionis effectum, Mæviumque liberaverit velut defensor ejus, quo dein ipse solidum fundi venditi pretium ab eo consequi posset, non in solidum forte consecuturus, si creditores ex decreto judicis minus tempestivam fecissent bonorum Mævii distractionem. In noxalibus tamen actionibus, solvente eo, qui se servi lædentis possessorem falso responderat, verum liberari possessorem obtinuit; quia noxales actiones præter generalia juris præcepta contra dominum dantur, ut quodammodo læso consulatur, ne in universum in damno hæreat; ut proinde eo jam indemni præstito, ulterior actionis noxalis æquitas conspicua non sit, *l. si quis interrogatus* 8. *l. qui servum* 20. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. *quod igitur* 15. *ff. de vi & vi armata*, *l. melior* 133. *ff. de reg. juris.* Neque absurdum fuerit, ex hodierni juris fundamentis in ceteris quoque casibus, solvente eo, qui liti se obtulit, veris debitoribus asserere liberationem, ut dictum *tit. de petit. heredit. num.* 8.

TITULUS II.

De quibus rebus ad eundem judicem eatur.

SUMMARIA.

1. *Ad eundem judicem ire debent coheredes, confines, socii, contutores, legatarii & creditores hereditarii ut legis Falcidiæ ratio ineatur: sæpe etiam plures de liberali causa &c. item in reconventione & interventione.*
2. *Terminanda etiam apud eundem possessionis & proprietatis causa; & quid moribus.*
3. *Si plures unius debiti debitores, vel coheredes nomine hereditario debentes sub diversis habitent judicibus inferioribus, omnes tamen subsint uni judici superiori, veluti curiæ Hollandiæ, omnes inferiore præterito ad superiorem vocari possunt apud nos.*
4. *Si ex pluribus actoribus aut reis quidam privilegiati sint respectu fori, etiam non privilegiati ad eundem judicem ire, & vocari possunt.*
5. *Hodie ex voluntate actoris aut rei quæstio civilis & criminalis non dividenda, si utraque ex uno facto oriatur.*
6. *Curatore bonis dato, ad eundem judicem ire debent omnes obærati debitoris creditores.*

1. NE dividatur causæ continentia, dum plures diversis in foris agunt aut conveniuntur, omnes quandoque ad eundem judicem ire placuit; quales sunt socii, coheredes, confines, de hereditate, rebusve communibus dividundis, aut finibus regundis contendentes, *l.* 1. 2. *ff. h. t. l. omnes tutores* 5. *C. arbitrium tutelæ*, uti id de coheredibus similibusque dictum plenius *tit. familiæ ercisc. n.* 42. de tutoribus dicetur *tit. de tutelæ & ration. distrah.* Nec

minus tunc, cum de ineunda legis Falcidiæ ratione quæstio est, legatarii omnes & fideicommissarii, imo & creditores hæreditarii, ut de ære alieno probent, ad eundem arbitrum venire jubentur, *l.* 1. *§. cum dicitur* 6. *ff. si cui plus quam per l. falcid. lic. legat. esse dicetur.* Causam quoque conventionis & reconventionis per eundem judicem debere terminari; ut & causam ejus, qui intervenire vult in lite, traditum *tit. de judiciis n.* 33. & *n.* 73. Quin & in liberali seu status quæstione non infrequens fuisse, ut ad eundem judicem ob causæ continentiam plures mitterentur, patet ex *l. cognitio* 8. *§.* 1. 2. *l.* 9. *l. si usumfructum* 23. *§. ult. ff. de liberali causa.*

2. Ex eadem ratione proprietatis & possessionis causam apud eundem judicem terminari necesse fuit; cum judex, qui de possessione jam cognovit, ex parte perspectam credatur habere causam proprietatis, adeoque aptus magis ad illam expeditius finiendam, *l. nulli* 10. *C. de judic.*, licet enim possessioni nihil cum proprietate commune sit, quatenus ingens est inter utriusque naturam pariter ac effectus differentia, *l. naturaliter* 12. *§.* 1. *ff. de acquir. vel amitt. poss.* in ordine tamen judiciorum sibi invicem cohærent in quantum finis judicii possessorii plerumque petitorii initium est. Confer Cujacium *libr.* 2. *observ. cap.* 33. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 32. *num.* 11. & de praxi Wassenaar *practic. judic. cap.* 12. 14. 15. Sed ab hoc jure apud nos recessum fuit, dum in Hollandiæ suprema Curia causæ quidem possessionum tractandæ sunt; nec tamen ideo proprietatis quæstiones iisdem de rebus ordinariorum judicum jurisdictioni, ne sub obtentu quidem reconventionis, subducuntur. Instructio Curiæ supr. *art.* 19. Neostadius *curiæ supr. decis.* 127. Groenewegen ad *d. l.* 10. *C. de judiciis.*

3. Similiter, si plures unius debiti debitores, sub judicibus inferioribus diversis domicilium foventes, uni communi judici superiori, veluti curiæ provinciali, subjecti sint, omnes ad judicem illum superiorem, præteritis inferioribus, vocari possunt secundum Hollandiæ & aliorum mores, *placitum Ord. Holl.* 10. *Julii* 1677. *in pr. vol.* 3. *pag.* 672. *in fine* & 673. Groenewegen *de l. abrogat. h. t.* Leeuwen *censor. for. part.* 2. *libr.* 1. *c.* 14. *num.* 8. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 25. *numer.* 7. *pag.* 127. usque adeo, ut & tunc, cum plures ejusdem defuncti coheredes sub diversis judicibus inferioribus degentes pro debito hereditario conveniendi sunt, prima vice simul omnes ad curiam provincialem Hollandiæ, si modo omnes ei subsint, vocari queant, etiamsi jam a rerum hereditariarum communione per divisionem recessisse proponantur, *Appendix decisionum p. mihi* 39. *in fine*, &, *pag.* 40. *post partis tertiæ volumen primum Respons. Holl.* Plane, si quidem ex his unius debiti debitoribus aut coheredibus in alio territorio degant, sic ut communem cum reliquis judicium haud sortiantur, hi ad suum judicem ordinarium vocandi forent, arg. *l. ult. ff. de jurisdict.* junct. *l. juris ordinem* 2. *Cod. eod. t.* Groenewegen *d. loco.*

4. Adhac ex eodem fundamento, ne causæ continentia dividatur, descendit, quod, si inter plures in jus vocandos, quorum omnium eadem causa est, nonnulli privilegiati sint, sic ut non nisi ad tribunal superius litigatum venire teneantur, propter eos & reliqui ad judicem eundem superiorem vocari possint, etsi omnes tum privilegiati tum privilegio destituti simul in eadem degerent civitate, ac sub eodem judice inferiore, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 32. *n.* 2. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 35. *n.* 5. Uti ex adverso quoque, si ex pluribus actoribus, ejusdem litis consortibus, unus privilegiatus vi sui privilegii adversarium ad judicem superiorem citaverit, reliquos litis ejusdem consortes non privilegiatos jungere se posse privilegiato, obtinuit, ut ita per omnes simul junctos ob causæ continentiam apud eundem judicem superiorem lis ad finem deducatur, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 147. *in fine.*

5. Insuper quæstionem civilem & criminalem non posse dividi, sed apud eundem judicem alterutro partium desiderante utramque debere agi, quoties utraque ex una causa vel uno facto oritur, traditum a Mynsinghero *cent.* 1. *observ.* 97. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 32. *num.* 11. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 87. Brunnemanno ad *l.* 10. *C. de judiciis.*

6. Denique, curatore bonis dato creditores omnes obærati debitoris ad universale judicium concursus ac prælationis venire debere propter causæ continentiam, licet diversis in locis morentur, & patrimonium debitoris per varia loca dispersum sit, dicetur *t. qui potiores in pign.* Confer de causæ continentia Mindanum *de processibus executivis lib.* 3.

TITULUS III.

De Servo corrupto.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio de corrupto, cui, contra quem, & ad quid detur? Quid juris, si corruptio tentata, sed servus corruptus non sit?*
2. *Actio hæc non infamat.*
3. *Nec mere pœnalis, nec tantum rei persecutoria, sed pœnalis mixta in duplum est.*
4. *Cum actione de servo corrupto concurrere potest accusatio, velut ex crimine extraordinario.*
5. *Utilis actio de servo corrupto datur, si corrupti sint mores filiifam. uxoris, subditorum, monachorum, militum ad id, ut derelicta cohorte, in qua militant, alteri cohorti vel legioni nomen dent.*

1. QUam periculi plena res tum publice tum privatim sit morum servilium corruptio, testatum abunde fecerunt execranda, quæ inde profluxerunt rerum novarum molimina, conspirationes, & intestina ac velut domestica in dominos bella, a servis suis dominos ipsos duris legibus, execrabili delicto distractos, habet *l. moveor* 4. *C. si servus export. veneat.* Tyriis a servis heros omnes Tyrios una tempestate crudelissime jugulatos fuisse, vix uno servato Stratone, mox incredibili latronum consensu in Regem electo, Justinus commemorat *lib.* 18. *cap.* 3. Et cui, quæso, ignota, scelerata servorum Romanorum in dominos audacia, quæ in nefanda tandem bella servilia semel iterum tertioque sic erupit, ut oppida, urbes, provincias a collecto mancipiorum vilissimorum exercitu digniisque tam infami turba ducibus oppugnatas, captas, direptas, viderimus; exutos castris suis Pratores Manlios, Lentulos, Pisones, Servilios, alios, sæpiusque in fugam actos.

orbis dominos ab illis, quos ipsi per fugitivarios ex fuga reducere debuissent, & herili compescere auctoritate. Florus *lib.* 3. *cap.* 19. Adde Livium *lib.* 3. *cap.* 15. & *seqq. lib.* 4. *cap.* 45. *lib.* 32. *cap.* 26. *lib.* 33. *cap.* 22. Non mirum ergo, si primis malorum tantorum principiis occurrendum mature censuerint Quirites, ac suo præcipue edicto Prætores, proposita de servo corrupto actione: quæ est personalis arbitraria, arg. *l. ut tantum* 14. §. 2. & *pen. ff. h. t.* competens domino & ejus heredibus in perpetuum, *l. hac actio* 13. *ff. h. t.* non tantum, si manserit in potestate domini, vel in hereditate; sed & si exierit, forte legatus aut mortuus aut manumissus aut alienatus, *l. doli verbum* 5. §. *ult. l.* 6. 7. 8. *l. pen. ff. h. t.* Uti & jus pignoris, ususfructus, aliudve simile habentibus, *l. si quis servum* 9. §. *si in servo* 1. *l. ut tantum* 14. §. *si is* 3. & §. 4. *ff. h. t.* adeo ut concurrente domino ac fructuario aut similibus, directa domino, fructuario utilis actio detur, *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* Socio quoque ob corruptos ab altero socio communis servi mores; licet & pro socio & communi dividundo actio tunc locum habeat, *d. l. si quis servum* 9. *pr. ff. h. t.* Non tamen bonæ fidei possessori, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Contra eum, qui mores servi dolo corrupit, servum recipiendo, aut ei quid persuadendo, quo ipsum faceret deteriorem; aut sollicitando, aut jam malum hortando, instigando, laudando, malitiæ augendæ causa, aliisque modis pluribus recensitis in *l.* 1. *pr.* §. 3. 4. 5. *l.* 2. 3. *ff. h. t. l. adversus* 4. *C. de furtis & servo corrupto*, etiam adversus mulierculas, apud quas servi nostri cum tempore pecunias simul consumunt, *l. pen. ff. h. t.* Nec interest, utrum corrumpens extraneus sit, an dominus aut fructuarius servi corrupti, aut creditor, cui servus fuit pignori obligatus, *l. si quis servum* 9. §. 1. *l. ut tantum* 14. §. *si is, in quo* 3. & 4. *ff. h. t.* vel putaverit hominem esse liberum, cujus mores corrumpebat, *l. doli* 5. §. 1. *ff. h. t.* licet ex opposito non detur contra eum, qui hominem liberum corrupit, quem putabat servum esse, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* nec contra eum, qui dolo caret, veluti si ex misericordia vel humanitate servum alienum receperit, *l. doli* 5. *in princ. ff. h. t.* (quo tamen casu ob culpam ex capite secundo legis Aquiliæ agi posse, probatum *t. ad leg. Aquil. n.* 4.) nec contra parentem aut patronum, *l. parens* 5. §. 1. *l.* 6. 7. *ff. de obsequ. parent. & patron. præstandis*, nec contra bonæ fidei possessorem; quippe qui dolo caret, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* nec contra corrumpentis heredes, *l. hac actio* 13. *ff. h. t.* Agitur vero ad id ut præstetur duplum, non servi totius, sed damni corrumpendo dati, & rerum, quas servus fugiendo secum abstulit, *l. si quis* 9. §. *pen.* & *ult. l.* 10. *l. ut tantum* 14. §. *in hac* 5. *ff. h. t.* aut in quibus damnum dedit, *l. ut tantum* 14. §. *bis* 6. & 7. *ff. h. t.* non tamen rerum, quas, dum in fuga servus erat, furto abstulit, aut in quibus postea quadam quasi consuetudine peccavit, *l. Neratius* 11. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Plane si uxor servum corruperit, ob matrimonii reverentiam exemplo actionis rerum amotarum non in duplum sed simplum hæc actio est, *l. ult. ff. h. t.* & qui reipublicæ servum sollicitavit, cum eo alterum tantum restituere, & duodecim solidos præstare tenetur, *l. mancipia* 5. *C. de servis fugitivis*, quod si tentata quidem corruptio fuerit, & malevolum appareat ad probitatis servilis perniciem propositum, servus autem deterior factus non sit, actionem de servo corrupto cessare necesse est, eo quod nullum, quod dupletur, damnum apparet, arg. *d. l.* 14. §. *in hac* 5. *ff. h. t.* Firmatque hanc sententiam exceptio contra communes regulas in eo, qui servo alieno suasit, ut is domino proprio furtum faceret, cujus furti faciendi pronior faciliorque, quam alterius delicti, occasio est. Vide §. *sed & si credat* 8. *Inst. de oblig. quæ ex delicto*, *l. si quis servo* 20. *C. de furtis & servo corrupto*.

2. Ceterum hæc actio non infamat, *l. parens* 5. §. *sed nec* 1. *l.* 9. & 7. *ff. de obsequiis parent. & patr. præstandis*. Licet enim turpis actio dicatur, *l. nec quicquam* 56. *ff. pro socio*, quatenus scilicet doli vel fraudis mentionem habet: non tamen ideo infamans est; pluresque turpes, famosæ pauciores actiones sunt. Et quod prætor dicitur *notare* calliditatem ejus, qui corrupit, *l. dolo malo* 3. *ff. h. t.* eo ipso nos infamiæ nota intelligitur; sed magis, quod prætor coercet calliditatem corrumpentis, sic ut sine dolo malo corrumpens non *teneatur*, ut in *d. l.* 3. JCtus ait. Ita enim *notare* in jure nostro non semper est infamare, sed quandoque idem significat, quod *reprehendere & improbare*, *l. metum autem* 9. §. *ult. ff. quod metus causa l. Titia filiam* 13. *in fine ff. de inof. testam.* atque etiam *coercere* ac *punire*: quo sensu exheredationes dicuntur non semper *nota causa fieri*; id est, non semper ad coercendam ingratitudinem filii exheredati, ac puniendam hereditatis ademtione, *l. multi* 18. *ff. de liberis & posthumis*, *l. Paulus respondit* 47. *ff. de bonis libert.*

3. Non etiam mere pœnalis est, ut præter duplum superesset rei persecutio, sed pœnalis mixta, ut duplo insit ipsa res, *l. ut tantum* 15. §. *in hac* 5. *ff. h. t.* Multo minus tantum rei persecutoria: neque id dictat *l. hac actio* 13. §. 1. *l.* 14. *ff. h. t.* cum ibi hæc actio non assimiletur hereditatis petitioni, sed magis petitio huic actioni de servo corrupto: sic ut & ipsa hereditatis petitio hoc casu pœnalis mixta in duplum sit. Nec adversatur hisce, quod, ubi cum petitione hereditatis concurrit ex lege Aquilia actio, quæ ex inficiatione in duplum creverat, petitio tamen hereditatis tantum in simplum detur, *l. item veniunt* 20. §. *cum prædiximus* 4. *ff. de petit. hered.* Etenim in simplum tantum est tunc hereditatis petitio, quia & ex lege Aquilia actio secundum ordinariam sui naturam in simplum tantum comparata est, ex inficiatione, adeoque novo quodam delicto, demum in duplum. Quo modo etiam, si actio in factum ex jurejurando detur in causis illis, in quibus ex inficiatione in duplum lis crescit; tamen hæc in factum actio, seu adjectitia qualitas non in duplum sed simplum est, *l. eum, qui* 30. *ff. de jurejurando.* At de servo corrupto actio semper ex sua natura in duplum est; ut proinde & in duplum esse debeat petitio hereditatis illis in casibus, quibus huic actioni assimilatur.

4. Concurrere vero cum hac actione potest etiam accusatio, velut ex crimine extraordinario, *l. in eum* 5. *ff. de extraord. crimin.* maxime, si actor seu dispensator rerum dominicarum corruptus esse dicatur, vel hujusmodi servus, ut non ad solam jacturam adversus substantiam, sed ad to-

tius domus eversionem pertineat, *l. ult. ff. de offic. præsid.*

5. Est & actio utilis de servo corrupto, patri accommodata ob corruptos mores filiifamilias vel filiæf. adversus corrumpentem, secundum ea, quæ de servis supra dicta: in id quod interest animum liberorum non esse corruptum, integramque mansisse domus famam ac dignitatem, sine luxuria, protervia, stuprorum ignominia, aliisque similibus, *l. ut tantum* 14. *de filio* 1. *ff. h. t.* quæ & ad maritum videtur extendenda propter corruptos uxoris mores agere volentem, ad exemplum interdicti de liberis exhibendis, patri competentis, sed ad maritum producti, arg. *l. imo magis* 2. *ff. de liberis exhibendis*, atque insuper ad corruptos subditorum, monachorum, aliorumque similium mores ab interpretibus non inepte invenitur translata. Nec dubium, quin huc quoque reducendi sint præfecti militares, aliique similes, si alterius cohortis milites in id corrumpant, ut derelicta cohorte, in qua militarunt, alterius cohorti, turmæ, vel legioni se adscribi patiantur. Quos etiam ob id cinguli militaris privatione, ac corporali pœna coercendos esse, in Belgio fœderato constitutum est 7. *Feb.* 1673. 16. *Feb.* 1674. & 29. *Dec.* 1674. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 170. 184. 188.

TITULUS IV.

De fugitivis.

SUMMARIA.

1. *Qui dicantur fugitivi; qui pro talibus non habeantur; quo modo fugitivus distet ab errone?*
2. *Quid sint* fugitivarii, *quid* indicium?
3. *Quis, & quo modo servum fugitivum comprehendere possit? quo modo latitans fugitivus inquiri?*
4. *Quo modo coerceantur, qui dolo fugitivum occultarunt? quo modo ipsi fugitivi?*
5. *Jura de fugitivis transferri possunt ad damnatos ad triremes aut ergastula, si evaserunt; ad uxores, liberos homines proprios fugientes aut latitantes; ad subditos, qui contra Principum interdicta alteri populo operam navant: ad milites, qui a præfecto nondum missi, nomen alteri cohorti dant.*
6. *Parentes, cognatos, vicos aut pagos unde oriundi milites, non posse inquietari ob id, quod milites fugiunt aut latitant.*

1. QUia suadendo fugam servis serviles mores corrumpuntur, ordo desiderabat, ut de *fugitivis* ageretur, quales sunt, qui fugæ causa extra domum domini morantur, ea mente, ne redeant, etiamsi mutato forte consilio ad eum revertantur; animus enim primus non redeundi nocentes facit: unde fugitivus non est ille, in quo mens talis non apparet, quales sunt, qui fugiunt dominum iratum, quoad iracundia deferbuerit; quique confugiunt ad statuas Principum aut asyla, ut dominus eos vendere jubeatur; & qui plagas domini metuentes ad amicum pro se deprecaturum sese proripuerunt, *l. si quis sit* 17. *pr. & §§. seqq. ad §.* 14. *l. bovem* 43. *§. qui ad amicum* 1. *ff. de ædilit. edict. l. fugitivus* 225. *ff. de verb. signif.* Per hanc vero mentem non redeundi distincti fuerunt fugitivi ab *erronibus*, qui non quidem fugiunt, sed frequenter sine causa vagantur, & temporibus in res nugatorias consumtis serius domum redeunt, *d. l. quis sit* 17. *§. erronem* 14. *& seqq. ff. de ædilitio edicto §.* licet in hoc titulo sub fugitivo & erronem comprehendi, Ulpianus scribat, *l.* 1. *§. fugitivum.* 5. *ff. h. t.*

2. Fugitivorum occasione *fugitivarii* erant, qui fugitivos inquirebant & dominis indicabant, aut ad eos reducebant; pro quo *indicium*, id est præmium aliquod seu mercedem accipere poterant aut pacisci, *l. solent* 15. *l. si apud te* 18. *ff. de præscript. verbis, l. idem* 4. *§. ult. ff. de condict. ob turp. causam,* quorum & Florus meminit *libr.* 3. *c.* 19. cum de bellis servilibus ac servorum in dominos victoriis agens, ait, *itaque qui per fugitivarios distrahi debuissent, prætorios duces profugos ipsi sequebantur.* Adde Cujacium *libr.* 11. *observ. cap.* 18.

3. Quamvis autem nemo fugitivum alienum indicare, detegere, aut apprehendere teneatur, *l. qui vas* 48. *§. qui furem* 1. *l. furtum non committit* 62. *ff. de furtis*, tamen unusquisque, qui fugitivum apprehendit, in publicum deducere debet, id est, vel magistratibus municipalibus vel publicis ministris tradere, diligenter etiam vinculis custodiendum, ne evadat; donec ad præfectum vigilum vel præsidem deducatur, & ejus nomen ac notæ, & cujus se esse dicat, ad magistratus deferantur, quo facilius dignoscatur per dominum ac recipiatur *l.* 1. *§.* 3. 4. 6. 7. 8. *l.* 4. *ff. h. t.* a nullo apprehensum fugitivum, sed latitantem requirere dominus potest, atque etiam publica munitus auctoritate, puta, literis præsidis, quandoque & apparitore, facultatem habet ingrediendi tam Cæsaris quam senatorum & paganorum prædia, scrutandique cubilia atque vestigia occultantium; mulcta centum solidorum imposita tum magistratibus minoribus ac militibus stationariis, qui, literis acceptis, inquirentes non adjuvant, tum illis, qui quæri apud se prohibent, *l.* 1. *§. hoc autem* 2. *l. divus* 3. *ff. h. t.*

4. Ceterum, uti fugitivi furtum suis faciunt dominis per fugam, *l.* 1. *C. de servis fugitivis*, ita quoque qui servos fugitivos dolo malo scientes prudentesque celarunt, furti, ex jure Pandectarum, tenentur, *l.* 1. *pr. ff. h. t. l. qui vas* 48. *§. qui furem* 1. *ff. de furtis*, sed jure novo celantium pœna est quod servum fugitivum, si fiscalis sit, cum duodecim argenti libris fisco restituere; sin privatorum fuerit, cum altero tali vel solidis viginti repræsentare domino compellantur; & cum duobus aliis, aut solidis quadraginta ob repetitam occultationem; æstimatione judicis castigandi corporaliter, si solvendo non sint, *l. quicunque* 4. *l. pen. C. de servis fugitivis*. Ut tamen a pœnis hisce excusandi sint, qui non dolo sed errore probabili ducti receperunt vel occultarunt, cum putarent liberum esse; quique vel humanitate vel misericordia moti, vel ut domino custodirent, *l. doli verbum* 5. *ff. de servo corrupto, l. quicunque* 4. *in med. C. h. t. de servis fugitivis*. Nec fugitivorum restitutionem impedit, quod in arenam sese dederint, *l. ult. ff. h. t.* Et, si simplices fugitivi sint, etiam simpliciter dominis sine alia coercitione publica videntur reddendi: sin pro liberis se gesserint, gravius coercendi, *l. fugitivi* 2. *ff. h. t.* junct. *l. si quis dicat.* 5. *ff. de manumissionibus*, si ad barbaros transa-

tantes deprehendantur, eos aut pede amputato debilitari, aut metallo dari, aut alia extraordinaria affici pœna, constitutum est, *l. si fugitivi* 3. *C. de servis fugitivis.*

5. Dicta hactenus de fugitivis non inepte nostris ac aliorum moribus ad eos transtuleris, qui ad triremes damnati inde aufugerunt; aut ergastulis publicis inclusi eruperunt evaseruntque; nec non ad monachos monasteria deserentes; ad liberos, uxores, homines proprios, a parentibus, maritis, dominis profugos, Perezius *ad. tit. C. de servis fugitivis num. ult.* Sed & ad subditos, qui contra manifesta Principum suorum prohibitiones territorium egrediuntur, ut vel nomen militiæ peregrinæ dent, vel alteri Principi aut populo suam operam aut artificium in patriæ propriæ præjudicium addicant, veluti ad exercendam navium fabricam, balænarum capturam, navigationem in Indias, civium propriorum deprædationes terra marique instituendas; contra quos placita plura per Fœderati Belgii Ordines concepta vide *vol.* 2. *placitor. Holland. libr.* 4. *tit.* 13. *pag.* 291. *& seqq. ad pag.* 315. & *vol.* 3. *p.* 242. *& seqq.* item *Artikel-Brief van d'Oost Indische Compagnie art.* 29. *d. vol.* 3. *pag.* 1314. insuper ad milites illos, qui alteri centurioni nomina sua dederunt, antequam essent a priore dimissi, de quibus leges militares, vulgo *Militairen Artikel-Brief* 13. *August. anni* 1590. *art.* 16. 17. 56. 70. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 172. 173. 176. 178. & varia placita congesta *vol.* 2. *placit Holl. lib.* 3. *tit.* 12. *part.* 1. *pag.* 274. *& seqq. ad p.* 487. præsertim *placitum Ordin. general.* 3. *Novembris anno* 1601. *vol.* 2. *pag.* 2243.

6. Illud interim haud prætermittendum, illos quidem ipsos, qui post nomen militiæ datum militare nolunt, sed fugiunt aut latitant, coercendos esse; at eo nomine neque parentes fugientium aut latitantium, neque vicos aut pagos, quorum incolæ fuerunt præfectis militaribus ullo modo teneri; secundum placitum Ordinum Generalium 4. *Augusti anni* 1603. *sæpius deinde renovatum art.* 6. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 114.

TITULUS V.

De Aleatoribus.

SUMMARIA.

1. *Quales ludi liciti fuerint apud Romanos, & quantum potuerit hisce maximum esse victoriæ præmium ex sponsione?*
2. *Illicitus est alea ludus, & similes. Valet promissio, quâ quis se obligat ad id, ne alea ludat, & pœnam pollicetur, si luserit.*
3. *Quæ pœnæ sint aleatorum, & aleatores recipientium? an ipsis impune furtum injuria fiat? an & per quos condici possit, quod in alea amissum?*
4. *Quæ sit pœna cogentium ad ludendum, vel instigantium filiosfam. alienos? et de non præstanda evictione rei in alea vendita. An tertius, qui ludenti mutuam dedit pecuniam, repetere mutuum possit?*
5. *Quid si mutuum numeraverit collusor ipse, vel aleatorum receptator?*
6. *Quid moribus obtineat circa pœnas aleatorum? An et quando hodie amissa in alea repeti possint?*
7. *Amissa in alea, sed necdum soluta, an peti possint, si victus victori expromissores aut fidejussores aut pignora dederit?*
8. *Quæ in colludentibus obtinent, etiam locum habent in iis, qui de ludentium victoria sponsiones ineunt; et in genere, quid jure Romano circa sponsiones obtineat?*
9. *Si præmium sponsionis apud tertium depositum sit et victori redditum, an repeti possit? et, quid si necdum redditum sit victori, vel nondum victor appareat, an repetere quisque invito altero possit, qui ita deposuit?*
10. *De urnis seu ollis fortunæ* (Loteryen) *& sponsionibus antiquis judicialibus; & qui sint videndi de aleatoribus?*

1. Ludi apud Romanos alii liciti fuerunt, alii illiciti. Liciti, in quibus ars dominatur, ac de virtute certamen est; quales quinque recenset Imperator in *l.* 1. *& ult. C. h. t.* puta, monobolon, contomonobolon, quintanum contacem sine fabula perichyten, & hipicem. Quod & Paulus jurisconsultus fere expressit, cum ait, licitum fuisse, ex senatusconsulto certare *hasta vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, l. solent* 2. §. 1. *ff. h. t.* Nec dubium, quin pleraque hæc ludorum genera, a Græcis primitus adinventa, a Virgilio magna ex parte in libro 5. Æneidos delineata Romam deinde translata fuerint; dum memoriæ proditum, Herculem ante Romam conditam ludos Olympiacos instituisse singulis quinquenniis repetendos, ut Græciæ juventus sese exerceret cæstibus, cursu, saltu, disco, & palæstra, continuato quinque diebus certamine, ac victoribus olea coronatis, quibus & hic honor habeatur, ut sublimes currui insidentes, non per portam, sed per murorum dejectorum ruinas patriam intrarent. Confer Demsterum *in notis ad Rosini antiquit. lib.* 5. *cap.* 1. Natalem Comitem *mythologiæ lib.* 5. *cap.* 1. 2. 3. 4. His itaque certare ludis uti turpe habitum non fuit, ita & præmium victoriæ proponere, & in pecuniam, vel in id, quod in convivio vescendi causa ponitur, ludere, adeoque de victoria sponsionem inire legibus variis permissum legimus, *h. l. solent* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. *pr. ff. h. t.* dummodo secundum jus novum in singulas commissiones seu singulos congressus aut vices, non ultra solidum unum a ditioribus collusoribus deponatur, ab aliis longe minus, *l.* 1. *in fine*, *l. ult. in med. C. h. t.* Nam si in immodicam pecuniam lusum fuerit, amissum repeti potest, promissum peti nequit, *d. l.* 1. *in fin. C. h. t.* Quo fundamento reum, etiam contumaciter se non sistentem, cum ut victus ex ludo *scacborum* seu regio in magnam quantitatem a victore conveniretur, absolutum fuisse sententia judicis, commemorat Josephus de Sesse *decis. Aragoniæ* 144. *n.* 11. *& seqq. & in motivis subjunctis.* Adde statuta Antwerpiensia *tit.* 54. *art. ult.*

2. Illiciti ludi sunt, in quibus sors prædominatur, nec pro virtute certamen fit; qualis est alearum, & similium ei affinium, *l. in quibus* 3. *ff. h. t. l.* 1. *l. ult. C. h. t. l. ult.* §. 1. *C. de episcop. audient.* Etsi enim in rebus seriis insignis sæpe ac necessarius

probatusque sortium usus fuerit, §. *optionis* 23. *Instit. de legatis*, *l. ult. in pr. C. commun. de legatis*, *l. sed cum ambo* 14. *ff. de judiciis*, etiam in ipsis judicibus ex decuriis eligendis (confer Pelletum *historia fori Romani lib.* 5. *cap.* 7. *fere in pr.*) tamen extra necessitatem per jocum lusumque abiti sorte, variis ex causis probrosum habitum, *d. l.* 6. & *ult.* Unde & animi vitiis adnumeratum a Jurisconsultis Romanis aleatorem esse; æque ac turpe creditum, vinarium quem, aut gulosum existere, aut impostorem, aut mendacem, aut litigiosum, *l. ob quæ* 4. *§. item* 2. *l. adilit.* 25. §. *hoc autem* 6. *ff. de adilit. edict.* Ut proinde valide censeri debeant omnes illæ conventiones, quibus id agitur, ut a ludis hujusmodi improbatis abstineatur; veluti, si alteri quis certam promiserit pecuniæ quantitatem aut rem velut pœnam, si aliquando alea luserit. Si enim licitæ sint stipulationes pœnales circa negotia & facta, quæ natura sua nec honesta nec turpia, sed moraliter, ut loquuntur, indifferentia sunt, ad id ne fiant, & pœna solvatur si facta sint, §. *ult. Instit. de verbor. oblig.* longe magis probandæ fuerint, si interponantur pro arcendis iis, quæ aut naturali aut civili ratione turpia habita legibusque interdicta. Nam & cum mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata esset ducenta, *si concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetiisset*; responsum fuit, nihil causæ esse, cur ex stipulatione, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam adsequi non posset, *l. ex ea parte* 121. §. *mulier* 1. *ff. de verbor. oblig.* Quibus non contradicit Ulpianus, dum ait, si ob maleficium, *ne fiat*, promissum sit, nullam esse ex hac conventione obligationem, *l. juris gentium* 7. §. *si ob maleficium* 3. *ff. de pactis*, cum non alius istorum verborum sensus sit, quam quod obligatio nulla nascatur ex ea conventione, qua quis alteri promisit dare, si is, cui facta promissio, a maleficio abstineret, veluti, quando Titius Mævio centum promittit, ne is sacrilegium aut furtum faciat, neve hominem occidat. Nec mirum, cum & datorum repetitio tali in casu per condictionem ex turpi causa a jure concessa sit, auctore ipso Ulpiano in *l. ut puta* 2. *ff. de condict. ob turpem causam*, Johan. Papon *lib.* 10. *tit.* 1. *arrest.* 1. *in notis*, & *in appendice arrest.* 1.

3. Ceterum variæ per leges Romanas pœnæ in odium aleatorum constitutæ sunt: nam qui domum præbuit ad ludendum, si eo tempore furtum ei domi suæ factum sit, vel ubicunque & quandocunque fuerit pulsatus, verberatus, injuriam, damnumve passus, sive a lusoribus, sive ab aliis, nec pœnalem nec rei persecutoriam eo nomine actionem habet. Collusoribus tamen hæc passis actiones haud denegatæ, quamvis & hi indigni videantur, *l.* 1. *pr.* & §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* Nec est, quod quis putet, ea ratione ad delinquendum unumquemque invitari: cum potius, si certiorem sequamur rationem, id ita cautum sit, ad vindicandum delictum eorum, qui aleatoribus præbebant occasionem locumque ludendi. Nam cum ad impediendum hunc ludum, propter frequentiam ejus, non sufficeret prætor ceterique magistratus, singuli ad puniendum aleatorum receptatorem auctoritate publica per edictum prætoris fuerunt armati; eo fere modo, quo id etiam factum in toto titulo, ac præcipue in *l. ult. ff. quod quisque juris in alterum statuerit.* Insuper domus, in qua lusum est, publicatur, *l. ult. C. h. t.* pecunia in alea amissa non exigitur, sed potius data super aleæ ludo cautio irrita est ac condici potest, quin & id, quod ex alea jam solutum fuit, repeti per ludentem aut heredes ejus, ut & per patrem vel dominum ejus, qui in alea amisit; vel per fiscum aut episcopum vel præsidem, erogaturum recuperata in publicos usus; vel denique per quemlibet ex populo intra annos quinquaginta, *l. ult.* §. 1. *ff. h. t. l.* 1. *l. ult. C. h. t.* ita ut non modo victor ipse, sed & heredes ejus ad restitutionem compellendi sint, *d. l.* 1. *C. h. t.* pater etiam ac dominus filiifamilias aut servi victoris, saltem quatenus ex eo lucro turpi in peculio est, *d. l. ult.* §. 1. *ff. h. t.*

4. Adhæc cogens alterum ad ludendum, sive ab initio, sive dum victus victorem retinet, extra ordinem coercendus est, ita ut vel pecuniaria mulctetur mulcta, vel in latumias aut vincula publica ducatur, prætoris arbitrio, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. h. t.* Sed & instigans servum aut filiumfamilias ad ludendum patri vel domino injuriarum tenetur, vel servi corrupti actione, *l. si quis servum* 26. *ff. de injuriis*. Denique si aleator in alea rem vendat, & evicta re conveniatur, emtorem exceptione venditionis in alea contractæ potest summovere, *l. si filiofamilias* 2. §. 1. *ff. quarum rer act. non datur*, *l. in exceptionibus* 19. §. *ult. ff. de probation.* Plane, si quis ludendi mutuam in alea dederit pecuniam ludendi causa, mutuum repetere nuspiam in jure nostro prohibetur; & repetitionem istius mutui suadet argumentum ex *l. quod si servus* 5. §. *nec non* 6. *ff. de in rem verso*, ubi in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumtus subministravit, eo quod non spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini. Si enim de in rem verso actio detur, cum pecunia servo credita ad turpes sumtus domino per servum subministrata est, quidni & directa competeret ex mutuo condictio, ubi domino sine intermedio servi ministerio in turpem aleæ ludum mutuum datum est? Facit quoque eo, quod in *d. l.* 2. §. 1. *ff. quarum rerum actio non datur*, emtis in alea celebrata haudquaquam irrita dicitur, sed potius firma esse ac valida supponitur, ac sola de evictione actio emtori denegatur; quæ denegatio actionis de evictione inanis omnino fuisset, si non substitisset venditio in alea contracta; cum in eo casu, quo emtio nulla est, disputatio quoque de evictione ac lis nulla esse queat. Tuenturque hanc sententiam Parladorius *rerum quotidian. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 12. 13. Carpzovius *practica criminali part.* 3. *quæst.* 134. *num.* 27. Berlichius *decis.* 66. *num.* 6. (dissentit Groenewegen *de ll. abrog. ad Pand. h. t. n.* 6.) Nec recte in contrarium adducitur *l. si quis cum sciret*, 8. *ff. pro emtore*, in qua Julianus improbare videtur emtionem ab eo factam, qui pretium numeravit venditori, cum sciret ipsum id mox scorto daturum, quando ait: *si quis, cum sciret, venditorem statim pecuniam consumturum, servos ab eo emisset, plerique responderunt, eum nihilominus bonæ fidei emtorem esse; idque verius est: quo modo enim mala fide emisse videtur, qui a domino emit? nisi*

forte & is, qui a luxurioso & protinus scorto daturo pecuniam servos emerit, non usucapiet. Etenim verba posteriora non tam priorum restrictionem continent, aut quandam exceptionem, sed magis praecedentium confirmationem; ut ita sensus legis sit, bonae fidei emtorem esse & eum, qui scit, venditorem statim pecuniam consumturum; non enim posse videri mala fide emisse, qui a domino emit: nisi quis simul vellet contendere, eum malae fidei possessorem esse, ideoque nec usucapere posse, qui servos emit a luxurioso & protinus scortis pecuniam daturo; quod tamen falsum est; eo quod sola rei alienae conscientia, non item pravi corruptique venditoris mores, emptorem efficiunt malae fidei possessorem. Atque hinc illud tanquam singulare fuit adnotatum in minore, quod ille adversus venditionem rerum a se factam restitutus, emtori reddere pretium non tenetur, si is tunc numeraverit, cum eum perditurum non ignoraret: sicut etiam contingit in ea pecunia, quae minori consumturo credita est, vel meretrici ex mandato adolescentis luxuriosi numerata, ut fere ait Paulus in *l. quod si minor* 24. *§. sed & si* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, & Ulpianus *l. si vero* 12. *§. si adolescens* 11. *ff. mandati.* Neque ab usu jurisconsultorum nostrorum, aut auctorum probatorum alienum est, phrasiologiam illam *nisi forte & is* in *d. l.* 8. *ff. pro emptore* occurrentem non restringendi sed illustrandi ac magis urgendi causa usurpare, ut id a Celso factum in *l. Labeo* 7. *§. ult. in fine ff. supellectile legata*, & pluribus doceretur a Parladorio *rerum quotidianarum lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 13.

5. Haec ita, si tertius quis aleatori in ludum mutuam numeraverit pecuniam, nec lex municipalis aut consuetudo constant contrarium induxerit, uti id Antwerpiae invaluisse constat, *consuet. Antwerp. tit.* 54. *art.* 19. Quod si a collusore victore id factum sit sive directo, sive per interpositam personam, vel etiam a colludentium receptatore, repetitionem talis crediti cessare, frequentius interpretibus placuisse video. Paris de Puteo *tractatu de ludo n.* 15. *& seqq. ad n.* 2. Caccialupus *de ludo quaest.* 8. Stephanus Costa *de ludo sexto art. principali*, Parladorius *rerum quotidian. lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 14. *& seqq.* Berlichius *dec.* 66.

6. Hodiernis tamen moribus vulgo non tantum aleae aut aleatorum odium est (nisi quod ad advertendam rixarum occasionem vetitum est sub poenae arbitrariae comminatione, ne quis aleam aliave similia aleae ad ludendum instrumenta in navem bellicam inferre sustineat. *Artikel-Brief rakende den oorlog ter Zee* 1. *Decemb.* 1690. *art.* 56.), adeoque nec tanto excipiuntur rigore aleatores aut eorum susceptores, atque quidem jure civili. Nam neque domus nunc publicari solet, nec impune susceptori aleatorum injuria vel furtum fit, teste Groenewegio *l.* 1. *ff. h. t.* Manente interim eadem, quae quondam, turpitudine; etiam illis ipsis in locis, quorum incolis olim ex privilegio permissus legitur aleae ludus; uti id Delphensibus & Monachodamensibus ex Comitum Hollandiae concessione licuisse, refert Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 116. ibique Groenewegen *in notis*. Quo fit, ut nunc, quicquid in alea amissum quidem at necdum solutum est, exactionem non habeat, nec de eo jus dicatur; & ex adverso quoque repetitio ejus, quod in alea amissum ac solutum est, haud indulgeatur; adeoque nunc illud obtineat in aleatoribus, quod jure communi Romano extra aleae odium servatum fuit in casu, quo par promittentis & stipulantis, vel dantis & accipientis turpitudo erat (uti revera etiam in collusoribus turpitudo aequalis est), meliorem nempe pari in turpitudine possidentis quam petentis aut repetentis conditionem esse; nec ex turpi causa promissi petitionem, nec soluti repetitionem dari, *l. penult. ff. de condict. ob turpem causam*, consuetudines Antwerpiae *tit.* 54. *art.* 17. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 117. Neostadius *Curiae Holl. decis.* 58. Carpzovius *tract. crim. par.* 3. *quaest.* 134. *n.* 26. Josephus de Sesse *decis. Arragoniae* 144. *n.* 20. *& n.* 31. *& seqq.* Groenewegen *de ll. abrogatis ad Pand. h. t. num.* 1. 2. Eo excepto, quod in Indiam orientalem aut occidentalem navigantibus repetitio ejus, quod alea in navi amissum est, Ordinum generalium placito non uno invenitur concessa. *Artikel-Brief van de Oost Indische Compagnie anno* 1658. *art.* 77. 78. *vol.* 2. *placitor. pag.* 1293. item *anno* 1672. *art.* 77. 78. *vol.* 3. *pag.* 1320. item *Artikel-Brief van de West-Indische Compagnie anno* 1675. *art.* 46. *vol.* 3. *pag.* 1351. Quodque consuetudines Antwerpienses solutum reposci permittunt, quoties non numerata pecunia, sed vestes aut res aliae, certo pretio aestimatae, in alea sunt positae & amissae *tit.* 54. *art.* 18. Quo modo & olim Leydae atque Amstelodami jus fuit, ludentem ipsum ac uxorem ejus & consanguineos condicere potuisse, quicquid ultra argenti unciam aut aestimationem ejus alea perdidisset; teste Grotio *Manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 118. 119. & Groenewegio *ibidem in notis*. Sane si falsitas in ludo commissa, ac per hoc victoria obtenta probetur, vix est, ut non quibuscunque aleatoribus, sive in pecuniam sive in res alias quascunque ludentibus, repetitio concedatur; quasi non tunc par sit colludentium turpitudo, ac propterea nec melior esse debeat conditio victoris possidentis, tum ludi probrosi tum falsitatis & doli opprobrio laborantis; dum sola ludi turpitudo in victo apparet, Groenewegen *de leg. abrog. ad Pand. h. t. num.* 3.

7. Neque obligationi amissorum in alea necdum solutorum, sed tantum promissorum, de quibus victo fidem victor habuit, firmitatem addet, quod forte aleator fidejussores, aut pignora vel expromissores dederit collusori vincenti in quantitatis amissae securitatem: cum enim tota principalis obligatio ex alea descendens senatusconsulto Romano moribusque improbata sit, *l. solent* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* nec pignus accessorium tenere debet, nec in fidejussores aliosque similes efficax actio danda est; sed potius repetendi pignoris licentia concedenda, etiam non soluto eo, quod amissum erat; idque argumento eorum, quae de mulieris intercedentis fidejussoribus pignoribusque datis tradita inveniuntur, *l. si mulier* 16. *§.* 1. *l. ult. §. si mulier* 1. *ff. ad Senatuscons. Vellejanum*, Statut. Antwerpiens. *t.* 54. *art.* 20. Parladorius *rerum quotid. lib.* 2. *c.* 7. *n. ult.* Ant. Matthaeus *de auctionibus lib.* 1. *c.* 19. *n.* 75.

8. Quae de datis aut promissis per colludentes dicta, ad eos quoque pertinent, qui de horum colludentium victoria sponsionem datione vel promissione inierunt. Quamvis enim Christinaeo *vol.* 2. *decis.*

93. Zypæo *in notitia juris Belgici, lib.* 3. *t. ult. de religiosis & alea ludo*, aliisque placuerit, sponsiones illas haud improbatas esse, quasi eo ipso contrahi censeretur emtio periculi, ac constitui periculi pretium, juxta *l. periculi pretium* 5. *ff. de nautico fœnore*; tamen penitius verba d. legis quintæ excutienti non potest non contraria opinio magis probari; eo quod ita demum periculi pretium constitui ibidem permittitur, *si modo in alea speciem non cadat*; cadit autem procul dubio in aleæ speciem sponsio super ipso aleæ ludo ac incerto ejus fortuitoque eventu facta; adeoque inhonesta plane hujus sponsionis causa est, sponsionem efficacem esse non sinens, *l. si gratuitam* 17. §. *ult. ff. de præscriptis verbis*. Etsi enim circa ludos illos, in quibus de virtute certamen est, sponsionem facere liceat; in aliis tamen, ubi pro virtute certamen non fit, non licet, *l. in quibus* 3. *ff. h. t. d. l.* 17. §. *ult. ff. de præscriptis verbis*, sive secundum jam dicta de incerto aleæ eventu sponsio fiat, sive extra aleæ ludum de rebus futuris quibuscunque, quarum dubius plane & incertus eventus est, non ab industria arteque humana, sed casu pendens. Quales sponsiones ideo aleæ ludo exæquatæ sunt, sic ut moribus non magis de his, quam de illis jus dici soleat, (exceptis mercium assecurationibus alibi) & velut in pari spondentium turpitudine melior possidentis quam petentis conditio sit, sive solutum sive promissum tantum fuerit sponsionis præmium victori propositum, Zypæus *notit. juris Belgici lib.* 3. *ti. ult. de religiosis & alea lusu, in fine*, Wissenbath *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 23. *n.* 18. Groenewegen ad *l.* 103. *ff. de verbor. obligat.* ibique plures citati. Imo quibus in casibus amissi in alea repetitionem mores hodierni concesserunt, iisdem etiam ejus, quod sponsione perditum fuit, reposcendi potestas est; secundum placita Ordinum generalium antea de ludo aleæ allegata. Adde Grotium *manud. ad jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 3. *num.* 114. 115. Neque sponsionibus hisce ullum in jure Romano, ut quidam perperam censent, patrocinium est; licet enim & illo & hodierno jure subsistant omnino stipulationes conditionales, etiam in incertum plane ac casualem eventum conceptæ, veluti si navis venerit, si Titius ex prælio salvus redierit, si prælio Belgæ superiores sint, si intra certum tempus pax redeat, arg. *l. a Titio ita* 103. *ff. de verbor. obligation.* quo fundamento pro sponsionum justitia ac validitate in Frisia judicatum fuit, ac plures eandem tuentur, Joh. a Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 9. *defin.* 1. Tuldenus *d.* ad *tit. C. de aleat. numer.* 3. Perezius *ad Cod. tit. num. ult.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 10. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 14. *num.* 11. non tamen ideo valent in eundem casum existentem aut deficientem reciprocæ promissiones, sponsionem facientes; eo quod tunc incipiunt aleæ prohibitæ naturam induere: nec longe abeunt ab institutionibus captatoriis, non minus hodie, quam jure civili reprobatis. Scilicet, ut institutiones heredum sub conditione etiam casuali valent, si modo instituens eo animo sit, ut hereditatem instituto quæsitam cupiat; ita quoque stipulationes conditionales subsistunt, ubi promissor id intendit primario, quod alteri velit ad dandum obligatus esse. Sed uti captatoria institutio inutilis est, quia tunc instituentis primarius scopus est, non alteri suam relinquere, sed sibi alienam captare & acquirere hereditatem; ita quoque reciprocæ illæ in eundem casum evenientem aut deficientem promissiones inutiles censendæ sunt; quia neuter promittentium id primario intendit, ut alteri obligetur; sed id unum, ut alium sibi reddat devinctum, non promissurus, si credidisset, se ex eventu obligatum futurum. Non magis certe institutioni contrarium est hereditatem velle acquirere, quam cum promissione pugnat animus acquirendæ obligationis.

9. Quod si penes sequestrem uterque spondens pecuniam aut res alias deposuerit, victori soli cessuras, & is secundum primam deponentium voluntatem victori reddiderit, vix dubium, quin ita penes victorem remanere debeant a sequestre præstita, quasi sine interposita sequestris persona victus victori amissa persolvisset. Plane ante solutionem a sequestre factam jure intercesserit tum victus, tum ante victoriam alteruter sponsionis pœnitens, ne victori sequester ea solvat, quæ pœnitens aut victus deposuit, quo facto, necesse foret, ut, quod quisque deposuit sponsionis causa, id ei a sequestre reddatur, quoties inhonesta sponsionis causa est, sic ut in aleæ ludum secundum ante dicta incidere videatur, *l. si gratuitam* 17. §. *ult. ff. de præscriptis verbis*, Ant. Matthæus *de obligation. disput.* 11. *num. ult.*

10. Ollas fortunæ quod attinet (vulgo *Loteryen*) etsi rarior ante apud nos earum usus fuerit, tanta tamen nunc, dum hæc scribo, in usus pauperum multiplicatorum frequentia est, ut jura earum a lippis magis atque tonsoribus, quam a Jurisconsultorum ordine didiceris. Et quod attinet sponsiones illas, quas & Romani veteres, & prisci Hollandi seculis superioribus frequentatas inter actorem & reum de victoria litis probarunt, de iis dictum *t. de calumniatoribus circa fin.* Interim plura de alearum ludo & sponsionibus si quis desideret, videat Paridem de Puteo, Joannem Baptistam Caccialupum, & Stephanum Costam libellis singularibus *de ludo* simul impressis in tomo septimo Oceani juris, uti & Jul. Clarum *Sent. lib.* 5. §. *ludus*, Parladorium *rer. quotid. lib.* 2. *cap.* 7. Josephum de Sesse *decis. Regni Aragon.* 144. Berlichium *decis.* 66. Carpzovium *practica criminali part.* 2. *quæst.* 134. Straccham *de mercatura tractatu de sponsionibus.*

TITULUS VI.

Si Mensor falsum modum dixerit.

SUMMARIA.

1. *Quomodo, & quibus, ac qua actione teneantur, qui falsum modum renunciarunt, jure civili & hodierno?*
2. *Tenentur & qui per alium renunciarunt falsum modum. Nihil refert, quales & qualium rerum mensores sint, etiam tabularii in computatione, æstimatores jurati in æstimatione fallentes.*
3. *Actio hæc in factum demum datur, si alia ad indemnitatem actiones deficiant; nec contra heredes datur; nec contra eos, qui nondum renunciarunt modum, sed tantum mensurationem fecerunt.*
4. *Falsi quoque accusari potest, qui dolo falsum modum renunciat; & mensura iniqua per ædiles frangi.*

1. MEnsores in finibus regundis aut cognoscendis aliisque multis negotiis adhibentur, ut modum seu mensuram renuncient; pro qua renunciatione etiam salarium seu honorarium recipiunt, non mercedem, cum neque locatio hic sit, neque opera mercenaria, sed magis ea, quæ beneficii loco præbetur, *leg.* 1. *ff. hoc t.* Sed quia interest nostra, ne fallamur in modi renunciatione, si quid tale contigerit, introducta est actio subsidiaria in factum, prætoria, perpetua, quia initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit, *l.* 1. *haec actio* 4. *ff. h. t.* quæ datur illis, quorum interest, sive emptores sint, sive venditores, aut alii quicunque per falsam modi renunciationem in damno hærentes, eorumque heredibus, ad id quod interest, *l. si duobus* 3. §. *competit* 1. & §. *pen. ff. h. t.* Contra mensorem, falsum modum dolo vel lata culpa renunciantem, non item levi; cum sibi imputare læsus debeat, quod eum adhibuerit, qui imperite aut negligenter versatus est: nisi locatione interveniente mercedem mensor perceperit pro opera præstita, quo casu non quidem de levissima, sed de levi culpa tenetur, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* atque ita hodiernis quoque moribus generaliter obtinuit, mensores non ex dolo tantum, sed & ex imperitia vel negligentia in modo dicendo, teneri. Grotius *Manuduct. ad jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 37. *num.* 17. & *seqq.* Si plures renunciaverint, in solidum quidem in singulos actio est; sed unius præstatione ceteri liberantur, *l. si duobus* 3. *pr. ff. h. t.* Servo mensore renunciante, vel de peculio vel noxale judicium datur, cum neque delictum proprie neque contractus hic sit; sed initio quidem inspecto magis ad contractus, tanquam negotium susceptum, pertinere videatur; exitu vero considerato dolus ac circumscriptio, adeoque quædam delicti species, *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.*

2. Nec interest, utrum per se an per alium renunciaverit; ex substituti enim dolo tenetur; sive ei solam commiserit renunciationem, sive cum renunciatione ipsam quoque mensurationem, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. h. t.* Nec, utrum mensor machinarius sit, qui machinula mathematica utitur, an decempedator, qui decempedalem perticam adhibet, an alius, qui alio mensuræ genere interveniente modum denunciat: sive enim mensor in agris, sive in ædibus, sive in viarum itinerumque latitudine, sive in frumenti ac rerum reliquarum fungibilium quantitate, sive in computatione & calculo tabularius, sive in operis admensuratione architectus aut redemptor operis fefellerit, adversus eum hæc actio datur, etiamsi tabularii operumque redemptores mensores non sint, *l. si mensor* 5. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *pr.* & §§. *seqq. ff. h. t.* Nec forte perperam his accensueris æstimatores rerum, qui jurati faciunt æstimationem, si iniquam renuncient. Vide *novell.* 64. & Cujacium *ad eam.*

3. Non aliter tamen conveniendus hac actione qui falsum renunciavit modum, quam si læsus alia actione consequi nequeat ab alio indemnitatem; cum hæc subsidiaria sit; ut proinde prius ex empto actio vel indebiti condictio, aut alia similis juris remedia ordinaria tentanda sint, antequam ad hanc deveniatur, *l. si duobus* 3. §. 2. *et* 3. *l. si mensor* 5. §. 1. *ff. h. t. l. arbitrio* 18. §. *de eo* 3. *ff. de dolo.* Sed nec contra heredes renunciantis hæc actio competit, *l. si duobus* 3. §. *pen. ff. h. t.* nec ei locus erit, si mensor non renunciaverit, sed tantum perperam mensuram fecerit; cum in renunciatione falsæ mensuræ delictum consistat, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* Si tamen dolo malo renunciationem mensor protraxerit, & læsus inde fuerit is, cui modus renunciandus erat, actio de dolo dari potest, *l. si mensor* 5. *pr. ff. h. t.* ubi pro *liberetur* legendum esse *læderetur*, suadet sensus legis: si enim venditor *liberatus* fuisset, cum nullum tunc posset damnum sentire, etiam de indemnitate, aut ad id, quod interest, actione doli opus non esset.

4. Ceterum ipsas mensuras falsas seu iniquas auctoritate magistratus, præcipue ædilium, frangendas fuisse, colligi potest ex *l. item quæritur* 13. §. *si quis mensuras* 8. *ff. locati*, & in falsi crimen etiam incidere eum, qui sciens prudens falsum modum dixit, & velut ex crimine extraordinario accusari posse, colligi potest ex *l. pen.* §. 1. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, *l. annonam* 6. §. *ult. ff. de extraord. crimin. l. modios* 9. *l. ult. C. de susceptor.* quandoque & in furti vitium, *l. si quis uxori* 52. §. *majora* 22. *ff. de furtis.* Adde Menochium *de arbitrar. judic. casu* 317. Rittershusium *ad novellas part.* 3. *cap. ult. in fine.*

TITULUS VII.

De Religiosis & sumtibus funerum, & ut funus ducere liceat.

SUMMARIA.

1. *Quis sit locus religiosus? quis eum possit facere? an servitutem realem debens, si noceat domino prædii dominantis? an fructuarius invito proprietario, aut vice versa?*
2. *De cenotaphio. Illatione thesauri non fieri locum religiosum; & de pretiosorum cum cadavere illatione.*
3. *Qua actione teneatur, qui cadaver non jure illatum privata auctoritate ejecit? qua actione teneatur, & quibus, qui non jure cadaver intulit?*
4. *Locus illatione cadaveris religiosus factus, desinit esse in commercio. An tunc usucapi? an & quatenus legari vendi? & quo respectu videatur in nostra esse potestate?*
5. *De sepulcbris familiaribus & hereditariis, ac hodiernis. An filius exheredatus in ea inferri possit? Et ubi secundum jus canonicum quisque sepeliri possit?*
6. *Quibus modis loca desinant religiosa esse?*
7. *Qui debeant defuncti funus curare; quid juris, si non curent illi, quibus id testator mandavit?*
8. *Quid sit actio funeraria pro repetendis impensis in funus? est ex quasi contractu. Cui detur, & contra quos? an & contra maritum pro rata lucri quod ex dote capit?*
9. *Impensa funeris omne creditum sive chirographarium sive hypothecarium antecedit, cum bona solvenda non sunt.*
10. *An & is prælationem habeat, qui res funeri necessarias vel mutuam pecuniam credidit ei, qui funus fecit?*

11. *An & is, cui actio funeraria cessa est?*
12. *An actio funeraria privilegiata etiam ei detur, qui probibente berede funus fecit, vel, cum putaret, se heredem esse?*
13. *An repeti possit sumtus in funus, si pietatis intuitu, vel nimis parce, vel immoderate factus sit? Et quid si id factum sit ex praescripto testatoris?*
14. *Recensentur plurima, quae ad impensas in funus pertinent. An & vestes, quibus conjux conjugem luget?*
15. *An & impensae in morbum postremum, an & in morbos anteriores, ex quibus defunctus convaluerat? impensae morbi postremi communiter feruntur per heredes defuncti conjugis & viduum viduamve superstitem, velut onus matrimonii.*

1. LOcus religiosus est, in quo cadaver, sive liberi hominis, sive servi, aut praecipua ejus pars, puta caput, est reconditum, *l. locum* 2. *l. cum in diversis* 44. *ff. h. t.* si modo non temporis gratia depositum, sed quasi aeterna sede dari destinatum sit, *l. divi fratres* 39. *& l.* 40. *ff. h. t.* atque insuper inferatur in locum proprium, aut in alienum, domino permittente, in communem socio consentiente, non eo invito: nisi aut commune sepulchrum sit, aut, cum locus purus esset, socius ipse sepeliendus sit alio commodo ad sepulturam loco destitutus, *§. religiosum* 9. *Instit. de rerum divis. l. si plures* 41. *ff. h. t.* Locum debentem servitutem realem dominus, invito eo, cui servitus acquisita, religiosum non facit; nisi dominus praedii dominantis non minus commode per alium locum servitute uti possit, *l. locum* 2. *§. locum* 8. *ff. h. t.* Nec locum usufructuarium proprietarius, nisi consentiente fructuario; nec fructuarius, nisi proprietarii voluntate, *l. locum* 2. *§. si usumfructum* 7. *l. sunt persona* 43. *ff. h. t. l. locum autem* 17. *ff. de usufructu & quemadmod. quis utat.* eo excepto, quod, usufructu fundi legato, heres ipsum testatorem in fundo fructuario jure sepeliat, quoties in alium locum inferri tam opportune non potest, *d. l. locum* 2. *§. si usumfructum* 7. *ff. h. t.* vel omnium bonorum usufructus legatus est, sive uni, sive diversis; quo casu heres eligere potest, invito fructuario, in quem fundum inferre velit, fructuario tamen indemnitatem praestiturus, *l. ult. ff. h. t.* Nec aliud juris est, si testator plenam fundi proprietatem alteri legaverit; sive enim pure sive sub conditione proprietas legato data sit, heres ne pendente quidem conditione extraneum vel testatorem ipsum inferre potest; nec inferendo religiosum facit *l. si locus* 34. *ff. h. t.* nisi & hic testator in locum alium inferri tam opportune non potuerit, quo casu legatario salva est ad indemnitatem actio, si modo sit in hereditate, unde indemnis servetur, *l. scriptus heres* 4. *l. & si quis* 14. *§.* 1. *in fin. leg. ult. §. ult. ff. h. t.*

2. Cenotaphium, seu inane sepulchrum, quia proprie sepulchrum non est, sed monumentum memoriae causa factum, non religiosis, sed puris locis annumerari oportere, contra Virgilium divi fratres rescripserunt, *l. in tantum* 6. *§. ult. l.* 7. *de divisione rerum, l. vel quod* 6. *§. si adhuc* 1. *l. monumentum* 42. *ff. h. t.* unde nec venditio ejus aut donatio aut alienatio alia prohibita est, *d. l.* 6. *si adhuc* 1. *ff. h. t. l. si sponsus* 5. *§. secundum hac* 10. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Et quamvis illatione cadaveris aut reliquiarum post insecuta ex cenotaphio sepulchrum fiat, *d. l.* 42. *ff. h. t.* sola tamen illatione thesauri locum religiosum non fieri, Marcianus notat; quia, quod sepelire quis prohibetur, id religiosum facere non potest, *l. lege Julia* 4. *§. non fit* 6. *ff. ad leg. Jul. pecula.* Etsi enim ornamenta, pecuniam, aliaque his similia simul cum corporibus inferre tumulo, hominum simpliciorum mos fuerit, *l. ul. §. ult. ff. de auro*, arg. *leg. & si quis* 14. *§. non autem* 5. *ff. h. t.* tamen constitutionibus id vetitum dicitur, *d. l.* 4. *§.* 6. ideoque & voluntates defunctorum circa vestium aut rerum aliarum in tumulum illationes, ineptas esse invalidasque, Papinianus respondit *l. servo alieno* 113. *§. ult. ff. de legatis* 1. ac praecepta talia morientium impune per heredes aut alios, quibus demandata funeris cura, potuisse sperni atque negligi, patet ex *l. ult. §. ult. ff. de auro*, arg. *legato*, *l.* 5. *C. de bis quib. ut indign.* Confer de pretiosis in tumulum congeri solitis Demsterum *in notis ad Rosini Antiquit. lib.* 7. *cap.* 31. *fere circa finem.*

3. Ceterum, si quis cadaver aut reliquias intulerit in locum, in quem inferendi jus non habebat, etsi locum religiosum non faciat, *l. si quis putans* 6. *§. si quis* 6. *ff. communi dividundo*, *l. invito*, 2. *C. h. t.* non tamen loci dominus ossa inde sine Principis aut Pontificis auctoritate (vel ex usu hodierno sine consensu oeconomorum Templi, Groenewegen ad *l.* 14. *C. h. t.*) eruere potuit, eo quod ipsa ossium translatio aliud religionis in se continet; alioquin injuriarum actione tenetur, qui ejecit vel effodit, *l. ossa* 8. *ff. h. t. l. nemo* 14. *C. h. t.* (Confer Paulum *recept. sen ent. lib.* 1. *t. ult.*) sed potius ob talem illationem non jure factam prodita est in factum actio praetoria, *l. locum* 2. *§. praetor. ait* 2. *ff. h. t.* perpetua, heredibus & in heredes competens, ad id, ut cadaver tollatur, vel loci aut arculae pretium praestetur, *l. his, qui intulit* 7. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* qua experitur dominus loci, & fructuarius aut aliam habens servitutem illatione impeditam, & socius, quibus invitis aut ignorantibus secundum ante dicta mortuus illatus est, *leg. locum* 2. *§. si usumfructum* 7. *l. ossa* 8. *§. nec solum* 4. *ff. h. t. l. si quis putans* 6. *§. si quis* 6. *ff. communi dividundo.* Nec socii intuitu contrarium evinci potest ex *d. l. locum* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* cum ibi generaliter inquiratur, an socius ob illationem cadaveris in locum communem purum factam socio teneatur? ac simpliciter respondetur eum familiae erciscundae vel communi dividundo actione teneri: non tamen exclusa hac in factum actione, quam etiam dari, aliunde constat ex *d. l.* 6. *§.* 6. Qua ratione & actionem pro socio ex hac causa in socium competere, Pomponius scripsit, *l. si fundus* 39. *ff. pro socio*, atque ita in casu non dissimili trium actionum concursum notavit Ulpianus *l. si quis servum* 9. *pr. ff. de servo corrupto.* Non tamen bonae fidei possessori, aut creditori, cui fundus oppignoratus, haec in factum actio tributa est; cum possit debitor invito creditore & mortuum inferre, & ipse inferri, ac sola ei denegata inveniatur facultas concedendi alteri inferendi jus invito creditore, *l. locum* 2. *§.* 1. *& ult. l.* 3. *ff. h. t.* Potuit & inferens in lo-

eum alienum quandoque ad pœnam pecuniariam condemnari; etiam modice coerceri, si dolo malo id fecerit in locum usibus publicis destinatum, *l. locum* 2. *§. prætor ait* 2. *l. ossa* 8. *§. si in locum* 2. *ff. h. t.*

4. Contra vero, si cadaver eo illatum sit, quo inferendi jus est, locus uti religiosus fit (non totus, sed quatenus corpus humatum est, aut locus tanquam religiosus est definitus, *d. l.* 2. *§. sepulchrum est* 5. *ff. h. t. l. locum quidem* 9. *C. h. t. l. æde sacra* 73. *§.* 1. *ff. de contrah. emt. l. ult. §. pen. ff. quod. vi aut clam*. Confer Brissonium *select. antiquit. lib.* 2. *cap.* 15. & 16. & commentatores *ad Horatii lib.* 1. *satyr.* 8.) ita quoque commerciis hominum incipit exemtus esse; sic ut nullus eum, tanquam suum ex jure Quiritum vindicare queat, *l. in rem actio* 23. *§.* 1. *l. quæ religiosis* 43. *ff. de rei vindic. l. si sepulchrum* 4. *C. h. t.* nullus etiam ei servitutem imponere, *l. servitutes* 14. *§. ult. ff. de servit. l. ult. §. si quis* 4. *ff. quod vi aut clam*, nec longa possessione jus sepulchri tribuatur illi, cui jure non competit; *l. pen. ff. de mortuo inferendo*, nec vendi vel donari ita possit, ut dominii jure in emtorem transiret; nec pignori obligari, *l. invito* 2. *l. locum* 9. *C. h. t. l. hanc legem* 22. *in fine l.* 23. *ff. de contrab. emt. vendit. l.* 1. *C. de sepulchro violato*, arg. *l. ossa* 8. *§. si locus* 1. *ff. h. t.* In quantum tamen habemus jus inferendi mortuum in nostrum sepulchrum, illud eo sensu nostrum dicitur, ac quisque mortuum inferre in locum suum, *§. religiosum* 9. *Instit. de rerum divis.* & interdictum de locis religiosis continere causam quasi proprietatis, *l. interdictorum* 2. *§. quædam* 2. *ff. de interdict. sive extraord. act.* jus sepulchri ad heredes transire; *l. jus sepulchri* 13. *C. h. t.* restituta hereditate aut ablata heredi, tanquam indigno, jura sepulchrorum apud heredem remanere, *l. quia perinde* 42. *§.* 1. *ff. ad senatuscons. Trebell. l. si quis fuit* 35. *ff. h. t.* Hinc quoque, licet monumentum ipsum legari nequeat, jus tamen mortuum inferendi legare quisque potuit, *l. monumenta* 14. *C. de legatis*, etiam titulo venditionis alioque simili in alium transferre, manente loci religione, dum una cum fundo, in quo sepulchrum est, illud transfert velut fundi accessionem, adeoque locus religiosus non specialiter venit, sed emtioni majoris partis accedit, *l. in modicis* 24. *ff. de contrab. emt.* Quemadmodum ex adverso ex eodem fundamento venditor fundum vendens, in quo locus religiosus est, nominatim sibi excipere atque servare potest sepulchri jus, lege addita venditioni, *nihil sacri aut religiosi venire*, *l. hanc legem* 22. *ff. de contrab. emt.* quo ipso simul etiam post venditionem adeundi sepulchri jus ei salvum esse Romani voluerunt, legibus scilicet vendendorum prædiorum dictantibus, *ut ad sepulchra, quæ in fundo sunt, iter ei, aditus, ambitus, funeris faciendi sit*, *l. utimur* 5. *ff. de sepulchro violato*.

5. Sepulchra Romani distinxerunt in familiaria & hereditaria. Illa dixerunt, quæ quis sibi familiæque suæ constituit: hæc, quæ quis sibi heredibusque suis; *l. familiaria* 5. *l.* 6. *ff. h. t. l. si sepulchrum* 4. *l. jus familiarium* 8. *l. jus sepulchri* 13. *C. h. t.* Brissonius *select. antiquit. lib.* 1. *cap.* 14. Quo respicit Seneca Tragicus cum in Troadibus, *actu* 3. *scen.* 1. *vers.* 484. Andromachen ita loquentem inducit:

Est tumulus ingens conjugis cari sacer,
Verendus hosti, mole quem immensa parens
Opibusque magnis struxit in luctus suos.

In luctus suos; id est, ut morientes ex familia quorum obitum lucturus erat, ibidem deponeret. Nec longe ab his abeunt nostratia, plerumque in templis haberi solita; quæ etiam venditione ita transferri, ut emtor deinceps mortui inferendi jus habeat, manente interim pristina loci religiosi natura, res expedita est; & notat Groenewegen ad *§.* 7. *Instit. de rer. divis.* in quæ sepulchra nostratia, tanquam hereditaria, etiam filius exheredatus, non obstante exheredatione, sepeliri potest; nisi id specialiter testator justo odio commotus vetuerit, *l. vel quod* 6. *in in med. ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 25. *defin.* 10. *in notis in fine*. Neque prætermittenda hac occasione videntur, quæ de sepulturis jure canonico inveniuntur disposita, liberam scilicet cuivis esse electionem, quo in loco sepeliri velit, salva paræciali ecclesiæ emolumenti parte, *cap.* 1. *cap. cum liberum* 6. *cap. in nostra præsentia* 10. *extra, de sepulturis*, sed si de electione tali non constet, eum tumulo majorum inferri oportere, *d. cap* 1. *extra, de sepulturis, cap. is, qu. habet* 3. 4. *de sepulturis in* 6. uxorem viro sepultura sociandam esse; & si pluribus juncta fuerit, cum postremo, cujus domicilium & honorem retinuit, tumulandam, *d. cap.* 3. *in fine de sepulturis in* 6. *cap. Ebron.* 2. *causa* 13. *quæst.* 2.

6. Desinunt loca religiosa esse, si jussu Pontificis aut Principis, quandoque etiam æstimatione Præsidis, cadaver aut reliquiæ alio translatæ sint, arg. *l.* 1. *l. pen. C. h. t. l. ossa* 8. *ff. h. t.* vel ipsa loca ab hostibus capta; quo tamen casu superest postliminii spes, *l. cum loca* 36. *ff. h. t. sepulchra* 4. *ff. de sepulchro violato.*

7. Ceterum funus eum facere oportet, quem decedens elegit; *quidam enim*, inquit Seneca de brevitate vitæ in fine, *disponunt etiam illa, quæ ultra vitam sunt, moles magnas sepulchrorum, & operum publicorum dedicationes, & ad regum munera & ambitiosas exequias.* Idque subinde etiam non sine justa ratione, dum metuunt, ne illi aut negligentes nimis sint, aut parci, ad quos ea res pertinet. *Tam rara*, ait Plinius lib. 9. epist. 10. *in amicitiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipsi nobis debeamus conditoria extruere, omniaque heredum officia præsumere.* Quod si electus non paruerit voluntati defuncti, repellitur ab emolumento, quod ob hoc ei relictum est, *l. si quis sepulchrum* 12. *§. funus* 4. *ff. h. t.* aut si relicta jam acceperit, nec tamen funus duxerit, vel actione doli restituere, vel extra ordinem a prætore funus ducere compellitur, *l. & si quis* 14. *§. si cui* 2. *ff. h. t.* quod non correctum per *l. non oportet* 5. *C. de his quibus ut indignis*, cum illa de iis agat, qui modum funeris a testatore præscriptum non servarunt, quia forte stolidus aut ineptus erat, ideoque non implendus; quales occurrunt in *l. ult. §. ult. ff. de auro*, arg. *legato, l. & si quis* 14. *§. non autem* 5. *ff. h. t l. servo alieno* 113. *§. ult. ff. de legatis* 1. *l. quidam* 27. *ff. de condition. Instit.* Si nihil mandatario relictum sit, nullam neglectæ voluntatis pœnam subit, *d. l.* 12. *§.* 4. *ff. h. t.* Si defunctos nulli delegaverit funerandi munus, heredes scriptos ea res continet; si nemo scriptus est, legitimos, vel cognatos quosque suo ordine, quo succedunt, *d. l.* 12. *§.* 4. *ff. h. t.* His quoque cessantibus, magistratus

officium est curare, ut defunctus funereretur ex pecunia rebusve suis, *d. l.* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. h. t.* Quin imo, quilibet, ad quem funus proprie non pertinet, utcunque plane extraneus, funus facere potest, ne insepulta cadavera jacerent; impensas actione funeretur, *d. l.* 12. §. 3. *ff. h. t.*

8. Quæ funeraria actio est subsidiaria, aliis demum actionibus deficientibus accommodanda, *l. & si quis* 14. §. *Labeo ait* 12. *ff. h. t.* rei persecutoria, perpetua, *l. filiusfamilias* 31. §. *ult. ff. h. t.* bonæ fidei; ex quasi contractu; quippe species actionis negotiorum gestorum, *l. & si quis* 14. §. *fortassis* 9. & §. *idem Labeo* 13. *ff. h. t.* atq. *l. ait prætor* 3. §. *hac verba* 6. *ff. de negotiis gestis*, in quantum scilicet impensa funeris non defuncti, sed hæredis, ad funerandum obligati, æs alienum esse, & funus ad heredem pertinere dicitur, *l. filiusfamilias* 19. junct. *l. & ideo* 7. §. *illud* 3. *ff. de in rem verso*, ac proinde, quod Ulpianus scripsit, *qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum hærede*, *l.* 1. *ff. h. t.* non alio sensu accipiendum videtur, quam quod impendens propter defunctum magis, pietate ductus, quam propter hæredem sumtus fecisse credendus sit; ad id ut impensa talis non ex heredis sed defuncti bonis præstetur, quo is non de alieno sed de suo funeretur, juxta *d. l. si quis* 12. §. *hoc edictum* 3. & *t. & si quis* 14. §. 1. *in med. ff. h. t.* unde & ex bonis defuncti deducenda fuit impensa funeris, antequam falcidiæ ratio iniretur, §. *ult. Inst. de lege Falcidia*, uti & per heredem, inventario confecto hereditatem adeuntem, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure delib.* Competit autem hæc actio ei, qui in funus impendit, vel impendi mandavit: soli enim mandanti tunc, at non mandatario datur, cui contra mandantem mandati actio est: nisi pupillus sine tutoris auctoritate mandasset, atque ita mandatum esset ipso jure nullum; quo casu utilis actio danda ei, qui impendit, *d. l. et si quis* 14. §. *qui mandatu* 15. *ff. h. t.* idque generaliter adversus eos, ad quos funus pertinet, hæredes civiles vel prætorios, *l. et si quis* 14. §. *ult. l.* 15. *ff. h. t.* dominos, & patres, quorum servi aut filiifamilias funerati sunt, ut tamen ante patrem conveniendi sint, heredes filiifamilias si quos habeat in suis peculiis, *leg. in patrem* 21. *l. si filius familias* 31. *pr. et* §. 1. *ff. h. t.* & maritus filiæfamilias pro ea parte, qua dotem lucratus est. Considerandum enim, Romanis placuisse, ut non modo tunc, cum uxor inops & indotata fuit, ac sine herede decessit, onus funerandi uxorem pertineret ad maritum, saltem in id, quod facere potest, impendenti in funus uxoris suæ condemnandum, quia injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus insepultam relinqui, *l. quod si nulla* 28. *ff. h. t.* (quod & moribus servatur, Jacob. Coren *observat.* 38. *num.* 61. 62. Abr. a Wesel *de connubiali bonorum communione tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 105. *et seqq.*) sed & ut in opulentæ ac patrem aut hæredes alios habentis uxoris funus conferret pro rata lucri penes eum ex dote remanentis; sic ut illa ex dote, quæ penes maritum remanet, & ceteris suis bonis funeranda fuerit, proportione ea, ut, si in dote, mariti lucro cedente, centum sint, in hereditate ducenta, duas partes heres, unam vir conferre teneretur, ne deductis quidem prius per testatorem legatis, aut servorum manumissorum pretiis, aut ære alieno, *l. Celsus scribit* 22. *et* 1*l seqq. ff. h. t.* Quod jus nostris moribus non videtur servari, dum maritus ratione lucri, quod ex dote vi pacti dotalis aut statuti capit, donatarii potius aut legatarii, quam successoris universalis loco habetur. Groenewegen *leg. abrog. ad l.* 16. *ff. h. t.* & plures ab eo citati, D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *n.* 1.

9. Cohæret huic actioni privilegium prælationis, dum favore sepulturæ inductum fuit, impensam funeris semper ex hereditate deduci & omne creditum præcedere, cum bona solvendo non sunt, *l. impensa funeris* 45. *ff. h. t.* summa namque visa fuit esse ratio, quæ pro religione facit, *l. sunt personæ* 43. *in fine ff. h. t.* In quam sententiam etiam a Paulo *recept. sent. libr.* 1. *tit. ult.* verbis generalissimis scriptum est, *quicquid in funus erogatur, inter æs alienum primo loco deduci.* Ut proinde audiendi non sint, qui prælationem ad chirographarios restringunt creditores & hypothecariis hoc creditum in funus postponunt; moti rescripto Imperatorum, definiente, *eos, qui acceperunt pignus, cum in rem actionem habeant, privilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri*, *l. eos, qui* 9. *C. qui potiores in pign.* Primo namque restrictionem talem non facile admiserint tam absoluta & generalia Marciani in *d. l.* 45. & Pauli effata. Deinde refragatur ei, quod Ulpianus cum Pomponio tradidit, si colonus vel inquilinus mortuus sit, nec sit unde funeretur, ex illatis invectis eum funerandum esse, &, si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri, *l. et si quis* 14. §. *si colonus* 1. *ff. h. t.* Cum enim constet certo, inquilini invecta illata urbanum in prædium tacite pro pensionibus domino ædium locatori pignori obligata esse, coloni res expressa conventione teneri rusticorum prædiorum locatori, *l. eo jure* 4. *ff. in quib. caus. pign. vel hypot. tacite contrah.* alterum necesse fuit, puta, aut credentem in funus locatori ædium vel fundi hypothecam habenti non præferri; aut, si potior sit, (uti textus habet) generaliter a jurisconsultis dicta etiam generaliter de prælatione ante omnes tam hypothecarios, quam chirographarios tantum restringi. Juvatque hanc sententiam, quod in *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure deliberandi*, heredi, cum inventario adeunti, data fuit licentia excipiendi & retinendi quicquid *in funus expendit*, vel in testamenti insinuationem, vel inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis: in reliquis vero, si quid defunctus ei debuerit, similem eum aliis creditoribus fortunam habere debeat. Constat etenim, necessarios sumtus ita ante omnia credita quantumcunque privilegiata venire, ut ne patrimonium quidem esse intelligatur, nisi deducto eo, quod explicandarum venditionum causa, aut aliter necessario impensum est, *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi*, *l. quantitas* 72. *ff. ad leg. Falcid.* Si ergo cum his impensis simul primo loco positus funeris sumtus per heredem secundum *d. l. ult.* §. 9. deducendus sit, quis quæso, amplius dubitandum putaverit, quin & omne creditum antecedere debeat, cum bona solvendo non sunt? Quibus consequens est, ut fateamur quidem, in *d. l.* 9. *C. qui pot. in pignore*, regulam tradi; ab illa autem regula exceptionem ponamus in credito funerario, religionis favore. Garsias *de expensis et meliorat. cap.* 8. *num.* 18. 23. *et seqq.* Jacobus Coren *observ.* 38. *num.* 25. *et seqq.* Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conc.* 64. *num.* 84. *et seqq.* Carpzovius *defin.*

for. part. 1. *const.* 28. *defin.* 39. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 6. *et* 7.

10. Neque interesse puto, utrum quis res funeri faciendo necessarias crediderit, an heredi aut alteri funeranti mutuam dederit pecuniam funerandi gratia, si modo nominatim in eum usum credita, ac re ipsa quoque in id erogata doceatur. Si enim legalem hypothecam et prælationem inter creditores non ille tantum habeat, qui domino ædium materiam refectioni necessariam credidit, sed & qui vel ædium domino vel redemtori operis ex domini mandato pecuniam ob restitutionem ædificii mutuam dedit, *l.* 1. *ff. in quib. causis pignus vel hypot. tacite contrahitur*, *l. si ventri* 24. *§. divus* 1. *ff. de rebus auctor. jud. possidendis*, ratio non apparet, cur non eodem modo privilegiatus esset, qui nummos in funus vere expensos, quam qui res ad funus requisitas, funeranti subministravit, Gratianus *discept. for. cap.* 94. *num.* 11. *et sequentib.*

11. Ei quoque, cui per credentem in funus cessa fuit actio funeraria, privilegium prælationis ante alios creditores haud videtur denegandum. Etsi enim privilegium hoc prælationis, quod cohæret actioni funerariæ personale dici possit, in quantum nullum jus hypothecæ a lege datum invenitur; tamen, quia non contemplatione personæ credentis indultum est, sed magis causæ intuitu ac sepulturæ favore; adeo ut etiam ad heredes credentis reliquosque successores transeat, *l. si filiusfamilias* 31. *§. ult. ff. h. t.* nihil vetat, quo minus & cessionario prodesse debeat. Nam & restitutionis beneficium, quod minoribus læsis indulgeri consuevit, uti ipsorum prodest heredibus, *l. minor autem* 18. *§. ult. l.* 19. *ff. de minor.* 25. *annis*, ita quoque his, quibus suum minores jus cesserunt, utile esse, patet ex *l. quod si minor* 24. *pr. ff. de minor.* 25. *annis*, *l. alterius* 20. *§.* 1. *ff. de tutelæ et ration. distrah. l. si minoris* 25. *ff. de admin. et peric. tutor.* cum tamen restitutionis beneficium magis, quam actionis funerariæ privilegium, personæ intuitu concessum sit, adeo ut mixtam inter personæ & rei beneficia vel jura causam obtinere censeatur. Denique si in omnibus causis id observetur, ut, ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat; ubi vero genus actionis id desiderat, ibi, ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii, *l. in omnibus causis* 68. *ff. de regul. juris*, necesse fuerit, ut hæc quoque non personæ, sed actionis funerariæ, prærogativa iis salva sit, in quos actio cessione translata est. Adde *l. quæsitum est* 17. *pr. ff. de reb. auct. jud. possid.* Bronchorst *enant. cent.* 4. *assert.* 90. Ant. Matthæus *de auct. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 31. *in medio.*

12. Nec actione hac funeraria vel privilegio ejus, carere debet, qui prohibente forte herede funus curavit; si modo vel cura humandi ei a defuncto mandata sit, vel hæres ipse diutius cessaverit in pio funerandi officio præstando, *l. & si quis* 14. *§. idem Labeo* 13. *ff. h. t.* Uti nec, qui funus fecit, cum se heredem esse, adeoque ad se funus pertineret, putaret, si postea hæreditatis petitione victus heredi vero hereditatem restituerit, impensis funeris haud deductis, *d. l.* 14. *§. si quis, dum* 11. *l. si possessor* 32. *ff. h. t.* Quod utrumque singulare quidem est, ac ab ordinaria actionis negotiorum gestorum natura alienum, quippe in qua repetitionem sumtuum non habet, qui inviti & prohibentis negotia gessit, *l. ult. Cod. de negotiis gestis*, *l. si pro te* 40. *ff. mandati*, quive aliena tractavit ut sua, uti dictum *tit. de negot. gestis*, sed ob sepulturæ favorem placuit, non meram hic negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi, *d. l.* 14. *§. idem Labeo* 13. *in fine ff. h. t.*

13. Cessat tamen repetitio impendiorum in funus, si pietatis intuitu sine animo repetendi funus defuncto factum sit; quod ex conjecturis æstimandum est, considerata affectione in defunctum, aliisque; sed quia conjecturæ hujusmodi fallaces sæpe sunt, consultum funeranti est, ab initio testari, quo animo funeret, ne postea patiat quæstionem *d. l.* 14. *§. sed interdum* 7. 8. *& §.* 9. *ff. h. t.* Et quia defunctum unumquemque pro facultatibus suis ac dignitate funerari conveniens est, *l. si quis sepulchrum* 12. *§. fin. ff. h. t.* ideo sumtuum rationem judex non habebit, si forte nimium modici, ac parce nimis in contumeliam defuncti hominis locupletis facti sint, sic ut non in honorem sed injuriam ac dedecus defuncti hic sumtus cesserit, *d. l.* 14. *§. judicem* 10. *ff. h. t.* Rebussus *ad constit. reg. tom.* 1. *de sentent. provisional. in præfat. num.* 52. 53. Uti vice versa immoderatorum quoque impendiorum, facultates & conditionem defuncti superantium, repetitionem concedi non oportet; sed tantum eatenus, quatenus ex æquo & bono in hominis istiusmodi funus impendendum fuerat, arbitrio judicis definiendum. Neque immodice erogantem juvabit, quod id fecerit ex testatoris præscripto ac voluntate: nam uti stolida atque ridicula defunctorum elogia implenda non sunt; ita nec voluntati ipsorum parendum in eo, quod justam egreditur sumtus rationem, *l. & si quis* 14. *§. hac actio* 6. junct. *§. non autem* 5. *ff. h. t. l. servo alieno* 113. *§. ult. ff. de legatis* 1. *l. quidam* 27. *ff. de condit. institution.*

14. Funeris causa sumtus proprie factus intelligitur non ille, qui ad meram ostentationem ambitionemque spectat, veluti cum præter id, quod monumenti, id est, causa muniendi ejus loci, in quo cadaver impositum, factum est, insuper amplum quid ædificatum fuit, quales sunt in circum porticationes *l. funeris sumptus* 37. *§.* 1. *in fine h. t.* sed potius is tantum, qui ideo erogatus fuit, ut funus ducatur, & sine quo ex usu regionis ac qualitate funerandi duci non posset, ut puta, si quid impensum sit in dilationem mortui; in locum, quo mortuus inferendus est; in marmor, aut vectem collocandam; in cadaveris custodiam aut commendationem; in sarcophagum; in arcam lapideam; in vecturam peregre mortui ad locum, ubi dein humandus est; in vectigal eo nomine pendendum (etsi *lex ult. C. h. t.* ex basilicis restituta, vetet vectigalis exactionem); in odores & unguenta cadaveri applicanda; in libitinarium & pollinctores, *l. & si quis* 14. *§. funeris causa* 3. 4. *l. funeris sumtus* 37. *ff. h. t. l. & ideo* 7. *§. illud plane* 3. *ff. de in rem verso*, arg. *l. cuicumque* 5. *§. idem ait* 8. *ff. de institoria act.* Quibus addunt ex hodierno funerandi more rituque, quod vespis seu vespillonibus (de quibus Festus in verbo *vespa*), quod æditiuo, quod pro clangore tintinnabulorum, pro chirothecis, pro veste lugubri expenditur: item quod pro insignibus aut faciendis aut præferendis: vini pretium, quo exequias euntes honorantur,

ipsumque adeo convivium funebre, & si qua alia, in quibus nimium quantum sibi indulget ambitio civitatum; ut ait Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 9. *in fine*, Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 64 *num.* 83. *et seqq.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 28. *def.* 41. Addunt alii vestem, qua conjux conjugem, qua famuli aut ancillæ dominum dominamve defunctam ex consuetudine recepta lugent, suspensa quoque luctus vela, & quæ carpento pensili obducuntur pulla, si isto vehiculi genere conjuges stante matrimonio uti soliti, D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *num.* 2. 3. Abrah. a Wesel *de connubial. bonor. societate tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 89. *et seqq.* quæ admitti poterunt, si usus regionis ferat, ut conjux superstes non suo, sed conjugis defuncti sumtu lugeat; ut id Ultrajectinis probatum est: nam si regionis jus sit, ut propriis impensis conjux conjugem lugeat (quod Hollandis placet, teste Groenewegio *ad l. unic.* §. 7. *C. de rei uxor. act. num.* 4. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 277. *in fine*,) vix est, ut tunc is, qui vestem lugubrem superstiti credidit, privilegiatam habeat actionem; cum illa non detur, nisi adversus eos, ad quos funus defuncti pertinet, talis autem vestium creditor in usum defuncti non crediderit, neque heredum ista impensa gravet, aut hereditati imputetur, Iac. Coren *observ.* 38. *num.* 53. *et seqq.*

15. Quin imo, quamvis jure Romano verius sit, in medicos & chirurgos erogata morbi postremi occasione non contineri sub impensis in funus, ac propterea nec adeo favorabilem aut privilegiatam esse eorum exactionem; dum altum de talium prælatione in nostro juris corpore silentium est, neque privilegia sine lege extensionem ad ea, quæ ne omni quidem ex parte similem causam habent, patiuntur; tamen, cum vetustiores interpretes invenirent, in *l. funeris sumtus* 37. *ff. h. t.* unguenta corporis causa adhibita sumtibus funeris accenseri; conjungi quoque sumtus in funus & defuncti morbum aut infirmitatem erogatos, dum possessori victo in petitione hereditatis permittitur ista simul deducere ex hereditate restituenda, *l. in restituenda* 4. *C. de petit. hered.* & repetitio eorum simul conceditur ei, qui in morbum aut funus impendit, *l. legatum* 3. *C. h. t.* (parum considerantes, in *d. l.* 37. non de unguentis ad medicinam spectantibus, sed iis, quæ cadaveris adversus putredinem conservandi gratia adhiberi solita, sermonem esse; & in *d. l.* 3. & *d. l.* 4. petitionem quidem aut deductionem erogatorum concedi, de prælatione vero aut privilegio nihil definiri) in eam plerique opinionem abierunt, ut parem erogatis in morbum & funus prælationem vindicaverint, et hoc jus etiam in forum traduxerint, adeo longa nunc passim rerum perpetuo similiter judicatarum serie firmatum probatumque, ut ab eo recedere in respondendo consultum non sit. Dummodo meminerimus, hanc ipsam sententiam, non ratione, sed errore primum, deinde velut consuetudine obtentam, vulgo ad solos referri sumtus in morbum postremum factos, non item in alios, ex quibus ante defunctus ope medica convaluit ac restitutus est: etsi ita fiat, ut honoraria medicorum, ex artis suæ præceptis fideliter feliciterque curantium, postponantur subinde posterioribus eorum salariis, qui sua vel imprudentia vel imperitia potuerunt moriendi causam defuncto præbuisse, quorumque errorem terra tegit. Vide Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 64. *num.* 94. *et multis seqq.* Carpzovius *definit. foren. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 43. 45. 46. Ant. Matthæum *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 8. 9. Neque etiam prætermittendum, non obstante ea moribus recepta prælatione ratione impensarum in morbum postremum; eas tamen non solum conjugis defuncti heredem gravaturas, sed magis communioni conjugali imputandas esse, adeoque pro sola parte dimidia per heredem, pro altera conjugem superstitem, velut damna constante matrimonio evenientia, ferri oportere, Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 5. *defin.* 8. *in pr.* Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. *ult. Instit. ad leg. Falcid. num.* 3. Wesel *de connub. bonorum societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 101. *et seqq.*

TITULUS VIII.

De Mortuo inferendo & Sepulcro ædificando.

SUMMARIA.

1. *Qui prohibitus est inferre mortuum, cum haberet inferendi jus, habet actionem in factum ad id, quod interest; quæ nec heredi, nec in heredem datur. Et quæ ejus rei ratio sit, ad explicationem* l. 9. ff. de religiosis.
2. *Si prohibitus inferre non habeat locum alium commodum, agit statim interdicto,* ne vis fiat mortuum inferenti. *Vincere eo potest & ille, qui non habet inferendi jus, quæ hujus rei ratio sit?*
3. *Qui sepulcrum habet, non viam ad illud, ei via per vicinos concedenda est.*
4. *De interdicto* de sepulchro ædificando, vel reficiendo.

1. CUm favorabilis admodum publice privatimque sit sepultura cadaverum, neque per privatos neque per magistratus impedienda fuit sine justa causa, nec vexanda fuerunt cadavera, aut detinenda, nec prohibenda eorum translatio per territoria oppidorum; ut tamen transferendi licentia impetrata fuerit ab illis, quibus permittendi jus est, *l. prætor ait* 3. §. *non perpetuo* 4. *ff. de sepulcro violato l. ne corpora* 38. *ff. de religiosis.* Quod si funerare cupiens, vel procurator ejus, prohibitus ab alio sit inferre mortuum in eum locum, in quem inferendi jus est, agere potest adversus prohibentem actione in factum ad id, quod interest: in quam computationem cadit loci emti pretium, aut conducti merces, item loci sui pretium, quem quis, nisi coactus, religiosum facturus non esset, *l. ossa* 8. §. *ult. l.* 9. *ff. de religiosis*, sive directo prohibeatur inferre, sive itinere aut via ad inferendum necessaria arceatur, *l.* 1. §. 1. & 3. *ff. h. t.* Quæ actio nec heredi nec in heredem competit, inter prohibentem tamen & prohibitum perpetuo datur, *d. l.* 9. Quod ipsum constare miratur Gajus, rationem non assecutus *d. l.* 9. minus miratur Ant. Faber in rationalibus *ad d. l.* 9. rationem e longinquo velut per nebulam vidisse visus: omnem vero admirationem non ita pridem valere jussit Cl. D. Van Eck *disput.* 3. *de benedictan. action. & exception. thes.* 8. Constat scilicet, injuriarum actionem locum habere, quoties cadaveri defuncti vel funeri injuria facta est, sive ante sive post hereditis

tatis aditionem, *l.* 1. §. *quotiens* 8. *ff. de injuriis*, eamque injuriam non tantum per illos inferri, qui jam humatum ejecerunt cadaver, aut statuam defuncti in monumento positam saxis petiverunt, juxta *l. ossa* 8. *pr. ff. de religiosis*, *l. si statua* 27. *ff. de injuriis*, sed & per eum, qui tentaverit sepulturam impedire, uti semel iterumque testatur Imperator in *l. ult. C. de sepulcro violato*. Quemadmodum ergo injuriarum actio ex principiis notissimis nec in heredem datur, §. 1. *Instit. de perpet. & temporal. act.* ita nec mirum videri debuit, hanc in factum actionem, pro ultione injuriæ cadaveri illatæ potissimum comparatam, nec heredi dari, nec in heredem. Nec est, quod quis neget, ultionem & vindictam injuriæ hac contineri actione, quia id quod interest actor persequitur. Nam & sepulchri violati judicio id, quod interest, peti potest, quod tamen non tantum ex lucro ejus, qui violati, vel ex damno illato æstimatur, sed & ex injuria, quæ facta est, *l. prætor ait* 3. §. *qui de sepulchri* 8. *ff. de sepulchro violato*, sic ut ista actio, utcunque ad id quod interest tendere dicatur, nihilominus ad ultionem magis pertineat, quam ad rem familiarem, *l. sepulc. violati actio* 6. *l. quæsitum* 10. *ff. de sepulchro violato*. Neque turbare quemquam debet, quod hæc actio non perpetua sed annalis esse debuisset, si ad injuriarum actionem potuisset referri; perpetuum enim non est, injuriarum actionem anno terminari; non utique eam, quæ propter atrociorem injuriæ speciem ex lege Cornelia moveri solet, dum quis se pulsatum verberatum domumve suam vi introitam queritur. Cum ergo non levis, sed atrocissima contumelia fuerit credita, imo sceleris immanitas, defunctorum turbare quietem, tum ejiciendo reliquias, tum arcendo cadavera a locis perpetuæ sepulturæ, & æternæ quasi sedi quietique destinatis, imo *defunctorum* quasi *domibus*, ut loquitur Imp. arg. *l. qui sepultura* 4. *C. de sepulchro violato*, *l. nemo* 3. *in med. C. de episcop. audientia*, iniquum non fuit, exemplo eorum, qui viventium domos, tutissima illa superstitum refugia, violenter turbassent, etiam illos, qui defunctos a suis arcuissent quasi ædibus sedibusque quietis, in perpetuum teneri. Sed & amplius, sepulchri violati actionem, utpote popularem, nec heredi nec in heredem dari, ex popularium actionum communi natura manifestum est, *l. pen. & ult. ff. de de popularib. action. l. si vero plures* 5. §. *hæc autem actio* 5. *ff. de his, qui effud. vel dejec.* hanc vero in factum actionem adversus illum, qui mortui illationem prohibuit, ad sepulchri violati judicium pertinere, patet evidenter ex *l. sepulchri* 8. *ff. de sepulchro violato*, ubi Macer Jurisconsultus ait, *sepulchri violati crimen posse dici ad legem Juliam de vi publica pertinere, ex illa parte, qua de eo cavetur*, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur sepeliaturve, *quia & qui sepulchrum violat, facit quo quis minus sepultus sit.*

2. Quod si alius locus commodus ad inferendum cadaver sepelire volenti, sed prohibito, non suppetat, liberum ei est in continenti prohibitorio experiri interdicto, ad id, ut prætor vim fieri vetet mortuum inferenti, quo ei inferendi jus est, *d. l.* 8. §. *ult. l.* 9. *ff. de religiosis*, *l.* 1. *ff. h. t.* Considerandum tamen, utile hoc interdictum nonnunquam & illis accommodari, qui jure inferendi mortuum destituti sunt, veluti nudis proprietariis contra fructuarios, aut sociis contra socios respectu loci puri, *l. sunt personæ* 43. *ff. de relig.* Quod ita placuit, tum quia ea sæpe negotiorum, quia quæ interdicta versantur, conditio est, ut tantam moram non patiantur, quanta ad plenam causæ cognitionem sufficiens est, uti id in ipsis funeribus faciendis in aperto est; quo fit, ut, dum summatim tantum causa cognoscitur, interdicta etiam iis quandoque dentur, quibus jus nullum quæsitum est, *l.* 1. §. *sed & si* 10. *ff. de aqua quot. & æstiva*, *l. ult. ff. de rivis*, tum præcipue favore religionis & pietatis, ac publicæ utilitatis, ne cadavera jacerent insepulta; qui favor tantus est, ut nonnunquam in ambiguis religionis quæstionibus strictam juris rationem omittere soleamus, ac insuper habere, quia summa ratio est, quæ pro religione facit, *d. l.* 43. *in fine ff. de religiosis*. Et quamvis interdictis causam proprietatis continentibus plena atque perfecta causæ cognitio prætermittenda videatur, quia tunc tota quæstio finitur, nec ulla lis principalis deinde superest, *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua quot. & æstiva*, in hoc autem interdicto quasi proprietatis quæstio versatur, *l. interdictorum* 2. §. *quædam* 2. *ff. de interdictis*, observandum tamen, ob periculum in mora, cujus impatiens sepultura est, plenam causæ cognitionem adhiberi non posse; neque eam rem tantopere domino loci, socio, vel fructuario, fraudi esse, quia locus illatione tali justum sepulchrum non fit, *d. l.* 43. ac proinde vel de cadavere auctoritate publica eximendo vel de loci pretio præstando actio læso superest, titulo præcedente explicata.

3. Si quis sepulchrum quidem habeat, aditu vero ad illud careat, officio judicis vicini cogi possunt, ut vel precario, vel pretio justo constituto, iter aut viam concedant funus facturo, *l. si quis sepulchrum* 12. *pr. ff. de religiosis*, *l. utimur* 5. *ff. de sepulchro violato*, de quo latius actum *tit. de servit. præd. rusticor. num.* 4.

4. Est & interdictum de sepulchro ædificando ei competens qui in suo loco sepulchrum ædificat, vel etiam reficit, *l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* adversus illos, qui ædificationem refectionemve impediunt, sive directo, sive per consequentiam, quive id agunt, ut sepulchrum collabatur, *l.* 1. §. *prætor ait* 5. *& seqq. ff. h. t.* ad id, ne vis fiat jure suo ædificanti reficientique, *d. l.* Ut tamen denegandum sit hoc interdictum, si ædificans in solo alieno velit machinam ad exstruendum ponere aut alligare, vel materiam eo congerere, vel propius ædes alienas sepulchrum ædificare, cum nulla ei rei servitus constituta esset, *l.* 1. §. *ædificare* 8. *l. si propius* 3. *ff. h. t.* Et, si cadaver jam illatum esset, atque ita locus religiosus factus, pontifices explorare debuerunt, quatenus, salva religione, desiderio reficiendi operis medendum fuerit, *l. ult.* §. 1. *ff. h. t.*

INDEX TITULORUM

IN COMMENTARIO

AD PANDECTAS CONTENTORUM.

LIBER V.

LIBER VI.

LIBER VII.

LIBER VIII.

LIBER IX.

LIBER X.

LIBER XI.

FINIS TOMI SECUNDI.

JOANNIS VOET

JCTI ET ANTECESSORIS IN ACADEMIA LUGDUNO-BATAVA

COMMENTARIORUM

AD PANDECTAS

LIBRI QUINQUAGINTA,

In quibus, præter Romani Juris principia ac controversias illustriores, Jus etiam hodiernum, & præcipuæ Fori Quæstiones excutiuntur.

EDITIO QUINTA VENETA

PRIORIBUS EMENDATIOR ET AUCTIOR:

Cui nempe praeter V. Cl. CASPARI BURMANNI Vitae Auctoris Narrationem, et Indicem Generalem Titulorum, et Materiarum, in sex Tomis contentarum,

NUNC PRIMUM ACCEDUNT

Alii duo Tractatus de FAMILIA ERCISCUNDA, et de JURE MILITARI, qui simul cum praedicto Indice constituunt Tomum Septimum.

TOMUS TERTIUS.



VENETIIS

SUMPTIBUS PETRI MILESI EDIT.

M. DCCC. XXVII.

LIBER DUODECIMUS.

TITULUS I.

De rebus creditis, si certum petatur, et de condictione.

SUMMARIA.

1. *De contractibus in genere, & in specie de mutuo.*
2. *Mutuum est verus contractus, licet ex uno tantum latere obliget.*
3. *Mutuum est stricti juris. Excutitur generaliter, quare contractus alii sint stricti juris, alii bonæ fidei; & unde colligatur regulariter, an bonæ fidei an stricti juris sint?*
4. *Mutuum re constat. Sufficit ficta traditio. Conciliatur* l. 11. ff. h. t. *cum* l. 19. ff. de præscr. verbis, & l. 34. ff. mandati.
5. *Conciliatur* l. 15. ff. h. t. *cum* l. 34. ff. mandati, *ac probatur, inter solos præsentes non item absentes, fictam traditionem jure Romano, sed secus moribus, fuisse conceptam, excepto constituto possessorio, cujus ratio redditur, & casu quo res prius ex alia causa per dominum tradita fuit.*
6. *Monstratur, legum superiorum conciliationem non posse peti a distinctione temporum quasi olim fictæ traditiones variæ fuissent reprobatæ, quæ post admissæ.*
7. *Qui possint dare mutuum? ubi de negotiorum gestoribus, procuratoribus, tutoribus, civitatis administratoribus, dominis nummos suos alieno nomine mutuos dantibus; & de sociis, qui dant pecuniam communem.*
8. *Qui non possint dare? ubi de pupillis, provinciarum præsidibus, & his qui nummos alienos dederunt tanquam suos. Sæpe mutuum, quod ab initio inutile est, nummorum consumtione confirmari, etiamsi reprobi nummi dati essent, quod exemplis docetur.*
9. *Confirmatur etiam ante consumtionem nummorum si accipiens eos usuceperit. Quando nummi censeantur consumti?*
10. *Quid juris, si filiusfam. viaticum suum, cum peregre degeret studiorum causa, mutuum dederit?*
11. *Qui possint mutuum accipere? ubi de Præsidibus, Judicibus, apud quos lis pendet, Civitatibus & Ecclesiis mutuum accipientibus per suos administratores: & quando civitates ac Ecclesiæ ex mutuo per administratores accepto obligentur vel non; secundum jus civile, canonicum, ac hodiernum.*
12. *Quando pupilli, minores, & similes obligentur ex mutuo per tutores aut curatores accepto?*
13. *An, & quousque uxores mutuum accipientes obligentur aut maritos obligent? remissive.*
14. *In mutuo fit alienatio corporum datorum. An sit mutuum, si tibi nummos donem, ut eos mihi credas, tuque credideris?*
15. *Quibus detur certi condictio ex mutuo? an & domino nummorum, quos non dominus suo nomine numeraverat? An Titio, si meos nummos Titii nomine dederim, vel ipsius Titii nummos? Quid si plures mutuum dederint? Quando actio incipiat illis competere, qui nummos alienos dederunt ut suos?*
16. *Non impeditur certi condictio ex mutuo, si numerationi mutui conventio alia inutilis adjecta sit? quod exemplis illustratur.*
17. *Conveniendi hac actione mutuatarii. Si plures acceperint, an singuli in solidum? An mutuatarius efficaciter in mutuo accipiendo id agere possit, ut mutuans unum ex pluribus mutuatarii heredibus in solidum conveniat?*
18. *Reddendum in mutuo idem in genere, non plus, nec usura ex pacto adjecto, sed tantum ex stipulatu. Quid moribus?*
19. *Quo in loco, & quo tempore mutuum reddi debeat? quando reddendum, si nullum restitutioni mutui tempus adjectum sit?*
20. *An adjecto die, quo mutuum restitui debeat, mutuatarius illud ante tempus additum invito mutuanti reddere possit? & an valeat pactio, ne mutuatarius reddat mutuum nisi post certi temporis lapsum?*
21. *Mutuum non potest per partes restitui, nisi in casibus quibusdam exceptis.*
22. *Aliud pro alio restitui nequit, nec aurum infectum pro pecunia signata. Quid reddendum, si aliud in instrumento dicatur datum esse, aliud vere datum probetur?*
23. *Pro nummis aureis datis argentei restitui possunt, & vice versa, exceptis paucis casibus.*
24. *De mutatione monetæ ratione bonitatis internæ vel externæ, quæ inter dationem mutui ac restitutionem contigit, cui prosit vel noceat, an debitori, prolixior disputatio.*
25. *Si alius sit valor nummorum in uno quam in altero loco, considerandus valor loci illius, in quo solutio facienda est.*
26. *Probatur mutuum per scripturam; ubi de agnitione chirographi per scribentem, aut viduam ejus, aut heredes, aut in officio successores, facienda; & quando illud juris interpretatione pro agnito habeatur?*
27. *Probatur & per testes. Quid si dissentiant in quantitate numerata, vel de numeratione quidem, at non de quantitate deponant; vel unus de numeratione, alter de quantitate?*
28. *Olim viguit parœmia* cens renten altyd renten, *nec post acceptas semel usuras sortis repetitio fieri potuit, licet id pacto actum esset. Quousque id nunc in Hollandia & Ultrajecti mutatum sit?*
29. *Cujus loci statuta spectanda sint in quæstione, an sortem ex dato repetere liceat, nec ne?*
30. *An vere detur ulla literarum obligatio, quæ nasceretur ex confessione numerationis, quæ secuta non est?*

30. *An vere detur ulla literarum obligatio, quæ nascetur ex confessione numerationis, quæ secuta non est?*
31. *Opponitur scriptura exceptio non numeratæ pecuniæ; quæ in rem est, & intra biennium privilegiata. Quid agendum sit, si possessor chirographi agat intra biennium, & præsens vel absens sit?*
32. *Recensentur casus, quibus cessat hæc exceptio; ubi de confessione apud argentarios; de pignore vel fidejussore dato, de parte debiti soluta, de transactione super eo, quod numeratum non est, de confessione depositi, & solutionis per apocam.*
33. *Post biennium exceptio non numeratæ pecuniæ opponi potest, si excipiens ipse paratus sit probare, numerationem non esse secutam.*
34. *Respondetur ad objectiones.*
35. *Quid moribus circa hanc non numeratæ pecuniae exceptionem & probationem ejus obtineat?*

1. Actum fuit in secunda Pandectarum parte de judiciis in rem. In personam actiones ex contractu vel quasi, maleficio vel quasi, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris descendere, expeditum est, §. 1. *Instit. de actionibus*, *l.* 1. *ff. de obligat. & action.* §. *ult. Instit. de obligation.* ac quicquid ex his causis debetur, crediti appellatione contineri potest, latius sumto crediti vocabulo, *l.* 1. *l.* 2. §. *creditum* 3. *ff. h. t.* junct. *l. creditores* 10. *l.* 11. *l.* 12. *ff. de verb. signif.* Sed in hac tertia pandectarum parte potissimum de eo credito, quod ex contractu descendit, ac actionibus inde vel ea occasione natis tractatio instituta fuit. Contractus in genere, prout a pacto distincti concipiuntur, sunt conventiones de re danda facienda vel præstanda, quibus subest obligandi causa ex sua natura. Et vel innominati sunt, de quibus in fine libri decimi noni; vel nominati, quibus nempe certum ac speciale nomen a jure civili impositum est; dum utilitas fecit, ut conventio esset in usu communi; usus conventioni nomen peperit; atque ita utilitas obligationis constituendæ causa fuit, nomen indicium ac nota constitutæ, ut post Donellum Vinnius *tract. de pactis cap.* 8. *num.* 3. Et hi iterum vel re constant vel verbis vel literis vel consensu *d.* §. *ult. Instit. de obligat.*. Re constantes dicuntur, ad quorum perfectionem necessaria est rei traditio: inter quos ordine primum est mutuum, quod recte definieris *contractum juris gentium, stricti juris, re constantem, quo res fungibilis* (id est pondere numero vel mensura constans & functionem seu permutationem recipiens in suo genere, sic ut per appensionem, admensionem aut adnumerationem transferatur, & res alia similis restituenda fungatur vice rei datæ, *l. mutuum* 2. §. 1. *ff. h. t.* ibique Gothofred. *in notis*) *alteri datur ea lege, ut res eadem in genere, seu ejusdem bonitatis & quantitatis restituatur*, *pr. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.*

2. Quamvis autem mutuum non utrinque, sed ex uno tantum latere obligatorium sit, non tamen ideo e contractuum serie eliminandum est, cum enim Labeo contractum describit *ultro citroque obligationem*, *l. Labeo* 19. *ff. de verbor. significat.* neque plenam contractuum omnium, neque accuratam definitionem, sed rudem magis delineationem, in pluribus quidem, at non omnibus in contractibus locum invenientem concepisse dicendus est. Constat utique, contractus proprie accurate loquendo obligationes non esse, sed magis ex contractibus, perinde ut ex delictis, obligationes nasci, §. *ult. Instit. de obligat.* ac potius conventionem, velut genus tum pactorum tum contractuum debere considerari, *l.* 1. §. *conventionis* 3. *ff. de pactis*, denique non mutuum tantum, sed & contractus omnes innominatos, ipsamque etiam stipulationem, non utrimque, sed ab uno latere obligationem inducere. Nisi forte per varias vocabuli *contractus* significationes dissidium videatur componendum. Quandoque enim tam late patet, ut & quasi contractus comprehendat, *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, frequentius ita, ut veros complectatur contractus, a quasi contractibus omnino distinctos, §. *ult. Instit. de obligat.* subinde strictissime, ut denotet tantum conventiones illas, quæ utrimque obligatoriæ sunt, *d. l.* 19. *ff. de verb. significat.* quo modo Ulpianus scribens, *sed si non sit mutua pecunia, sed contractus*, hoc sensu angustissimo contractum accepit in *l. creditores* 10. *ff. de verbor. signif.*

3. Stricti juris mutuum est, ea nisi fallor potissimum ratione, quia ab una tantum parte obligationem parit. Etenim (ut parumper hic ad generaliora digrediar) si tantum obligationum tam ex quasi, quam vero contractu descendentium seriem mente revolvamus, invenimus, illa plerumque habita fuisse bonæ fidei negotia, ex quibus vel utrimque principaliter obligatio ac propterea etiam directa utrimque actio nascebatur; vel ex uno latere principaliter, ex altero per consequentiam quandam ac velut ex post facto, ideoque duplex quidem actio competebat, sed directa una, altera contraria: contra vero ea, quæ ex uno tantum latere obligationem pariebant, stricti juris fuisse. Scilicet, cum in negotiis utrimque obligatoriis difficilius esset, ob multiplicem circumstantiarum varietatem ita vel pactionibus omnia definire, vel cautionibus circumscribere, ut non a prudentissimis quædam omitterentur, justum visum fuit, id, quod deesset expressæ partium conventioni, per judicem ex bono & æquo suppleri, atque ita per eum æstimari, quantum alteri ex bono & æquo, etiam extra ac præter id, quod in conventionem deductum erat, præstare oporteat. Ex adverso, cum non tantæ tamque multiplicatæ in negotiis ab uno tantum latere obligantibus occurrerent rerum varietates, visum fuit, his definiendis prudentem contrahentis circumscriptionem posse sufficere; ac suæ culpæ & negligentiæ debere unumquemque accepto ferre, si minus ei per conventionem prospectum sit; ac proinde judicem quoque in judicando adstrictum esse oportere iis, quæ placuerant, nec debere eorum, quæ nominatim cauta non essent, habere rationem. Confer Vinnium ad §. 28. *Instit. de action. num.* 2. Sic sane mutuum nostrum, sic stipulatio; hereditatis aditio, indebiti solutio, pacta legitima donationis ac constituti, contractus denique innominati plerique, uti ex uno tantum latere obligant, ita & stricti juris sunt. Ex opposito, commodatum, depositum, pignus, emtionem, locationem, emphyteusin, societatem, mandatum, tutelæ administrationem, negotiorum alienorum vel etiam rerum communium gestionem, bonæ fidei esse, ac bonæ fidei actiones producere, discimus ex §. *actionum autem* 28. *Instit. de action.* ex quibus

omnibus vel utrimque directas, vel directas ac contrarias actiones oriri, principia juris abunde docent. Hæsitationem interim aliquam forte fecerit, quod in jure proditum est, descendentes ex permutatione vel æstimatorio contractu actiones, & hereditatis petitionem, ipsamque pro dote ex stipulatu actionem, bonæ fidei judiciis accenseri, *d.* §. 28. & 29. *Instit. de action.* & tamen non nisi uno ex latere his in causis aut obligationem esse aut dari actionem. Sed animadvertendum, ista sic peculiaribus de causis præter jus commune placuisse, atque adeo in iis a regula exceptiones esse. Quis enim, obsecro, magnopere miratur, permutationem & contractum æstimatorium bonæ fidei fuisse habitum, ubi perpenderit, quantam hi duo contractus innominati connexionem & affinitatem habeant cum emtione, locatione, mandato, negotiis bonæ fidei & utrumque contrahentem obligatum reddentibus, juxta *l.* 1. *ff. de æstimatoria*, *l.* 2. *ff. de rerum permutac. l. ult. ff. de condict. causa data.* Actionem ex stipulatu de dote bonæ fidei esse, æquum fuit, quia in locum veteris rei uxoriæ actionis, quæ dotium favore bonæ fidei erat, surrogata, ejus quoque naturam ac conditionem debebat imitari; quippe non durante tantum eo, qui olim fuerat, sed & multis modo aucto per leges novas dotis favore. Denique de hereditatis petitione jus certum ante non fuisse, sed demum ex Justiniani constitutione eam in classem negotiorum bonæ fidei relatam fuisse, constat ex *l. ult.* §. *ult. Cod. de petit. hered.* §. 28. *in fine Instit. de action.* ea forte ratione, quod possessor hereditatis non tam sua, quam hereditaria ac per consequentiam heredis veri negotia gessisse, adeoque ad negotiorum gestorem, bonæ fidei judicio devinctum, accedere intelligitur: dum vendit, pretia venditarum rerum ac credita hereditaria exigit, aliaque plura facit, quorum intuitu ipsum etiam ex quasi contractu obligari vero heredi, supra demonstratum est *tit. de petit. hered. num.* 1. Quod si e contrario urgeas, finium regundorum judicium stricti juris esse, & tamen in eo æque ac in familiæ erciscundæ ac communi dividundo judicio continem utrumque experiri posse, sic ut & duplex inde hoc judicium appelletur, *l. in tribus* 12. & 14. *ff. de judiciis*, *l. judicium* 10. *ff. finium regund.* ita habe, nullam ex finium confusione inter confines communionem fuisse natam, adeoque nec desiderari per eam actionem, ut a communione, multis plerumque difficultatibus innodata, sed tantum ut a terminorum confusione, recedatur: a qua, tanquam non multis circumstantiarum varietatibus implicita aut impedita, satis apte recedi posse placuit, etsi judici plenum ex bono & æquo judicandi arbitrium datum non sit.

4. Sed de diverticulo ut in viam ac ad *mutuum* redeamus, illud re constare, ac non nisi traditione perfici, certum est, *princ. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* quod tamen ita accipiendum, ut non præcise veram intervenire necesse sit, sed & ficta sufficiat, sic ut unus vel etiam duplex actus traditionis quasi occultetur, ambagum evitandarum causa, non modo secundum juris civilis placita, sed & juxta hodiernos mores, teste Hugone Grotio *in manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 8. 9. 10. Veluti, si convenerit inter deponentem ac depositarium, ut nummi antea depositi in posterum mutui sint, *l. certi condictio* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t. l. qui negotia* 34. *fere in pr. ff. mandati.* Vel jussero, te a debitore meo accipere pecuniam tanquam mutuam, tuque acceperis, *d. l.* 34. *l. singularia* 15. *ff. h. t.* vel si quis rogatus mutuam dare pecuniam, cum eam non haberet, lancem roganti dederit vel massam auri, ut eam venderet, & nummis uteretur, dummodo venditio ac pretii numeratio subsecuta fuerit, ut auctor est Ulpianus, *l. rogasti* 11. *ff. h. t.* Nam si res quidem vendenda fuerit tradita, ea lege, ut pretium inde redactum mutuum esset, ac venditio etiam celebrata, pretii vero numeratio roganti mutuum facta necdum sit, ficta quoque traditio necdum intervenisse videri potest, nec mutuum natum, cum nihil hactenus ad rogantem pervenerit, quod alia ex causa vere traditum, ex mutui causa numeratum fingeretur: unde & rogans tunc, ex ejusdem Ulpiani sententia, non certi condictione ex mutuo, sed præscriptis verbis actione tenetur, puta ex contractu æstimatorio, quasi negotio quodam inter eos gesto *proprii contractus*, id est, a mutuo diverso, *l. rogasti me* 19. *ff. de præscriptis verbis*, junct. *l. si gratuitam* 17. §. *si margarita* 1. *ff. eod. tit. l.* 1. *ff. de æstimatoria.* Neque huic postremæ fictarum traditionum speciei adversatur Africanus, cum in *l. qui negotia* 34. vers. *bis argumentum ff. mandati*, scribit, *eum, qui, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum, & tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, qui accepisset argentum.* Loquitur enim de eo, qui non de facto mutuum dabat, sed dare volebat, eumque in finem argentum vendendum dabat; nullo pacto addito, ut pecunia inde redacta mutua esset, quippe cujus altum in verbis legis silentium est; cum tamen illa sola formula atque conventio, *ut nummi inde redacti mutui essent*, vel *ut nummis uteretur*, fictam in mutuo traditionem inducat, ubi pretii numeratio subsecuta est. Sola sane voluntas dandi mutuum, sola conventio de mutuo dando, sola denique destinatio nummorum ad mutuum, non facit mutuum aut fictam efficit traditionem, *l. qui pecuniam* 30. *ff. h. t. l. si quis patremfamilias* 3. §. *ult. l.* 4. 5. 6. *ff. ad senatusc. Macedon.* quod & ab Africano in *d. l.* 34. adnotatum est, cum ait, *nuda pactione pecuniam creditam fieri non posse.* Ac proinde recte dixeris, minus esse in ea conventione, quæ proponitur ab Africano in *d. l.* 34. quam in ea, quam Ulpianus concepit in *d. l.* 11. *ff. h. t.* imo, quia deerat in *d. l.* 34. conventio, ut nummi ex argento vendendo dato mutui essent, non alius in ea facti specie contractus intelligi potuit, quam innominatus intelligi æstimatorius, quo alter alteri rem æstimatam vendendam tradit, ut accipiens vel rem incorruptam reddat, vel æstimationem de qua convenit, juxta *l.* 1. *in fine ff. de æstimatoria*, *l. si gratuitum* 17. §. *si margarita* 1. *ff. de præscriptis verbis.*

5. Quin & ficta censebitur ad mutuum contrahendum traditio intervenisse, secundum Ulpianum, si procurator, qui nummos a domini debitoribus exegerat, eosque ex causa mandati reddere domino tenebatur, præsens cum domino præsente convenerit, ut crediti nomine eos retineat; videtur enim domino prius data pecunia, & ab eo rursus ad procuratorem profecta, *l. singularia* 15. *ff. h. t.* adeoque nulla prioris debiti novatio, sed potius solutio intercessisse videtur, per quam prior ex mandato obliga-

tio perempta est; cum ad novationem stipulatione opus esset, quæ hic non apparet. Cui rursus non contradicit Africanus in *d. l. qui negotia* 34. *ff. mandati*, quando ait, ex eo, quod is, qui negotia Lucii procurabat, & a debitoribus ejus pecuniam exegerat, epistolam ad eum emisisset, qua significabat, *certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus*, creditum non fieri. Nam etsi a Vinnio recte observatum sit *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 40. frustra conciliationem tentari ex eo, quasi in *d. l.* 34. epistola quidem ad dominum emissa esset, sed de domini in mutuum consensu secundum epistolam non appareret; cum aperte satis Africanus ipse conventionem adeoque domini assensum supponat, dum pro argumento utitur, nuda pactione pecuniam creditam fieri non oportere; imprudentius tamen est, quod vir doctus iterato repetiit, illos oleum & operam perdere, qui hoc inter Africanum & Ulpianum dissidium student componere; perinde ac si dies diem non doceret, nec quicquam ultra superesset tentandum. Quamvis enim id libens concesserim, ex usu fori parum interesse, utrum inter dominum ac procuratorem, absentem an præsentem convenerit, ut exacti pro domino nummi apud procuratorem ut mutui remanerent, ad id, ut mutuum fiat, ut ipse ait *d. cap.* 40. *in fine*, ex juris tamen Romani principiis ista duo perinde habita fuisse, persuasum mihi non est. Cum ergo ab Africano tractari video de procuratore absente, qui id per epistolam emissam domino significaverat; ab Ulpiano vero simpliciter, sine distinctione vel absentiæ, conventionem inter dominum præsentiæ ac procuratore proponi, nihil vetare putem, quo minus Ulpiani verba de conventione inter præsentes inita accipiam, restrictione ad multas alias leges conciliandas & explicandas usitata ac necessaria, quarum una generalius asserit, quod altera cum distinctionis mentione negat. Quo posito, jure optimo Ulpianus fictam admisit traditionem, atque inde mutuum; negavit jure non minore Africanus. Cum enim fictiones juris solius soleant regulariter imitari naturam, ac possibilitatem naturæ plerumque supponant, sic ut ibi fictiones juris cessent, ubi rerum natura veritatem non admittit, ut patet ex *§. minorem* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. *Inst. de adoption.* nisi diserte ac nominatim aliud in hac aut illa fictionis specie inveniatur dispositum; ut id adnotatum in *pr. Inst. de inoff. testam.* necesse fuit, Africanum inter dominum & procuratorem absentem negare fictæ traditionis interventum; eo quod nec vera poterat inter eos, sibi invicem absentes, intervenire. Contra quoque, cum inter præsentes vere traditio naturalis esset, fictam etiam ad imitationem naturæ Ulpianus inter dominum ac procuratorem ei præsentem haud difficulter probavit. Hanc vero inter absentes præsentesque diversitatem juris circa ficta brevis manus traditiones admittendas aut respuendas, ne quis temere confictam gratis poni putet, efficit abunde Ulpiani locus in *l. falsus creditor* 43. *§. si is, qui* 2. *ff. de furtis*, ubi scribit, *si is qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum, non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; cæterum si eo præsente, alia causa est, & furtum facit.* Aut enim omnia me jura fallunt, aut unicum distinctionis ab Ulpiano factæ fundamentum in ficta brevis manus traditione inter præsentes probata, inter absentes impedita positum est. Titius scilicet secundum speciem facti istius legis, cum sciret sibi nihil deberi, Mævium, putantem per errorem, se Titii debitorem esse, cum non esset, delegavit Sempronio; solutione Sempronio facta, cum quæreretur, an non Titius ita furti reus factus esset (quia constat, furtum fieri, cum quis indebitos nummos sciens accepit, *l. quoniam* 18. *ff. de condict. furtiva*) ait Ulpianus, furtum a Titio delegante factum esse, si eo præsente solutum sit: non alia, ut opinor ratione, quam quia tunc contrectatio nummorum a Titio delegante facta intelligitur, quasi nummi per delegatum Mævium non Sempronio, sed ipsi Titio præsenti soluti, rursus per Titium Sempronio numerati essent. Contra vero furti actionem non esse cum Titio, cum eo absente solutio Sempronio per Mævium facta est; non aliam, ut existimo, ob causam, quam quia, uti nulla absenti Titio naturalis solutio fieri poterat; ita nec ficta nummorum numeratio in eo concipi aut fingi debuit, adeoque nec nummi considerari, quasi Titio traditi & rursus per eum Sempronio soluti: cui consequens erat, ut, deficiente & vera & ficta traditione, atque ita nulla etiam apparente Titii vera vel ficta contrectatione ad furtum necessaria, a furti vitio Titius immunis pronunciaretur: quod fieri non oportuisset, si in absente æque ac præsente Titio delegante ficta nummorum traditio concipienda foret. Juvatque hanc de ficta traditione inter absentes non probata sententiam coætaneus Ulpiano Paulus, quando in *l. ejus rei* 46. *l.* 47. *ff. de rei vendicat.* statuit, si in rei vindicatione reus ex jurejurando in litem præstiterit æstimationem, dominium statim ad possessorem pertinere, quia dominus cum eo transegisse & decidisse videtur eo pretio, quod pro ipso constituit: hæc autem *ita esse, si res præsens sit: sin absens, tunc* dominium rei acquiri, *cum possessionem ejus possessor nactus est ex voluntate actoris*. Non enim alia de causa Paulum ita scripsisse existimo, quam quia, ubi res præsens est, vere tradi potuit, & ob id quoque tradita fingitur; tradi vero non potuit vere, cum absens est, ideoque nec dominium ejus videri potest translatum ex ficta traditione, terminos habiles haud inveniente. Sed & pro hac opinione facit, quod idem Paulus in *l.* 1. *§. si jusserim* 21. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* cum Prisco tradit, *si jusserim venditorem procuratori rem tradere, cum ea in præsentia sit, videri mihi traditum; idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore & actu necesse, apprehendere possessionem; sed etiam oculis & affectu: & argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint.* Vides, & rerum venditarum traditionem & nummorum ex delegatione solvendorum numerationem ita fingi factam emtori ac creditori deleganti, *si in præsentia sint*. Et sane, si sibi invicem, & ipsis rebus, præsentes esse non deberent, inter quos ficta brevis manus intercedit traditio, ineptus plane Paulus fuerit, quod addidit conditionem illam, *cum ea in præsentia sit*; ac mox subjungit, columnas pro traditis haberi, *si in re præsenti consenserint*. Juvat insuper, quod Papiniano (qui Paulo ac Ulpiano non nihil superior) placuit, non aliter traditis horrei clavibus merces in horreo reconditas

videri traditas, quam si apud horrea claves traditæ sint, *l. clavibus* 74. *ff. de contrah. emt.* Quodque idem Papinianus in *l. donationes* 31. §. *species* 1. *ff. de donation.* respondit, *species extra dotem a matre filiæ nomine viro traditas, filiæ, quæ præsens fuit, donatas & ab ea viro traditas videri.* Qualis filiæ præsentia rursus frustra cum emphasi proponeretur, si æque, filia absente, ficta potuisset traditio esse. Denique, quod & Javolenus, his omnibus antiquior scripsit, si pecuniam, aut aliam rem, quam mihi debes, te in conspectu meo ponere jubeam, eo id effici, ut mea esse incipiat, quasi quodammodo longa manu tradita, *l. pecuniam* 79. *ff. de solution.* Etsi ergo legibus nonnullis simpliciter dicatur, merces videri traditas, clavibus horrei traditis, rerum venditarum possessionem censeri translatam, si venditorem, quod emerim, deponere in domo mea jusserim, §. *item si quis merces* 45. *Instit. de rer. divis. d. l.* 1. §. 21. *in fine, l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. de acquir. vel amitt. poss. l. qua ratione* 9. §. *item si quis* 6. *ff. de acquir. rer. domin.* tamen ista non aliter, quam concurrente præsentia, secundum plures leges alias manifestas requisita, intelligenda ac restringenda sunt. In ea tamen ficta traditione, qua res, quæ jam ante per dominum ex alia causa fuerat tradita, ex nova causa tradita fingitur, exceptionem esse puto, nec præsentia rei opus esse eo tempore, quo id agitur, ut, verbi gratia, id quod apud te prius deposui, deinceps ex causa mutui vel empti vel donati penes te sit: eo quod tempore præcedentis veræ traditionis res præsens fuit, & ista vera traditio nunc cum suis qualitatibus simpliciter fingitur repetita: unde & tunc dicitur *animo cœpisse possidere*, & *sine traditione nuda domini voluntate* res translata esse, §. *interdum* 44. *Instit. de rer. divis. l. certi condictio* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. h. t.* Sed & secundo, in constituto possessorio, quo quis id, quod prius suo nomine possidebat, constituit se velle deinceps alieno nomine possidere, (secundum *l. quod meo* 18. *pr. l. qui bona* 19. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*) probatum Romanis video, præsentiam eorum, inter quos per constitutum ficta contingit traditio, non desiderari, sed & inter absentes posse locum invenire, ut colligi potest ex *l. quadam mulier* 77. *ff. de rei vindicat.* & ex societate universali, in qua per quoddam constituti genus res omnes corporales a sociis possessæ inter eos communicantur, ita scilicet, ut quisque, quod ante tanquam proprium suo nomine possedit, deinceps pro parte velit nomine socii possidere, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. *ff. pro socio.* Quam singularitatem in constituto non aliunde quam ex ipsius constituti propria natura profluere existimo: eo quod constitutum tale, non facti, sed animi est: vult alieno nomine possidere, quod suo ante possedit: animum solum si mutaverit, constitutum est, *d. l.* 18. *d. l.* 19. §. 1. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* qualis animi mutatio nullam duorum præsentiam naturaliter requirit. Atque hinc etiam, si quis non simplici constituto possessionem transferre voluerit, sed amplius fictam quandam traditionem interponere, præsentia iterum opus fuit; ut patet in eo, qui, cum fundum vendidisset, eumque tradere vellet, emtori ex alta turre fundum monstrat vacuamque se tradere possessionem dicit; non translaturus sane possessionem professione illa traditionis vacuæ possessionis, nisi cum ea concurrisset monstratio fundi ex turre conspicui, atque adeo in præsentia emtoris ac venditoris sic positi, ut oculis & affectu apprehendi posset, *l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *in fine ff. de acquir. vel amitt. possess.* junct. *l.* 1. §. 21. *in med. ff. eod. tit.* Quod si & stipulatione considerare libuerit, quamvis a mutuo ceteroquin distinctas, vel ex ipsa patescet, quantam juris diversitatem præsentia pariat, ad absentiæ oppositionem, atque ita huic quoque disputationi lucem addent. Si enim *procuratori domini præsentis cautum fuerit, ex stipulatu actionem utilem domino competere, nemo ambigit*, ut ait Ulpianus, *l. si procuratori* 79. *ff. de verb. obligat.* Contra, si absente domino procurator sibi de evictione caveri curaverit, non aliter domino de evictione actio datur, quam si per procuratorem cessa sit, procuratore per actionem mandati ad cessionem compellendo, *l. possessio* 49. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* idque secundum generalia juris principia, quibus quisque sibi, nullus alteri (exceptis quibusdam casibus singularibus) stipulatur, & ex stipulatu actionem quærit §. *si quis alii* 4. §. *alteri* 19. *Instit. de inutil stipulat.* Ex quibus, nisi fallor, illud conficitur, procuratore stipulante dominum præsentem ipsum fingi stipulatum esse, absentem non item, quia præsens ipse potuit, absens non potuit, per naturam stipulari. Nec est, quod quis etiam in casu *d. l.* 34. *ff. mandati*, æque, ac in casu *l. quadam mulier* 77. *ff. de rei vindicat.* constitutum possessorium quærat. Etenim in constituto possessorio is, qui suo nomine possedit, incipit deinceps alieno nomine possidere, *d. l.* 18. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*, quod & contigit in facti specie, quæ est in *d. l.* 77. at in *d. l.* 34. *ff. mandati*, non potest procurator velle nummos, a domini debitoribus exactos, nomine domini possidere, quos vult mutuos apud se esse; sed potius, cum antea nummos illos exactos nomine domini possedisset, nunc id agere vult, ut eos suo nomine tanquam mutuos habeat, quod a constituto possessorio longe diversum est.

6. Sunt interim, quibus placuit, leviore ac simpliciore via hanc inter Africanum & Ulpianum, adeoque inter *d. l.* 34. *ff. mandati*, & *l.* 11. 15. *ff. h. t.* dissonantiam tolli posse, puta, temporum distinctione; jura increscere, augeri, extendi quotidie; Africano florente nondum adeo plene fictas traditiones pluribus in casibus invaluisse; Ulpiani vero tempore magis frequentatas fuisse, ac pluribus in casibus, quam ante receptas, utrumque sui seculi jura adnotasse. Quorum opinioni haud difficulter subscriberem, tanquam facillimæ; nec multis ambagibus aut involucris implicitæ, simulque eam continenti conciliandi rationem, quæ pluribus in partibus juris nostri explicandis componendisque usitata atque merito probata est; nisi ex aliis legibus patesceret, etiam fictas traditiones multifariam Africani ætate, atque etiam antea, fuisse admissas, laudantibus illas Javoleno atque Celso, sibi fere coætaneis, Africano autem superioribus, *l. si rem* 62. *ff. de evictión. l. pecuniam* 79. *ff. de solutionibus, l. interdum* 21. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. quod meo* 18. §. *si venditorem* 2. *ff. eod. tit. l. ut mihi* 21. §. 1. *ff. de donat.* Gajo quoque, qui Africano non inferior, *l. qua ratione* 9. §. *interdum* 5. & 6. *ff. de acquir. rer. domin.* ac Pomponio, qui Africano prope æqualis, *l. si servus* 21. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Et sane,

si omnium horum Jurisconsultorum temporibus id, quod meum erat, & apud te extabat, mea voluntate potuerit tuum fieri, tanquam ficta traditione, uti id in rebus depositis vel commodatis, ac postea depositario vel commodatario venditis donatis mutuo daris apparet; nulla ratio fuit, cur non æque, imo longe facilius, mea voluntate penes te manere potuisset tanquam tuum, quasi per fictam traditionem, quod tu mihi ex causa mandati vel æstimatorii contractus alioquin debuisti præstare, quodque, antequam mihi solveres, revera tuum erat, solutione tua demum a te in me transferendum, secundum casus in *d. l.* 11. & 15. *ff. h. t.* propositos. Et hæc quidem de fictis traditionibus pro locis nostri juris difficillimis explicandis sufficiant.

7. Mutuum dare potest dominus, liberam habens rei illius fungibilis, quam dat, administrationem, vel alius domini nomine, quo casu domino nummorum ex numeratione, per procuratorem vel negotiorum gestorem facta, non tantum certi condictio ex mutuo acquiritur, sed & actiones aliæ, sive in rem, sive in peosonam, pro conveniendis fidejussoribus, ac persequendis pignoribus in mutui dati securitatem procuratori devinctis, sine ulla actionum cessione, *l.* 2. *C. per quas personas nobis acquiritur*, arg. *l. si absentis* 4. *C. si certum pet. l. si pecuniam* 28. *ff. h. t.* Ut tamen domino liberum sit nomen mutuatarii reprobare, quoties in illud non consensit, & aliqua gestoris in pecuniis collocandis culpa apparet, *d. l.* 4. *pr.* & §. 1. *C. si certum pet.* junct. *l. litis contestatæ* 37. §. 1. *ff. de negotiis gestis*. Sic & civitatis pecuniam recte dat mutuam civitatis administrator, *l. Gajus Sejus* 11. *ff. de usuris*, tutor aut curator nummos pupilli vel furiosi, arg. *l. si tutor* 15. *ff. de administr. & peric. tutor.* Quin imo, si dominus suos nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit; sive sciente Titio, sive ignorante, mutuum tamen contractum intelligitur, & certi condictio Titio quæsita, *l. certi* 9. §. *si nummos* 8. *ff. h. t. l. si ita stipulatus* 126. §. *Chrysogonus* 2. *ff. de verbor. obligation.* quod ita in mutuo, uti alia plura, jure singulari receptum est. Quod si socius communem sociorum pecuniam numeravit ut mutuam, non aliter creditam efficit, quam si ceteri quoque consentiant, quia suæ tantum partis alienationem habuit, *l. si socius* 16. *ff. h. t.* cujus etiam solius partis intuitu tunc mutuum consisteret in sociorum dissensu, arg. *l. nam & si fur* 13. §. *ult. in fine ff. h. t.* nisi per mutuatarium nummi jam consumti sint; tunc enim ex consumtione confirmato mutuo in nummis alienis, etiam condictio ex consumtione danda foret, ut post dicetur.

8 Non tamen mutuum dare potest pupillus sine tutoris auctoritate, §. *ult. Instit. quibus alien. licet vel non l. non omnes* 19. §. 1. *ff. h. t.* Nec præsides provinciæ eorumque ministri, qui ad tempus, non perpetuo funguntur officio: sive per se sive per interpositas personas id faciant, *l. principalibus* 33. *l.* 34. *ff. h. t. l. eos qui*, 3. *C. si certum pet.* (quod tamen hodie non servari, notat Perezius *Cod. si certum petatur num.* 5.) nec quisquam nummos alienos suo nomine sine domini voluntate, quippe quos extantes dominus vindicare posset, bona fide consumtos condictione repetere; puta, condictione sine causa; de consumtis mala fide ad exhibendum agere, *l. rogasti* 11. §. *ult. ff. h. t.* vel etiam consumtos condicere, cessa sibi per eum, qui nummos numeraverat, condictione, quæ danti fuerat vel ex stipulatione de restituendo, vel ex consumtione accipientis quæsita, *l. quamvis* 2. *C. si certum pet. l. nam & fur* 13. *h. t.* Observandum enim, sæpe mutuum, quod ab initio non recte datum erat, atque ita ex numeratione inutile, dum obligatio ex mutuo nasci non potuit, quamdiu id, quod datum erat, accipientis factum non esset, quasi deficiente obligandi causa, postea tamen ex consumtione convalescere, ac parere condictionem ex consumtione, non præcise domino nummorum, sed numeranti accommodandam; eo quod non, unde originem pecunia, quæ mutuo datur, habeat, sed qui contraxit, sic ut propriam numeravit, in hujusmodi obligationibus, requiritur, *l. non omnis* 19. §. *ult. in fine ff. h. t.* junct. *l. non unde* 7. *C. si cert. petatur.* Qua ratione pupillo mutuum numeranti sine tutoris auctoritate, & furioso, & prodigo, & furi vel prædoni post consumtionem nummorum per ipsos nullo jure mutuo datarum condictio data est, §. *ult. Instit. quibus alien. licet vel non*, *l. rogasti* 11. §. *ult. l.* 12. *l.* 13. *pr.* & §. 1. *l. non omnis* 19. §. 1. *ff. h. t.* quod & usu probatum, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 14. Quin imo, etsi reprobi nummi dicantur mutuo dari, si tamen per recipientem tanquam probi expensi fuerint, magis esse puto, ut hic quoque numeranti jus suum crediti ex consumtione firmatum sit. Licet enim fateri necesse sit, reprobis nummis solutis liberationem debitori solventi non contingere, *l. eleganter* 24. §. *qui reprobos* 1. *ff. de pignorat. act.* similique modo, nummis non probis ex causa mutui datis, jus crediti non nasci: expensis tamen iisdem per accipientem, ut probis, & debitori liberationem competere, & mutuanti suum jus crediti confirmari, dicendum est: tum, quia vix est, ut probari queat, reprobos fuisse, quos accipiens iterum tanquam probos erogavit; tum quia, eo maxime probato, audiendus non est quisquis propriam audet turpitudinem allegare; allegat autem, qui se reprobam pecuniam pro proba expendisse, quod legibus interdictum, commemorat; tum denique quia is, qui per reproborum nummorum numerationem ex causa mutui obligari non vult, vel debitorem suum liberari non patitur, ita demum reproborum nummorum exceptione tueri sese potest, si reprobos restituat, *d. l.* 24. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Etiamsi de cetero verum sit, impune ferre non oportere, sed tanquam falsi reum coercendum esse, qui sciens dolo malo reprobos pro probis numerasse, probatur, de quo *ad tit. de lege Cornelia de falsis*.

9. Quid, quod & ante consumtionem pecuniæ, per non dominum suo nomine numeratæ, mutuum utiliter convalescere intelligitur, si accipiens eam nondum consumptam usuceperit, cum per istam usucapionem sic adimpletam ipsi danti suum jus crediti confirmatum sit, dum ipse est, qui accipienti præstitit usucapiendi facultatem, arg. *l. si aliedam* 13. *l. qui alienam* 33. *ff. de mortis causa donat.* Consumti autem nummi aliæque res fungibiles intelliguntur, non modo si erogati fuerint, aut oleum, vinum, frumentum similiaque per usum, in abusu consistentem, esse desierint; sed &, si ita hæc omnia rebus acci-

pientis propriis mixta fuerint, ut discerni ultra non possint, *l. si alieni* 78. *ff. de solut.*

10. Quod si filiusfamilias viaticum suum, (quod scilicet ei peregre studiorum causa degenti in iter & alimenta pater subministraverat seu in sumtum destinaverat) mutuum dederit, cum studiorum causa Romæ ageret, responsum est a Scævola, extraordinario judicio illi subveniendum esse; cum alioquin filiusfamilias vulgo nequeat suo nomine actionem in judicio movere, *l. cum filiusfamilias* 17. *ff. h. t. l. si longius* 18. *in fine ff. de judiciis*, junct. *l. filiusfamilias* 9. *ff. de oblig. & act.*

11. Accipere mutuum possunt omnes, qui & efficaciter obligari; etiam præsides provinciarum, *l. praesidis* 34. §. 1. *ff. h. t.* non tamen judices, apud quos lis pendet, ab iis, ad quos ea lis pertinet; quippe qui mutuum tunc dantes videri possent judicum corruptores, & (ut rescriptum habet) legum & provinciæ emptores esse, *l. quisquis* 16. *C. h. t. si certum petatur.* Sed & mutuum recte accipiunt civitates aliæque universitates & Ecclesiæ per suos administratores: ut tamen hæ non aliter obligentur ex mutuo administratoribus adnumerato, quam si doceatur, illud in rem ipsarum versum esse; cum alioquin ipsi potius administratores, qui contraxerunt, suo nomine ex mutuo tali conveniendi forent, *l. civitas mutui* 27. *ff. h. t. novell.* 120. *cap. & hoc quidem* 6. §. *ult.* vel etiam probetur, nominatim administratoribus id ex universitatis consilio atque decreto legitime & ex more interposito mandatum esse, ut universitatis nomine mutuam pecuniam sumant; tunc enim necesse non est ad obligandam universitatem, ut creditum re ipsa verum sit. Scilicet administratori rerum universitatis earundem quidem bene curandarum, conservandarumque provincia incumbit, sic ut sine speciali universitatis mandato possit ea omnia facere, sine quibus rerum talium gestio atque tuitio peragi nequit, arg. *l. cui jurisdictio* 2. *ff. de jurisdictione*, gravare tamen universitatem nequit mole æris alieni, mutuum suo arbitratu nomine universitatis accipiendo; cum id ad administrationem non pertineat, sed magis ita universitas perderetur ac mergeretur, arg. *l. habebat* 13. *ff. de institoria act.* Sed si consilio ex more habito, ac decreto subsecuto, administrator sic speciali instructus mandato mutuam acceperit pecuniam nomine universitatis, illa procul dubio obligata efficietur etiamsi creditor haud probaverit, in utilitatem ejus creditum versum esse, vel etiam constaret, administratorem istas pecunias inutiliter absumsisse: eo quod creditor ex mandato administratori dato nummos ei numerans ex mutui causa, non tam administratoris, quam potius universitatis mandantis fidem secutus intelligitur; eo modo, quo quis credens magistro navis, cui tacitum ex præpositione mandatum est datum, ut nempe contrahat, quoties navis tali sumtu indiget, non ultra quicquam inquirere tenetur, quam an mandato locus sit, id est, an tali sumtu navis indigeat; quo comperto, tuto credit magistro navis, & exercitorem sibi obligatum efficit: non modo cum pecunia in navis usus a magistro versa est, sed & cum is mutata mente in suos usus bonos malosve eandem derivavit, *l.* 1. §. *unde quaerit* 9. *l. ult. ff. de exercit. actione*, arg. *d. l. habebat* 13. *ff. de institoria actione*. Utrobique enim est quod sibi tum universitas tum exercitor imputare debet, quod talem suis negotiis ac pecuniis mutuis accipiendis præfecerit. Et hanc ex legibus Romanis petitam distinctionem circa universitates mutuo obligandas per suos administratores, non obscure comprobavit jus canonicum in *cap. pen. ex. ra, de fidejussoribus*, dum illic a Pontifice constitutum est, *ne quis religiosus absque majoris partis capituli & abbatis sui licentia ab aliquo pecuniam mutuam accipiat; alioquin non teneatur conventus pro his aliquatenus respondere: nisi forte in utilitatem domus ipsius manifeste constiterit redundasse.* Si ex consensu majoris partis capituli & abbatis mutuum acceptum esset, non inquirendum amplius erat utrum in conventus aut monasterii utilitatem versi fuissent nummi, nec ne; sed id unum, an Abbatis & capituli licentia intervenisset, ad id ut conventus aut monasterium ex illo mutuo teneretur. Sed si consensus ille defuisset, tum verum erat, ita demum ex mutuo obligari istam religiosorum universitatem, si in utilitatem domus ipsius versam fuisse pecuniam manifesto constet. Confer *tit. quod cujusque universit. nomine num.* 4. Fachineum *controvers. libr.* 2. *cap.* 75. 78. 77. Andr. Gayl. *tract. de arrestis imperii observat.* 9. *num.* 5. *& seqq.* Menochium *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 432. Hartmannum Pistoris *libr.* 1. *quaest.* 37. Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 41. 42. 43. 44. Joh. a Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 2. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 6. *defin.* 18. 19. Responsa Juriscons. *Holl. part.* 4. *consil.* 91. Huberum *ad Pand. h. t. num.* 8. *& seqq.* Mævium *de arrestis cap.* 8. *num.* 204. *& seqq.* Interim malitia quorundam ærarii quæstorum, mandati occasione majorem pecuniæ quantitatem, quam mandato cautum erat, nomine reipublicæ mutuo accipientium, effecit, ut hoc sæculo *anno* 1651. *die* 6. *Octobr. vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 1506. per Hollandiæ Ordines sancitum fuerit, non obligari Hollandiæ provinciam ex solis quæstorum cautionibus, quibus fatentur, se nomine ac mandato Ordinum mutuas accepisse pecunias (vulgo recepisse) sed demum, si solemnia instrumenta, specialem Ordinum ratihabitionem continentia, mutuantibus porrecta fuerint; qui etiam monentur non nisi ad talium solemnium instrumentorum traditionem mutuam quæstoribus pecuniam numerare. Qualis lex an nunc adhuc vigeat, merito dubites; dum nunc non aliter reipublicæ mutuum credi solet, quam scriptura privata primitus a quæstoribus ærarii recepta, quæ pluribus sæpe mensibus demum elapsis cum solemni obligationis instrumento commutatur.

12. Porro, quia pupilli & minores efficaci mandato suos tutores & curatores ad mutuum suo nomine accipiendum instruere non possunt, hinc nec aliter ex mutuo, quod tutores vel curatores se nomine pupillorum accepisse confessi sunt, pupilli ipsi obligabuntur, quam si in eorum utilitatem versum constet, *l. si in rem* 3. *C. quando ex facto tutoris vel curat. minor. agere vel conveniri debeat*, arg. *l. civitas* 27. *ff. h. t.* junct. *l. rempublicam* 3. *C. de jure reipublicae*, sic ut minores, in quorum rem mutuum non cessit, ne restitutionem quidem opus habebant; quippe ad quam demum confugiendum fuit, quoties ipsi tutoribus aut curatoribus auctoribus mutuum probarentur accepisse, ipsique contraxisse, juxta *l.* 1. 2. *C. si adversus creditorem.*

13. An autem, & quousque uxores mutuum accipere ac maritos aut se obligare valeant, in materia tutelæ & nuptiarum tractandum est.

14. Effectus mutui ex parte dantis est, quod & dominum rerum fungibilium datarum & periculum in accipientem transit: in mutuo enim corporum datorum alienationem contingere nec ipsa corpora, quæ appensa admensa vel adnumerata sunt, sed tantum alia similia, ad mutuantem redire oportere, expeditum est, *pr. & §. item is 2. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Unde & dubitatum fuit, an mutuum esset, si tibi pecuniam donassem, ut eam mihi crederes tuque credideris; eo quod nummi, quos donavi, ut mox reciperem, non videntur ex meo dominio exivisse; neque enim alienantur, qui sic dantur, ut recipiantur, *l. qui sic solvit* 55. *ff. de solution.* Sed benigne receptum fuit, tale mutuum valere *l. si tibi pecuniam* 20. *ff. h. t. l. qui id, quod* 33. *§. ea lege* 1. *ff. de donation.* nec obstat *d. l.* 55. *de solutionibus*, tum quia jurisconsultus in *d. l.* 20. ipse fatetur, secundum subtilitatem verborum neque mutuum neque donationem tali in casu esse; utrumque tamen ex benignitate valere: tum quia *d. l.* 55. demum obtinet, si nulla ad accipientem utilitas ex tali donatione perveniat; alioquin enim dominium etiam brevissimo temporis spatio transire atque redire posse, si quod inde commodum accipienti accedat, patet ex *l. servus dotalis* 53. *ff. soluto matrimonio*, ubi servus dotalis heres institutus uxori per maritum stante matrimonio redditus est, ea conditione, ut cum jussu ejus tanquam dominæ, hereditatem adierit, eique acquisierit, rursus marito retradatur. Quo modo etiam in nostro casu utilitas accipientis nummos ea lege, ut iterum det mutuos, in eo est, quod ad brebe tempus eos ex donatione capiens, mox reddendo obligationem sibi ex mutuo quæsivit.

15. Ex parte accipientis mutuum id operatur, quod ipse incipit mutuanti obligatus esse; & inde adversus ipsum certi condictio ex mutuo datur: quæ est actio personalis, stricti juris, competens mutuanti & ejus heredibus, si modo mutuans fuerit nummorum dominus, aut alienos nummos suo nomine numeraverit ex domini voluntate: neque enim domino nummorum hæc actio competit, nisi per numerantem suo nomine non dominum ea cessa sit; vel nisi obligationis instrumento insertum sit, debitorem restituturum mutuam pecuniam possessori chirographi (*toonder deses*) cum eo casu non soli nummorum domino, sed & cuivis alteri chirographi possessori sine speciali cessione contra debitorem agendi potestas sit, nisi probetur eum mala fide cautionem possidere, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *num.* 7. ibiq. Groenewegen. Si plures simul dederint, singulis actio pro parte danda est, cum hoc debitum dividuum sit, nisi id actum fuerit, ut unusquisque solidum repetere posset; quo casu præventioni locus foret. Quod si quis nummos, tanquam ad Titium pertinentes, Titii nomine mutuos dederit, Titio magis, quam numeranti, ut ut nummorum domino, hæc actio danda foret, sive Titio sciente, sive eo ignorante, id contigisset, *l. certi* 9. *§. si nummos* 8. *ff. h. t. l. si ita stipulatus* 126. *§. Chrysogonus* 2. *ff. de verbor. obligat.* multoque magis id obtinebit, si nummi ad ipsum Titium pertinentes Titii nomine ex mutui causa per procuratorem ejus aut negotiorum gestorem numerati sint, *l. cum per liberam* 2. *C. per quas personas nobis acquir. l. si absentis* 4. *C. si certum petat. l. si pecuniam* 26. *ff. h. t.* Plane si quis alienos nummos ex mutui causa numeraverit tanquam suos, vel alia ratione mutuum non recte contractum sit, non nisi post consumtionem obligatio & certi condictio nata censeri debet, nisi is, qui alienos tanquam suos dederat suo nomine, stipulatus insuper esset, eos sibi restitui, quo casu, iis adhuc extantibus, non hac, sed ex stipulatu condictione experiri posset, ut ante monitum, *l. nam & si fur* 13. *ff. h. t l. si quis pro* 56. *§. si nummos* 2. *ff. de fidejussor. l. quamvis* 2. *C. si cert. petat.*

16. Illud mutuanti in repetitione, per hanc actionem facienda, non obest, quod forte mutui numerationi conventionem aliam adjecit, quæ inutilis est. Qua ratione, si suo nomine decem numeraverit, & hæc alii reddi stipulatus sit, quamvis inutilis sit alteri facta stipulatio, ipse tamen condicere hac actione decem potest, *l. certi* 9. *numeravi* 4. *ff. h. t.* idemque est, si id, quod suo nomine numeraverat, sibi quidem restitui stipuletur, sed sub impossibili conditione, contractus vitiante; nam & hic mutuum utiliter datum ab inutili stipulatione separandum est, *d. l.* 9. *item quæri* 6. *ff. h. t.* Sed & si pupillo quis mutuum dederit tutoris auctoritate, vel alteri majorenni, cui mox post dationem bonis interdictum est, deinde a pupillo solo vel prodigo sine tutoris aut curatoris auctoritate stipulatus sit, salvam adhuc ei esse ex mutuo condictionem, responsum est, *d. l.* 9. *§. idem erit* 5. *& §. sed &, si* 7. *ff. h. t.* nisi novandi animo stipulationem cum pupillo prodigove fuisse subsecutam probatum sit, arg. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de novation.*

17. Conveniendus per hanc certi condictionem mutuatarius; & si plures sint, singuli pro parte, quoties se singuli non nominatim in solidum obligarunt, *l. si non singuli* 5. *l. si in rem* 12. *C. si certum pet.* Præsertim, cum & præsumendum in dubio sit, ad unumquemque datam ex causa mutui pecuniam pro virili parte pervenisse, arg. *l. reos* 11. *§. cum tabulis* 1. *ff. de duobus reis constituendis*. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 21. Si plures unius mutuatarii heredes sint, secundum jus commune, quo obligationes hereditariæ dividuæ ac actiones ipso jure inter coheredes divisæ sunt, non nisi pro ea parte, qua heredes sunt, tenentur, *l.* 1. *C. si cert. pet.* arg. *l.* 1. *& tot. tit. C. de heredit. action.* adeo ut ne speciali quidem stipulatione mutuatarius mutuanti facultatem concedere queat, conveniendi ex mutuo unum ex mutuatarii heredibus, mutuantis arbitrio & electione. Etsi enim testamento debitor unum ex suis heredibus integri debiti solutione onerare queat, sic ut eo casu reliquis liberationem ab onere æris alieni legasse intelligatur, *l. servo legato* 69. *§. si testator* 2. *ff. de legatis* 1. contractu tamen id agere non potest, ut unus ex pluribus heredibus solus creditori obligatus esset, &, si id maxime actum sit, tamen pactum tale conventum non creditori tantum, sed & ceteris gravatis coheredibus inutile esset, sive stipulationi sive mutuo insertum, *l. eum, qui ita* 56. *§. te & Titium* 1. *ff. de verbor. obligat.* junct. *l. omnia* 7. *ff. h. t.* Uti enim non potest obligare plane extraneum, ita nec heredem ultra eam partem,

ex qua is heres est; cum partium aliarum coheredibus datarum intuitu hic pro extraneo habendus sit. Eoque facit, quod ne tunc quidem, cum per testamentum onus illud æris alieni persolvendi uni ex pluribus heredibus impositum est, creditori ullum jus agendi in solidum contra gravatum nascitur, sed magis secundum juris Romani principia contra singulos heredes sunt, experiendum est; dato ipsis regressu adversus eum, qui solus solvere testamento damnatus est; *d. l.* 69. §. 2. *ff. de legatis* 1. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *c.* 11. *num.* 15. *in med.* Christinæus *ad Leg. Mechliniens. tit.* 16. *art.* 37. *n.* 15. Adde *tit. famil. erciscun. n.* 27.

18. Petitur hac actione, ut tantundem, seu res eadem in genere, ejusdem bonitatis ac quantitatis reddatur, *l. cum quid* 3. *ff. h. t.* non plus, quam datum est, licet id pacto actum esset, ut plus reciperetur, veluti pro decem numeratis undecim, *l. rogasti* 11. §. *si tibi* 1. *ff. h. t.* constitit enim, re non posse obligationem contrahi, nisi quatenus datum est, *l. si tibi decem* 17. *pr. ff. de pactis*, *l. cum ultra* 9. *C. de non numerat. pecunia*, adeo ut ne usuræ quidem fœnebris pecuniæ ex pacto peti potuerint, sed tantum ex vinculo stipulationis; eo quod jure Romano actionem ex pacto stricti juris negotiis addito non dari, *tit. de pactis* dictum est, *l. quamvis usura* 3. *C. de usuris*, idque eo magis, quia hæc actio certi condictio est, obligatio vero usurarum incerta pro temporis duratione, *l. ubi autem* 75. §. *pen. ff. de verbor. obligat.* absurdum vero fuerit, incertum peti certi condictione. Hodie tamen, uti ex alia quavis nuda conventione, ita ex pacto numerationi addito recte agitur ad usuras, aut ad undecim cum decem dati essent, si modo nihil in fraudem usurarum legitimarum fiat. Groenewegen ad *leg.* 17. *ff. de pactis*. Plane si decem dati fuerint ea lege, ut novem reddantur, non minus civili quam hodierno jure conventio servanda est, *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* junct. *leg. in traditionibus* 48. *ff. de pactis*.

19. Reddendum autem mutuum eo loco, quo datum est, nisi locus alius restitutioni destinatus sit, de quo alibi: tempore etiam per conventionem definito, alioquin, die non apposito, non statim, sed post temporis modici lapsum, ut tempore medio aliquam saltem ex mutuo ac usu pecuniæ utilitatem mutuatarius sentire potuerit; quod arbitrio judicis pro re nata definiendum. Ut enim commodato sine temporis adjectione concesso, officii & humanitatis ratio patitur, intempestive commodatæ rei usum auferri, *l. in commodato* 17. §. *sicut autem* 3. *ff. commodati*, ita quoque iniquum esset, mutuatarium, qui quasi beneficio mutuantis juvari debet, per subitaneam numeratæ pecuniæ repetitionem eludi, decipi, circumscribi. Et quamvis verum sit, in omnibus obligationibus, in quibus dies appositus non est, præsenti die deberi, *l. in omnibus* 14. *ff. de reg. juris*, *l. eum, qui calendis* 41. §. 1. *ff. de verbor. obligat.* non tamen eo humanitas atque etiam arbitrium judicis exclusum censeri debet, ut mutuatario convento modica vel per mutuantem vel per judicem dilatio tribuatur, pro negotiorum diversitate, arg. *d. l.* 17. §. 3. *ff. commodati*, *l. quod dicimus* 105. *ff. de solution. l. promissor Stichi* 21. §. 1. *ff. de constituta pecun. l. cum militi* 16. §. 1. *in fine ff. de compensation.* sic ut merito huic rei applicueris illud Pauli, hæc æquitatem suggerere, etsi jure deficiamur, *l. in summa* 2. §. *item Varus* 5. *ff. de aqua pluv. arcend. act.* Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 52. Menochius *de arbitrar. judicum lib.* 2. *casu* 22.

20. Diei tamen adjecti occasione dubium, an mutuatarius invito mutuanti ante diem, restitutioni tempore numerationis dictum, obtrudere queat mutui redditionem. Sane, si ut plerumque adsolet fieri, in mutuatarii gratiam dies adjectus sit, quo possit interim conquirere quod reddat; dubium non est, quin & maturius mutuantem invitum ad recipiendam ex mutui causa debitam pecuniam jure compellat; cum suo quisque juri ac favori recte renunciet, *l. quod certa* 70. *ff. de solut.* arg. *l. pen. C. de pactis*, junct. *l. stipulatio ista* 38. §. *inter incertam* 16. *l. eum, qui* 41. *ff. de verbor. obligat. l. intra dies* 7. *ff. de re judicata*, eoque pertinet, quod a Venulejo scriptum est, id quod in diem debetur, ante solvi posse, licet peti non possit, *l. continuus actus* 137. §. *cum ita* 2. *circa fin. ff. de verbor. obligat.* Adde *l. Javolenus* 15. *in fine ff. de annuis legatis*. Si vero in ipsius mutuantis gratiam potissimum diem restitutioni præfinitum esse constet, dum pactus est, sibi demum post anni bienniive decursum mutuum restitui, ne alioquin quot mensibus, aut saltem sæpius, de collocanda fœnori aut in alios usus vertendi pecunia sollicitus esse teneatur, sæpius etiam otiosos penes se diutius servare nummos præter expectationem maturius redditos, non animadverto, cur mutuatario liberum esset ante tempus reddere, quod ea lege, ne ante reddat, accepit: nisi interusurium temporis needum ex pacto elapsi superaddere paratus sit. Etsi enim a variis traditum inveniam, sustineri non oportere pactionem illam, qua id agitur, ne intra certum tempus mutuum reddi queat, Molinæus *tract. de usuris quæst.* 31. *num.* 354. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 122. *n.* 69. 79. 71. Sande *decis. frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 11. *in fine*, Ant. Matthæus *parœm. Belgar. juriscons.* 4. *num.* 7. rationi tamen naturali ac certis juris principiis id adversari putem. Primo enim constat satis ex *l. Javolenus* 15. *ff. de annuis legatis*, per heredem id, quod in diem a testatore legatum erat, ante diem non recte solvi, si probatum fuerit, propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, legatum in diem relictum esse: sive autem pacto sive testamento dies in creditoris gratiam adjectus fuerit, quid, quæso, refert? Cujacius ad *l.* 38. §. *inter incertam* 16. *ff. de verbor. obligationib.* Deinde, cum expeditum sit, eum, qui ædium usum conduxit in certum tempus, migrare ante tempus non posse, aut derelinquere contra placita ædium usum; quin nihilominus integri temporis, contractu definiti, pensionem præstet, *l. dominus* 55. §. *ult. ff. locati*, sufficiens nulla diversitatis ratio reddi potest, cur non in usu pecuniæ, in abusu consistente ac per mutuum concesso, æque efficaciter conveniretur de usu pecuniæ ad certum usque tempus sub usuris retinendo. Vanum sane simulque fictum est, in usurarum legitimarum fraudem ita quicquam agi. Et, si valeat conventio, ut post certum tempus reddere liceat, cui tacite inclusum, ne ante illud tempus restitutio fiat, ut id plures censent secundum Christinæum *ad Leg. Mechl. tit.* 12. *art.* 3. *n.* 4. *in notis*, consequens est, nisi in verbis ludere visum sit, superiorem quoque conventionem, de mutuo non nisi post

tempus invito mutuanti reddendo, justam esse ac extra fœnoris illiciti vitium positam. Atque hoc fundamento nititur nunc passim probata illa pactio, ne debitor creditori sortem reddat, nisi facta creditori ante sex menses aut aliud tempus denunciatione, eam restitutum iri; quo non aliud efficitur, quam ne intra certum tempus restitutio mutui permissa sit, Mævius ad *jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 8. *art.* 12. *num.* 4. *& seqq.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 38. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 12. *art.* 2. *num.* 8. Loesius *ad tit. pand. de solution. num.* 31. Vinnius *ad §.* 2. *Instit. de verb. oblig. num.* 4. Abr. a Wesel *de novel. constit. Ultraject. art.* 20. *num.* 12. 13. ibique plures allegati. Quod ipsum isti quoque conventioni inclusum est, quam mutuatarius in annum mutuam accepit pecuniam sub usuris: in quantum ante annum reddere tunc sortem nequit, nisi oblatis simul anni totius usuris, arg. *l. qui Romæ* 122. *ff. de verbor. oblig.* Groenewegen *ad d. l.* 122.

21. Restituenda ex mutuo simul & semel tota quantitas: non enim particularem solutionem, multa sæpe incommoda habentem, creditor invitus tenetur admittere, nisi id actum sit, *l. tutor.* 41. *§. Lucius* 1. *ff. de usuris*, *l. obsignatione* 9. *C. de solut.* aut pars debiti sit liquida ac in confesso, pars illiquida, sic ut de ea litigatum eundum sit, *l. quidam existimaverunt* 21. *ff. h. t.* aut plures unius mutuantis vel mutuatarii heredes sint, qui singuli non ultra partem suam hereditariam ex mutuo aliisque causis accipiunt, aut reddere compelluntur, *l. pro hæreditariis* 2. *C. de hereditar. action. l. per familiæ* 2. *§. ult. l.* 3. *l. heredes* 25. *§. si miles* 1. *ff. famil. ercisc.*

22. Est & restituenda res ejusdem generis, non aliud pro alio, nisi creditori consentienti aliud in solutum detur, *l. eum, a quo* 16. *C. de solution. l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. *ff. h. t.* junct. *l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vendit.* adeo ut, si mutui nomine acceperim auri vel argenti pondus, reddere non possim invito creditori pecuniam ad numerum; cum alia sit pecunia numerata, seu signata, aliud aurum argentumve infectum, cujus solum pondus spectatur & materia, nec alterum sub altero contineatur, arg. *l. cum aurum* 19. *ff. de auro argento legato*, etsi aliud id donationibus placuerit, dum mitius cum eo agendum videtur, qui ex sua liberalitate debitor est, *l. si quis argentum* 35. *pr. C. de donation.* junct. *l. Divus Pius* 28. *ff. de reg. jur.* dissentit Pinellus *ad tit. C. de rescind. vend. in rubr. part.* 1. *cap.* 3. *n.* 9. *& seqq.* Quod si aliud instrumento, quasi numeratum comprehensum sit, aliud vere mutui titulo datum constet, non quod scripto cautum, sed quod re ipsa numeratum, reddendum est; eo quod plus valere debet quod agitur, quam quod simulate vel per errorem, conceptum est, *l. si non singuli* 5. *C. si cert. petatur*, *tit. Cod. plus valere quod agitur quam quod simulate concip.* &, uti absurdum creditum, re obligationem ultra contrahi, quam datum est, *l. si tibi decem* 17. *pr. ff. de pactis*, *l. cum ultra hoc C. de non numerat. pecun.* ita ineptum æque esset, re quemquam obligari in aliud, quam quod ei numeratum fuit.

23. Pecuniam tamen mutuo acceptam nemo restituere tenetur regulariter in eadem moneta, sed alios nummos æque probos, seu idem valentes, dando liberatur, veluti aureos pro argenteis, & vice versa; cum in nummis mutuo datis non tam corpora quam quantitates spectentur, nec hactenus denarii ab aureis, neque aurum ab ære distet, arg. *l. quæ extrinsecus* 65. *§.* 1. *ff. de verbor. obligat. l. etiam aureos* 159. *ff. de verb. sign.* junct. *l. si is, cui* 94. *§. sin autem* 1. *ff. de solution. l.* 1. *ff. de contrah. emt. l. plane, ubi* 34. *§. sed si non corpus* 3. *ff. de legatis* 1. nisi nominatim aliud actum sit, vel inde damnum passurus esset mutuans, forte nimis minuta reddita moneta, vel alio modo, *l. debitorem* 99. *ff. de solutionibus* (ubi pro *debitorem* oportere legi, *creditorem*, Gothofredus in notis aliique jure monent) Fachinæus *controv. lib.* 2. *cap.* 50. Pinellus *ad tit. C. de rescind. vend. in rubric. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 16. 17. quod & per universum orbem invaluisse testatur Parladorius *rerum quotidian. libr.* 2. *cap. fin. part.* 5. *§.* 17. *num.* 18. *& seqq.*

24. De mutatione monetæ inter diem mutui dati ac restitutionis gravis controversia est, cui illa noceat, debitorine, an creditori, & num idem an vero aliud in intrinseca bonitate, aliud in externo valore mutato statuendum sit? multos sane hac de re ita scripsisse deprehendo, ut post longam disputationem vix, quid velint, assequaris; quod ne & mihi eveniat, quibusdam præmissis cavere annitar. Considerandum itaque, internam nummorum bonitatem mutari, quoties ipsa proba nummorum materia, ex qua fabricantur, aurum, puta vel argentum, in nummis recentioribus minori invenitur pondere seu quantitate, quam in vetustioribus; dum posteriores vel eandem quidem cum prioribus materiæ auri aut argenti puritatem bonitatemque habent, sed levioris ponderis sunt; vel ex adverso idem quidem cum prioribus pondus habent, sed plus æris aut alterius metalli singulis mixtum est; quo per artem separato, minor auri vel argenti puri quantitas deinceps in recentioribus quam antiquis apparet. Sciendum quoque, externam nummorum bonitatem consistere in valore, qui materiæ publice signatæ auctoritate publica imponitur ea mente, ut perpetuus stabilisque sit: quo fit, ut usum dominiumque pecunia non tam ex substantia, quam quantitate præbere intelligatur; imo non amplius corpus, sed sola quantitas & æstimatio illa publica deinceps spectanda sit, *l.* 1. *ff. de contrab. emt. l. si is, cui* 94. *§. sin autem* 1. *ff. de solutionibus*, per quam pecuniæ corpora semel æstimata omnem in posterum aliam respuunt privatam æstimationem, omniaque æstimant, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus*. Notandum insuper, mutari quandoque externum ipsius materiæ, id est auri argentique valorem, per usum atque commercia hominum aucto rudis auri aut argenti pretio; & ita quidem, ut non pari proportione surgat utriusque metalli, ex quo nummus constat, æstimatio, sed magis auri, quam argenti, aut vice versa: ex quo deinde necessario augenda quoque venit publica nummorum jam cusorum cudendorumque æstimatio, etsi materia eorum neque melior neque major sit; qua ratione, cum verbi gratia ducatus aureus simplex anno 1595. valeret publice florenis Hollandicis tribus & octo stuferis, Dalerus imperialis argenteus duobus florenis & quinque stuferis, secundum placitum Ordinum generalium anno 1594. 2. *Septembr. vol.* 1. *placitor. Holl. fol.* 2656. per varias mutationes intra dimidiati seculi spatium res eo deducta fuit, ut juxta edictum eorun-

dem Ordinum *anno* 1645. 6. *Martii d. vol.* 1. *pag.* 2092. valor Daleri ascenderit ad duos florenos & decem stuferos, ducati vero aurei ad quatuor florenos stuferosque quindecim; eadem in reliquis aureis argenteisque nummis servata augmenti proportione. Junge Emanuelis Meterani historiam *lib.* 12 *in fine*. Ex quo apparet, argenteæ monetæ valorem nona tantum parte auctum fuisse, aureæ autem amplius, quam quarta parte, quia scilicet minus argenti quam auri infecti pretium creverat commercio mercatorum. Etenim ultimo animadvertendum, ita plerumque in rebuspublicis ac regnis bene constitutis externum valorem nummis auctoritate publica solere, atque etiam oportere imponi, ut cum intrinseca materiæ bonitate conveniat, eique respondeat, seu, ut tanti valeant propter materiam nummi liquefacti ac in rudem auri vel argenti massam redacti, quanti valent signati, deductis solummodo impensis ad pecuniam formandam signandamque factis, et levi alia in majestatis signum publico cessura portione: ac propterea etiam vel in totum interdici usu nummorum, in quibus deprehenditur deficere materiæ bonitas, vel publicam pro rata imminui eorum æstimationem; *l. creditor oblatam* 102. *ff. de solution.* Quibus præmissis, ajo, bonitatem internam et externam nummorum mutatam, ipsamque etiam mutationem valoris metalli seu materiæ, quæ mutationibus superioribus occasionem præbere solet, cedere lucro et damno debitoris, præcipue mutuatarii, ad reddendam pecuniam devincti; sic ut ille, aucto publico nummorum valore, liberari possit, pauciores reddendo, quam mutuos acceperat; eo vero diminuto, plures pro rata restituere teneatur; et si forte ex metallo puriore constantes acceperit, reddere deinde possit alios ex materia viliore per quandam tolerantiam aut conniventiam aut abusum factos, quamdiu nummis illis intrinsecæ bonitatis intuitu vilioribus sua potestas auctoritate publica adempta non est, ipsique vel in totum reprobati vel externo diminuti valore. Confer Christinæum *vol.* 3. *decis.* 1. *num.* 1. Molinæum *de usuris quæst.* 96. *num.* 729. *& seqq.* Neostadium *Curiæ Holl. dec.* 37. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 18. 19. *& cap.* 14. *num.* 39. 40. 41. Wassenaar *pract. judicieel. cap.* 11. *n.* 102. 103. 104. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 125. *&* 290. 291. 292. Quarum omnium assertionum fundamentum in præcognitis supra enarratis invenitur; puta, quia pecunia, qua talis, usum dominiumque non tam ex substantia, quam quantitate præbet, quæ quantitas ita auctoritate publica definitur, ut illa sola, et nulla alia, in expendendo, inque commercio inter homines, spectanda sit, *d. l.* 1. *ff. de contrah. emt.* Quod et multis Ordinum generalium circa monetam edictis firmatur; quibus post querelas graves de illis, quorum solertia, artibusque etiam non bonis, surgebat in dies auri argentique rudis æstimatio, profitentur, se ex necessitate crescentis istius valoris invitos compulsos esse ad augendam veterum ac recentiorum nummorum potestatem seu publicum valorem, interdicentes de cetero cum pœnæ comminatione, ne quis eos supra istum lege publica stabilitum valorem expendat, oblatosve acceptet. Ut proinde mirari oporteat, cur Vinnius, postquam ad *princ. Inst. quib. mod. re contrah. obligation.* 11. hanc basin constituisset, in nummo non tam corpus, materiam, numerum, qualitatem, quam potestatem, valorem, publica lege impositum, spectari, mox, in *n. seq.* 12. definierit, si bonitas materiæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositus, tempus solutionis in solutione facienda debere attendi. Quæ etiam distinctio eo minus ab eo defendi potuit, quod ipse scripsit ibidem, mutata bonitate intrinseca vel extrinseca, atque adeo utrobique, pretia rerum omnium mutari, & pro modo auctæ vel minutæ bonitatis crescere vel decrescere. Id enim si ita sit, par utique externæ & internæ bonitatis mutatæ ratio non patitur tam diversum constitui jus. Et sane (ut nostra plenius firmetur sententia), de bonitate nummorum interna mutata id manifestum est ex *d. l. creditor oblatam* 102. *ff. de solution.* ubi erosa pecunia, id est, nimium æris admixtum habens adeoque intrinseca bonitate laborans, oblata creditori proponitur eo tempore, quo necdum jussa præsidis reprobata erat, nec carpitur facta tunc per debitorem oblatio; sed cum creditor in aliud tempus solutionem differri petiisset, interimque jussu præsidis istud pecuniæ genus, tanquam erosum, sublatum, seu expendi vetitum esset, non creditoris, sed debitoris id damnum esse, a Scævola responsum est. Recensque non absimile non ita pridem in nummis nostratibus argenteis, *Schellingorum* nomine denotatis, exemplum extitit, quippe qui diu publica quadam tolerantia (dum averti non potuit) expensi tanquam sex stuferis nostratibus valentes, etsi constaret, multos recenter cusos non ejusdem cum antiquioribus bonitatis internæ esse, plenissimam debitoribus ipsisque mutuatariis ex probiore numerata pecunia obligatis pepererunt liberationem, donec tandem istiusmodi nummorum valori publica lege pars duodecima detracta fuit. Sed & de mutato valore nummorum externo sententiam nostram usus quotidianus & hoc ipsum recentissimum monetæ *schellingorum* mutatæ exemplum abunde confirmat. Nam cum placuisset, usque ad certum diem tolerandum esse talium nummorum valorem hactenus receptum lex *stuferorum*, post diei illius existentiam illos deinceps tanquam tantum quinque *stuferis* cum dimidio valentes expendi debere, contigit frequentissime, ut, qui ante diem illum centum florenos in *schellingis* acceperant mutuos, lapso illo die schellingos, plane similes illis quos acceperant, vel etiam eosdem forte nec erogatos, eodem numero reddendo liberari non potuerint; sed tot nummorum similium corpora addere numeratis debuerint, quot sufficerent supplendæ diminutioni valoris externi. Vicissim occasione valoris perpetui publica auctoritate aucti ob increscens materiæ seu metalli pretium, ab Ordinibus Generalibus constitutum *anno* 1619. 13. *Febr. vol.* 1. *placitor. pag.* 2774. sortes restituendas & redituum annuorum luitiones faciendas esse, considerato in nummis reddendis valore non ejus temporis, quo forte mutui dati, sed qui publice postea anno 1615. stabilitus fuerat. Quibus similia postea iterum fuerunt cauta 21. *Julii anno* 1622. *artic.* 43. 44. *dict. volum.* 1. *pag.* 2813. Nititurque hoc fundamento gravis eorundem Ordinum sollicitudo, dum ajunt, ob crescens in dies auri ipsius & argenti pretium, crescentemque inde externum nummorum valorem, verendum esse, ne annui redditus, stipendia, aliique similes pro-

ventus nummarii, tandem in nihilum probe redigantur; dicto placito 21. *Julii* 1622. *in præfatione*, & 8. *Martii* 1645. *in præfat.*, *d. vol.* 1. *pag.* 2190. qui metus vanus esset, si totidem nummi, quot accepti, reddendi forent, non obstante valoris externi augmento. Nec adversatur hisce, quod Ordines iidem edicto *anni.* 1606. *art.* 18. *d. vol.* 1. *p.* 2677. permittunt, mutuatarium & annui reditus venditorem stipulari posse, ut sibi liceat reditum luere sortemve reddere nummis solutis secundum valorem, qui tempore luitionis auctoritate publica deprehendetur stabilitus; unde citra stipulationem videri posset contrarium servandum esse. Considerandum enim, articulum illum decimum octavum cohærere articulo decimo septimo, quo vetitum fuerat, ne quis ullo modo contractus iniret, nisi considerato valore nummorum per istud edictum stabilito: ne autem quis crederet, Ordines velle, ne unquam alio valore, utcunque post justis ex causis aucto, nummi redderentur, subjunctum fuit, tales stipulationes licitas esse, nec stipulantes ita peccaturos contra præcedentis articuli prohibitionem; quippe id stipulatione agentes, quod & ex jure communi sine stipulatione justum & servandum erat. Quibus consequens est, ut dicamus, posterioribus hujuscemodi Ordinum constitutionibus derogatum fuisse placito Philippi Hisp. Regis, Hollandiæ Comitis, promulgato 5. *Martii* 1571. *d. vol.* 1. *pag.* 1434. in cujus articulo septimo dispositum fuerat, in redituum annuorum luitione solvendos esse nummos secundum valorem, qui probaretur fuisse eo tempore, quo primum reditus constitutus fuit, etsi appareret eum tempore solutionis fuisse auctum. Hæc tamen omnia ita demum obtinent, si nulla ex parte debitoris vel creditoris mora intercesserit. Si enim debitor nummos, necdum diminuto valore sed forte diminutione imminente, creditori legitimo tempore debitoque modo obtulerit, & non acceptos consignaverit ac deposuerit, uti plenissimam inde liberationem haberet, ita & diminutio valoris postea superveniens non ei, sed soli creditori damnosa foret, arg. *l. obsignatione* 9. *C. de solution. l. tutor.* 41. §. *Lucius* 1. *ff. de usuris.* Et vice versa, si creditor solutionem urserit, ac litem contra debitorem ob id contestatus fuerit, pendente autem lite vel post condemnationem, ante solutionem nummorum valor auctoritate publica auctus sit, debitor non obstante valoris augmento nummos aureos argenteosque deinceps solvere compellendus erit, considerato valore illo, non qui nunc auctus est, sed qui tempore litis contestatæ aut latæ sententiæ obtinebat; atque ita non debitori sed creditori augmentum proficiet. Neque enim æquum erat, ut debitori sua mora prodesset, expensis forte nummis post auctum valorem, quos ante augmentum debuisset minoris æstimatos, adeoque numero plures, præstare: & vicissim creditori noceret, qui illos legitimo tempore sine mora solutos secundum valorem minorem, potuisset rursus aucto demum valore erogasse. Neutri sane suam moram prodesse oportere, & alteri nocere, jus certum est, *l. hominem certum* 37. *in fine ff. mandati l. illud sciendum* 17. *ff. de peric. & commodo rei vend.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 37. Jacobus Coren *observ.* 16. Groenewegen *in notis ad Grotium libr.* 3. *cap.* 14. *num.* 39. Et hoc ipsum est, quod placito Ordinum Generalium cautum fuit, condemnatis ad solvendum, licet provocantibus, non profuturum externi nummorum valoris augmentum, quod appellatione vel executione pendente supervenisset, 21. *Julii* 1622. *art.* 42. *vol.* 1. *pag.* 2813. Sed &, si ponas, mutuantem nominatim pactum esse, sibi tot restitui ejusdem monetæ nummos, quot mutuo dedisset, veluti centum ducatos aureos in specie (ut ajunt) cum centum numerasset; recte dixeris, neque plures neque pauciores reddendos esse, quam accepti sunt, sive creverit sive decreverit hujusmodi monetæ valor: eo quod mutuans tunc corpora & materiam nummorum potius, quam quantitatem & æstimationem publica lege impositam spectasse intelligitur; quod fieri posse, ex multis juris nostri locis patet, *l. talis scriptura* 30. §. *item si* 6. *l. sed si certos* 51. *l. si servus legatis* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. *l.* 1. §. *sed & si* 7. *ff. de dote præleg.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl libr.* 3. *cap.* 10. *numer.* 18. & 19. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. *num.* 103. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 120. 121. & *consil.* 49. Quod si simpliciter id actum sit, ut certa nummorum species reddatur, expresso quoque eorum valore, veluti, *dat het geleende Geld in Ducaten sal moeten werden gerestitueeret, den Ducaat tegens vyf Gulden gerekent*; conventio ista non efficit, quo minus secundum ante dicta plures pauciores reddantur nummi, quam accepti, prout tempore restitutionis publica talium nummorum æstimatio per legem recentiorem aucta vel diminuta erit: cum valor ille censeri debeat pacto expressus esse tantum ad exclusionem valoris, per usum vulgi præter ac contra edicta publica diminuti auctive, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 39. 40. 41. Vassenaar *pract. judic. cap.* 11. *num.* 104. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 125. Confer, si libet, de mutatione monetæ varie scribentes ac sentientes Albertum Brunum *tract. de augmento & diminutione monetarum in oceano juris tom.* 12. *pag.* 207. & *seqq.* Molinæum *de usuris quæst.* 96. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 73. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *constit.* 28. *defin.* 4. 5. & *constitut.* 29. *defin.* 5. 6. 7. 8. 9. 10. Jacob. Coren *observ.* 16. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 216. *part.* 2. *consil.* 125. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 533. *pag.* 669. *par.* 4. *consil.* 33. *part.* 5. *consil.* 80. Ant. Fabrum *Cod. libr.* 8. *tit.* 30. *defin.* 11. Ant Matthæum *de obligation. disput.* 8. *thesi* 16. 17. 18. Justum Meyereum *Collegio Argentor. ad Pand. h. t. nu.* 30. Fachineum *controv. libr.* 2. *cap.* 9.

25. Si major alibi, alibi minor eorundem nummorum valor sit, in solutione facienda non tam spectanda potestas pecuniæ, quæ est in loco, in quo contractus celebratus est, quam potius, quæ obtinet in regione illa, in qua contractus implementum faciendum est, arg. *l. unic. C. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit, l. ideo* 3. *ff. de eo quod certo loco l. ult. in fine ff. de condict. triticar. l. vinum* 22. *in fine ff. h. t.* eo quod illic contraxisse unusquisque intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. l. at ubi quisque* 3. *in fine ff. de rebus auctor. jud. possid.* Brunnemannus *ad l. unic. C. ubi conven. qui certo loco.* Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *c.* 2. *n.* 15.

26. Non aliter tamen restitutio mutui impetrari potest, quam si probetur illud datum fuisse;

qualis probatio per chirographum fieri potest, quoties illud ab eo, qui scripsisse dicitur, agnitum est; ad quam agnitionem faciendam etiam citari debitor potest, ad eum effectum, ut si citatus prima vice sese non stiterit, adeoque nec scripturæ contradixerit, juris interpretatione, secundum mores nostros agnovisse intelligatur. *Ordonnantie van Justitie binnen de Steden en ten platten Lande van Holland. anno* 15 0. *art.* 1. 3. 10. *statut. Ultrajectic. t.* 7. *art.* 6. Merula *praxi lib.* 4. *t.* 37. *cap.* 2. *numer.* 3. quod & ad heredes ejus, qui scripsisse dicitur, & ad viduam *massariam* dictam, nec non ad successores in beneficiis Ecclesiasticis, ac ad collegia circa scripturam abbatum & aliorum præpositorum productum est eatenus, ut de sua credulitate respondere bona fide compellantur, an defuncti scripturam esse putent, nec ne, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *mem.* 6. Parens p. m. Paulus Voet ad *t. Instit. de literar. oblig. n.* 9. vers. *quæ duo*, Wassenaar *pract. judic. cap.* 6. *n.* 15. Confer Parladorium *rerum quotid. lib.* 2. *cap. fin. part.* 1. §. 5. *num.* 8. & *seqq.* Imbertum *Instit. for. libr.* 1. *cap.* 29. *in notis lit. a.* Quisquis autem scripturam propriam per mendacium inficiatus fuerit, convictus in duplum condemnandus est, *auth. contra C. de non numerata pecun. statut. Ultraject. t.* 7. *art.* 6. Paulus Voet *d. n.* 9. versu *quod si de moribus*, vel saltem arbitrio judicis pro qualitate delicti mulctandus, Groenewegen ad *d. auth. contra C. de non numer. pecun.*

27. Per testium quoque depositionem probari mutuum, dubium non est, si modo de quantitate eadem mutuo data deponant: nam si unus de quinque, alter de decem, tertius de quindecim datis testetur, fidem plenam facere nequeunt; cum testes singulares sint, ac de diversis numerationum actibus videantur deponere; sic ut hic locum invenire nequeat id, quod de arbitris scriptum, *l. diem proferre* 27. §. *si plures* 3. *ff. de receptis*. Adde Mascardum *de probat. conclus.* 1086. *num.* 15. Quod si de mutui quidem numeratione testimonium testes perhibeant, de quantitate tamen adnumeratæ pecuniæ nihil deponant; jusjurandum actori per judicem de quantitate adnumerata deferendum videtur, eique, si probabiles nonnullæ negotii qualitates concurrant, standum, arg. *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*, junct. *l. si quando* 9. *C. unde vi*, *l.* 1. §. *si quis argentum* 40. *ff. depositi*, *l. ult.* §. *sin autem* 3. *in fin. C. de jure domin. impetr. novell.* 82. *cap. oportet* 10. *cap. ex literis* 32. *extra*, *de jurejurando*. Parladorius *rer. quotidian. lib.* 2. *cap.* 18. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 21. *q.* 4. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *constit.* 29. *defin.* 14. Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t. n.* 1. Idemque dicendum, si testis unus de numeratione, alter de numerationis confessione testimonium perhibeat; cum tales, etsi non plenam, quia singulares sunt, plus tamen quam semiplenam probationem faciant, arg. *cap. cum dilectus* 3. *extra, de success. ab intestato*, Mascardus *de probation. conclus.* 1086. *num.* 7. 8. 9. 10. 11. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 51. *quæst.* 2. Beslichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 36. *n.* 140. 141. Plura de mutui probatione vide apud Malicardum *d. conclus.* 1086. & de litterarum seu scripturæ collatione *novell.* 73. *ibiq. DD.*

28. Ceterum olim quidem in Hollandia, & Ultrajecti, alibique obtinuit vulgatum illud, *eens Renten altijd Renten*, quod prolixius expositum vide apud Ant. Matthæum *in paræmiis Belgarum jurisconс. paræm.* 4. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 20. sic ut sortis repetitio post acceptas anni primi usuras, quasi in annuo reditu constituta, in perpetuum impedita esset, neque id effici pactione posset, ut post acceptas semel usuras integra sortis repetitio esset; maxime, si hypothecam in immobilibus pro sortis & usurarum securitate debitor constituisset; adeo ut pupillaribus nummis per tutorem fœnori collocatis id velut privilegium ætati datum fuerit, quod majorennes facti sortis per tutorem collocatæ haberent exactionem, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 13. Ant. Matthæus *d. paræmia* 4. *n.* 10. in verb. *enumeremus*, quod & in residuo rerum immobilium pretio, pro cujus solutione tempore solemnis traditionis res ipsa immobilis vendita coram lege loci devincitur, receptum fuit. Ant. Matthæus *d. paræmia* 4. *num.* 14. (revera) *num.* 10. vers. *tertio; excipienda*, & forte aliis paucis in casibus in ejusdem parœmiæ interpretatione, & apud Wesel ad *d. art.* 20. recensitis. Sed posteà generaliter Hollandis placuit, conventionem servandam esse, qua id actum fuit, ut mutui, etiam usurarii repetitio post acceptas repetitis vicibus usuras pignusque immobile constitutum libera ac permissa sit. Ultrajecti vero ex novella decisione *anni* 1659. *d. art.* 20. ita jus esse cœpit, ut in simplici mutuo usurario promiscue, sine usurarum distinctione, sortis repetendæ potestas ex pacto sit; at in eo, quod hypotheca immobilium munitum est, ita demum, si usuræ pendantur quincuncibus minores; quas tamen si mutuatarius usque ad quincunces augere velit, perenni usurarum solutione defungi potest, & sortis restitutionem declinare.

29. Qua posita statutorum diversitate, si quæratur cujus loci leges spectandæ sint in quæstione, utrum mutuum post acceptas usuras repeti possit, nec ne; dicendum est, in simplici quidem mutuo locum contractus inspici oportere, qualis est etiam ille in quem solutio destinata est; ut alibi dictum, arg. *l. quæro* 100. *ff. de solution.* junct. *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 34. & *in paræmiis Belgar. jurisc. param.* 4. *num. ult.* parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 9. *cap.* 2. *num.* 10. 11. 12. etsi tunc debitor in loco, aliis juribus utente, commoretur, aut post contractum mutui eo migraverit, cum initium contractus cujusque attendendum sit, arg. *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend. l. quid ergo* 13. *pr. ff. de his, qui not. infam.* Ast, ubi pro mutuo res immobilis solemniter coram lege loci pignori oblata fuit, verius est, inspici oportere leges loci, in quo immobilia, hypothecæ vinculo affecta, sita sunt; eo quod tralatitium est, immobilia secundum leges loci, in quo existunt, regi. Quibus consentaneum fuerit, frustra Hollandum stipulari restitutionem sortis sub usuris quincuncibus & hypotheca immobilium in Ultrajectino solo jacentium; recte Ultrajectinum ita pacisci ab Hollando, pro mutuo prædia Hollandica solemniter devinciente. Ant. Matthæus *d. param.* 4. *num. ult.* Rodenburch *de jure conjugum, in tract. præliminari de statutorum diversit. t.* 4. *part. altera cap.* 2. *n.* 7. *p.* 160.

30. Præter verum mutuum etiam aliud præsumtum est; cum quis chirographo confessus est, se mutuam accepisse pecuniam spe futuræ numerationis, quæ tamen secuta non est. Quale negotii genus improprie admodum nec satis accurate nomine *obligationis literarum* resignatum fuit. Qui enim, obsecro, literarum obligationem dicere jure possis, ubi jure singulari scriptura initio inspecto longe minorem habet vim, quam in ulla alia juris parte? Fiunt sane scripturæ, ut, quod actum est, facilius probari possit, teste Gajo *l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hyp. l. in re* 4. *ff. de fide instrum.* unde & in probatione facienda eandem vim obtinere dicitur tam fides instrumentorum, quam testium depositiones, *l. in exercendis* 15. *C. de fide instrum.* militatque vulgo pro scriptura præsumtio veritatis, si scriptum sit, rem certo pretio fuisse venditam, per Titium Mævio stipulanti promissam, fidejussionem aut aliam conventionem fuisse interpositam, sic ut ad inficias ire cupiens contra scripturam, probationis onere gravandus sit, *§. item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *Cod. de contrab. & committ. stipul. §. ult. Inst. de fidejussor.* Sola est sic dicta literarum obligatio, in qua scriptura omni probandi efficacia ab initio sic destituta est, ut is, qui sibi numeratum esse scriptura sua profitetur, sola inficiatione sua biennio toto enervare queat confessionem suam scripto emissam, & perimere omnem, quæ videri posset pro scripturæ veritate subesse, præsumtionem, neque quicquam consequi ex scriptura possit actor; nisi aliunde probet, numerationem factam esse, *l. si ex cautione* 3. *C. de non numerata pecunia.* Et hinc neque Gajus neque Ulpianus ex professo de contractuum speciebus agentes, ullam literarum fecerunt mentionem, trium, puta, re, verbis & consensu constantium contractuum enumeratione contenti, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de oblig. & act. l.* 1. *§. pen. ff. de pactis*. Neque quicquam, quod astrueret literarum obligationem, occurrit in Pauli responso in *l. non figura* 38. *ff. de oblig. & act.* cum ibi tantum describat modos, quibus consensus exprimi potest, quod fit vel voce vel scripto; vel expresse vel tacite rebus ipsis & factis, *l. de quibus* 32. *§.* 1. *ff. de legibus*, quo modo & Modestinus dixit societatem & re & verbis coiri posse, *l. societatem* 4. *ff. pro socio*, et ipse quoque Paulus de emtione disserens, ait, eam consensu contrahi, ideoque *& inter absentes & per nuncium & per literas*, *l.* 1. *§. ult. ff. de contrab. empt.* Nec est, quod quis existimet, non ab initio quidem, sed tamen lapso biennio, literarum obligationem nasci. Sic enim dies esset obligationis introducendæ modus; cum tamen in obligationibus in diem ita jus sit, ut, non ex die apposito, sed statim ab initio nascatur obligatio ac dies cedat, *§. omnis stipulatio* 2. *Inst. de verbor. obligat.* adeoque dies, uti non finiendæ, ita nec introducendæ obligationis modus esse possit. Ne dicam, in universum sine temporis distinctione rescriptum esse, *scripturam, qua cautum est, accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis non potuisse*, *l. neque scriptura* 6. *Cod. de compensat.* quod verum non esset, si lapso biennio scriptura sola adipisceretur obligandi vim. Quin potius biennii lapsus id unum operatur, quod tunc scriptura, quæ hactenus biennio toto caruerat probandi vi, nunc in posterum incipiat eandem fidem facere, quam ab initio facit, si in stipulatione, venditione aliisque similibus adhibita sit; atque ita probandi onere post biennium gravet scribentem, qui ante biennium nihil ipse tenebatur probare, sed absolvendus erat; actore numerationem non docente. Quo sensu rescriptum fuit in *l. si sub specie* 3. *C. de postulando*, scribentem posse *usitato more* chirographum condicere, si *temporis spatio gesto negotio consensum ac fidem non accommodaverit*, dicitur enim *usitato more*, quatenus condicens intra biennium nihil ipse probare tenetur; non magis, quam si non numeratæ pecuniæ objiceret exceptionem; at lapso biennio condictio *usitato more* non competebat, qui lapso illo spatio *consensus negotio ac fides accommodata* censebatur: dum scripturæ jam major incipiebat constare auctoritas, & ea, ut alias, ita & hic, probationem atque ita fidem faciebat negotio, quod illud sic gestum sit: quæ tamen fidei præsumtio, pro scripturæ veritate militans, contrariis semper probationibus secundum juris communis regulas enervari potest. Juvatque hanc nostram sententiam, quod secundum Theophilum in *t. Inst. de literarum obligatione*, & Revardum plenius illa illustrantem *lib.* 3. *variorum cap.* 1. non modo mutui, sed & alterius cujuscunque debiti (veluti ex empto locato stipulatione) confessio per scripturam solemniter facta, coeperit dici literarum obligatio: ut proinde olim numeratæ pecuniæ confessio a debiti alterius cujuscunque confessione non fuerit diversa scripturæ intuitu; jure posteriore in eo distet, quod toto biennio minorem fidem faciat scriptura de mutui numeratione, quam de quavis alia conventione concepta.

31. Quod si ergo ex scripta mutui confessione quis conveniatur, quod tamen numeratum non est, tueri sese potest exceptione non numeratæ pecuniæ; sive nullo modo numeratio subsecuta sit, sive cum minor quantitas numerata esset, de majore fuerit cautio data, *l. minorem* 2. *& tot. t. C. de non num. pecun. t. de Inst. de literar. oblig.* Quæ exceptio non modo in rem est, heredibus proficiens et fidejussoribus, *l. si intra* 8. *l. tam mandatori* 12. *C. de non n. pecun.* sed et, si intra biennium a tempore chirographi conscripti computandum opposita fuerit, privilegiata; onus quippe probandi rejiciens in actorem, qui numerationem dicit secutam esse, *l. si ex cautione* 3. *l. observatio* 10. *C. de non numerata pecun.* cum alioquin reus excipiendo actor fiat, suamque teneatur probare exceptionem, *l.* 1. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. eod. t.* Sed si is, qui chirographum possideat, intra biennium ex eo non experiatur, sic ut exceptio opponi nequeat non agenti, chirographum ipsum intra biennium per eum, qui scripsit, heredemve ejus condici potest condictione sine causa, vel causa data, causa non secuta, si modo præsens sit possessor ejus, *l. ult. C. de condict. ex lege*, *l. si sub specie* 3. *C. de postulando*. Sin absens sit aut latitet, ac propterea actionibus istis conveniri nequeat, adversus eum id ipsum apud judicem aut alias solemniter in querimoniam deducendum est; quo facto, perpetua redditur hæc privilegiata exceptio, sic ut actori quandocunque deinceps agenti impositum duret onus probandi, numerationem vere secutam esse, *l. si intra* 8. *l. in contractibus* 14. *§. in omni C. de non numerata pecun.*

32. Cessat tamen exceptio hæc, si quis argentario

scripserit, seu confessus sit, sibi numeratum esse, *novel.* 136. *cap. insuper de hoc* 5. *&* 6. aut confessio facta sit ex causa antecedentis debiti; vel si pro antecedente debito pignus non eodem, sed alio tempore constitutum sit; quippe quibus in casibus confessus ipse tenetur probare, sibi pecuniam non esse numeratam, atque ita non privilegiatam, sed nudam sine privilegio habiturus est non numeratæ pecuniæ exceptionem, *l. adversus* 5. *l. generaliter* 13. *C. de non num. pecunia.* Secus, quam obtineret, si eodem tempore, eademque scriptura & numerationis confessionem faciat, & pignus constituat; tunc enim nihilominus privilegium exceptioni cohærens salvum est, *l. si ex cautione* 3. *C. de non num. pec.* Quin &, si quis jam solverit partem debiti scriptura comprehensi vel usuras ejus, exceptione hac privilegiata tueri sese nequit, quo minus & reliquam deinceps exsolvat; cum tarda nimis sit de non numeratis pecuniis querela adversus jam agnitam solutione cautionem, *l. cum fidem* 4. *C. de non num. pecun.* Idemque est, si super ea pecunia, quæ dicebatur non esse numerata, transactio facta sit, ac postea is, qui transactionis causa quid dedit promisitve, excipere vellet, illud super quo transactum fuit, nunquam numeratum fuisse, seu nullam veram subfuisse debiti caussm, *l. si transactionis* 1. *C. de non num. pecun.* junct. *l. in summa* 65. *§. & quidem* 1. *ff. de condict. indeb.* Non etiam locum habet in confessione depositi; nec in apochis publicarum functionum, plane adversus apochas de debitis privatis exsolutis conscriptas, intra triginta dies proximos exceptio hæc salva est, *l. in contractibus* 14. *§.* 1. 2. *C. de non n. pecun.* Neostadius *Curiæ sup. decis.* 4. Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *t.* 11. *defin.* 1. Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *t.* 22. *defin.* 6. Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 14. *numer.* 25. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *Const.* 29. *defin.* 19. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 74. *num.* 7.

33. An autem biennio elapso, & neque querimonia facta, neque chirographo condicto, deinceps exceptione non numeratæ pecuniæ tueri se scriptor possit, si ipse probandi onus in se suscipiat, non adeo expeditum est. Vinnius quidem omne omnino adjutorium scriptori post biennium negat, etsi probare parato, *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 41. Sed vix est, ut cum æquitatis ratione aut juris nostri fundamentis opinio ista concilietur: ac proinde rectius simplicem illam non numeratæ pecuniæ exceptionem, qua excipiens sese exceptionis suæ probationem subire compellitur, post biennium admiseris. Etenim primo quidem nullum facile negaturum putem, quin ante introductam hanc specificam & privilegiatam biennalem exceptionem, ei, qui conveniebatur ex chirographo continente confessionem numerationis, quæ secuta non est, liberum fuerit ex generali juris, & æquitatis ratione sese defendere per oppositam doli exceptionem, dum dolo non caret, qui tanquam ex mutuo numeratum repetit, quod vere numeratum non esse, reus docet, *l. palam* 2. *§. circa primam* 3. *ff. de doli mali & metus except.* junct. *§. idem juris est* 2. *Instit. de exceptionibus*, qualis doli exceptio secundum suam propriam naturam æstimata, non temporalis sed perpetua est, *l. pure mihi* 5. *§. ult. ff. de doli mali & metus except.* Huic ergo doli exceptioni cum postea adjungeretur non numeratæ pecuniæ exceptio privilegiata, quæ intra biennium opposita onus probandi ab excipiente avertebat, ac transferebat in actorem, verum quidem est, ipsam quoque doli exceptionem cum non numeratæ pecuniæ exceptione concurrentem, inter biennium æque privilegiatam affectam esse, & probandi necessitatem in actorem rejecisse, *l. si ex cautione* 3. *C. de non numer. pecun.* cum alioquin is, qui dolum allegat, licet in exceptione, dolum admissum probare debeat, *l. quotiens* 18. *§. qui dolo* 1. *ff. de probation.* sed tamen & verum fuit, eo ipso neque ablatam neque sublatam fuisse per superadditum aliquod biennale privilegium communem illam sive doli sive non numeratæ pecuniæ exceptionem, quæ jam ante privilegium illud nota erat, ac ex generalibus juris fundamentis opponi poterat, sed magis per biennii lapsum ad jus commune, quo onus probandi exceptionem excipientem gravat, rem totam rediisse; ne alioquin eveniret, id, quod in alicujus commodum ac favorem inventum est, torqueri in ipsius dispendium, contra manifestas legum regulas propositas in *l. quod favore* 6. *C. de legibus*, *l. nulla juris* 25. *ff. de legibus*, *l. ult. in med. C. de præpositis agentium in rebus*, aut agenti ex chirographo, numerationem falsam continente, suus dolus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem prodesset, quod fieri non debere Paulus monuit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de doli mali & met. except.* Aut lapsus biennii plus adimeret scriptori chirographi, quam biennium ei ab initio dedit; dedit scilicet biennium ei non exceptionem doli, sed liberationem a probandi necessitate, secundum ante dicta; ac proinde lapsu illo solam interire liberationem ab onere probandi, necesse est, salva manente post biennium vulgata doli exceptione, quæ ante ullam de biennio determinationem a lege factam, nota, & scriptori chirographi accommodata fuit; atque ita in casu hactenus haud dissimili argumentatur Imperator Justinianus in *l. pluris* 19. *in fine C. de fide instrumentorum.* Deinde rescriptum fuit aperte satis ac generaliter *scripturam, qua cautum est, accepta quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis non potuisse*, *l. neque scriptura* 6. *C. de compensation.* quod tamen contingeret, si post biennium omnis etiam non privilegiata quiesceret exceptio sive doli, sive pecuniæ non numeratæ. Absurdum denique foret, & rationi contrarium, denegari cuiquam post tempus naturalem defensionem in doli vel non numeratæ pecuniæ ordinaria exceptione consistentem, qua non aliud intendit excipiens, quam ut extra damnum sit, nec adigatur ad restitutionem ejus, quod nunquam accepit. Etenim si in jure probatum sit, ipsam metus & doli actionem (quarum illa regulariter intra quadriennium, hæc intra biennium intentanda est secundum juris principia) perpetuo durare, quoties non nisi ad indemnitatem his actionibus actor contendit, & adversarius de lucro captando, seu re, quam injuste per metum dolumve possidet, retinenda; adeo ut & heredes eorum, qui metum aut dolum fecerunt, in perpetuum conveniri possint, quatenus possident, nec ullo tempore prætor rata habeat, quæ dolo vel metu gesta sunt, *l. in heredem* 26. 27. 28. 29. *ff. de dolo*, *l. quod autem* 19. *l.* 20. *l.* 21. *§. quod metus* 1. *ff. quod metus causa*; quonam, obsecro, colore doli exceptio post biennium denegari potuerit ei, qui de

damno evitando sollicitus, id unum excipiendo efficere vult, ne sua cum jactura possessor chirographi per dolum locupletetur; maxime si consideres, leges facilius exceptiones solere quam actiones indulgere, ac reis magis quam actoribus favere.

52. Nec est, quod quis cum Vinnio *d. lib.* 1. *cap.* 41. *select. quaest.* effugium quaerat, quasi regula de exceptionibus in perpetuum dandis tradita in *d. l.* 5. §. *ult. de doli mali & metus except.* ad illas non pertineret, quae etiam ultro a debitore per modum actionis proponi possunt. Neque enim vel lege vel exemplo satis certo ac idoneo limitatio illa atque restrictio regulae firmatur; atque insuper redarguitur manifesto per metus exceptionem, doli exceptioni affinem plane, quae perpetuo opponi potest, etsi is, qui metum passus est, etiam per actionem quod metus causa intra quadriennium securitatem sibi superare potuisset adversus negotium metu gestum, etiam adhuc imperfectum; ac nominatim in casu quo chirographum fuerat per metum extortum; (uti nostro in casu per dolum & simulatam numerationis apparatum aut factam spem) *l. metum autem* 9. §. *sed quod* 3. *ff. quod metus causa*. Leve utique est, quod inofficiosi querela Vinnius istam suam restrictionem stabilitum it, asserens, etiam intra quinquennium querelam per modum contradictionis seu exceptionis inducendam esse, quoties filius exheredatus in hereditatis possessione est, *l. Papinianus* 8. §. *si filius* 13. *ff. de inoff. testam.* cum tamen nulla quinquennii istius in d. lege mentio sit; & perperam id petatur ex verbis *quemadmodum ageret, si non possideret, sed peteret*; quippe quibus non temporis intuitu comparatio inter inofficiosi exceptionem & actionem denotatur, sed id unum, quod is, qui hereditatem possidet, tueri se possit inofficiosi exceptione & ita hereditatem sibi defendere; quo modo id etiam assertum fuit in *l. permittendum* 8. *ff. si pars hered. pet.* Neque verum est, ejus, quod exceptiones perpetuo dentur, hanc solam rationem esse, quod actores quidem in sua potestate habeant, quando utantur jure suo; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur, juxta *d. l.* 5. §. *ult. ff. de doli mali & met. except.* cum & alia sit; quod nempe nec infamantes sint exceptiones, uti quidem actiones, ac nominatim doli actio; adeoque etiam minus odiosae. Frustra quoque obtenditur, puniri oportere insignem negligentiam ejus, qui, cum repetere posset chirographum, aut de pecunia non numerata querimoniam interponere, toto biennio in eo cessavit. Cum utique neque omnis negligentia punienda sit, neque extra omnem poenam haereat, qui numerationem confessus, intra biennium de ea non secuta conquestus non est; dum privilegiata destituitur exceptione, ac onere probandi gravatur. Et sane, si ob id, quod quis temporalem habens actionem, nec intra tempus praefinitum agens, mox etiam exceptione ex eadem causa descendente privandus esset; sequeretur, eum quoque, qui eadem ex causa temporalem aliam, aliam perpetuam actionem habet, actione perpetua destituendum esse, ubi agere neglexit intra tempora actioni alteri temporali praefinita; quod quantopere in ipsa incurrat juris initia, notius est, quam ut adstructione indigeat. Sed nec illud movere quemdam debet, quod post biennium scriptor chirographi probare non potest, numerationem subsecutam non esse, quia factum negantis naturali ratione probatio nulla est, *l. asseveratio* 10. *C. de non num. pecun. l. actor* 23. *C. de probation.* praesertim cum post biennium etiam jurisjurandi delationem de pecunia non numerata videamus reprobatam *l. in contractibus* 14. §. *illo illo* 3. *C. de non numerat. pecun. novell.* 136. *cap. in illo utique* 6. *circa fin.* Etsi enim verum sit, difficilem saepe esse numerationis non secutae probationem, sic ut reo non tam jus quam probatio deficiat, ut Paulus ait *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut.* atque fateri oporteat, naturali ratione & directo per instrumenta vel testes probari non posse facti negationem; tamen per indirectum testibus aut instrumentis fieri probationes novum non est; uti id apparet in stipulatione, quam promissor negat interpositam, §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipul. l. optimam* 14. *C. de contrah. & committ. Stipul.* indebiti condictione, qua actori incumbit docere indebitum fuisse quod solutum est, *l. cum de indebito* 25. *in pr. ff. de probation.* ac denique in eo ipso, qui cautionem debiti causam continentem (qualis in nostro casu est numeratio) emisit, quem suae stare oportere Paulus scripsit, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, se haec indebite promisisse *d. l.* 25. §. *ult. ff. de probation.* quod & totidem prope verbis a Justino Imperatore repetitum, *l. generaliter* 13. *C. de non num. pecun.* Ex quibus etiam intelligi potest, quam non stringat satis argumentum a denegata post biennium jurisjurandi delatione desumtum ex *d. l.* 14. §. 3. *C. de non num. pec.* Verum enim non esse, quod jurisjurandi prohibita delatione, alia omnis probatio deficeret vel interdicta videretur, vel inde manifestum est, quod & Paulus in *d. l.* 25. §. *ult.* & Justinus in *d. l.* 13. desiderantes probationem *scriptis insertam*, *in scriptis habitam*, eo ipso monstrarunt satis, jurisjurandi delationi non debuisse locum fieri, nec tamen ideo omnem aliam probandi viam fuisse praeclusam. Nec mirum adeo, ad probationem jurejurando faciendam aditum reo post biennium non patuisse, si quis consideret, illud probationis genus extraordinarium ac subsidiarium esse, nec carere quadam duritie, quod quis delato sibi jurejurando prodere sese compellatur, & adversario arma contra se subministrare. Ne nunc dicam, vel ipsam illam jurisjurandi deferendi prohibitionem nominatim adeo a Justiniano in *d. l.* 14. §. 3. *C. de non num. pec.* propositam, argumento esse posse quod post biennium exceptio sive doli sive non numeratae pecuniae opponi potuit, si modo reus probationes habeat. Si enim id non liceret, inanis sane esset Imperatoris admonitio de jurejurando post biennium ad probandam non numeratae pecuniae exceptionem non admittendo: cum posita exceptionis ipsius denegatione frustra disputetur & inquiratur, quo probandi genere uti liceat, vel non uti, ad firmandam exceptionem nullo casu admittendam. Quod vero toties legitur, post biennium non dari non numeratae pecuniae exceptionem, debitorem post biennium, omnino solvere compellendum, quod praecipuum dissidentium fundamentum est, *l.* 1. *l.* 14. *& passim in tit. C. de non num. pecun. tit. Instit. de literar. oblig.* id in d. ll. non nisi cum relatione ad privilegiatam exceptionem, biennio coarctatam, scriptum est, in quantum

post biennium, & debitor secundum scripturæ fidem præsumitur; & condemnandus est, etsi numerationem actor ultra non probet; cum intra biennium objecta non numeratæ pecuniæ exceptione reus, etiam nihil probans, non esset compellendus solvere, sed absolutio deberet sequi, quoties actor numerationem non probasset, *l. si ex cautione* 3. *C. eod tit.* Sed id non impedit, quo minus reo, cui ista privilegiata exceptio jam periit, aliis defensionibus quibuscunque uti liceat ex jure communi, interque eas etiam vulgata doli aut non numeratæ pecuniæ exceptione. Simile de confessionis auctoritate & efficacia, quæ etiam in adversum adduci solet, judicium esto; quod enim Ulpianus ait, *post rem judicatam, vel jurejurando decisam, vel confessionem in jure factam nihil quæri, quia in jure confessi pro judicatis habentur*, *l. post rem* 56. *ff. de re judicata*; id primo quidem de sola confessione in jure facta asseritur, qualis non est hæc nostra chirographo contenta. Sed & secundo ipsam illam confessionem in jure factam non tantæ auctoritatis esse, quin in contrarium probationem admittat, idem Ulpianus egregie docet in *l. inde Neratius* 23. *§. ult. l.* 25. *ff. ad leg. Aquil.* cum ait, *si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse, & postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Julianus scribit, cessare Aquiliam, quamvis confessus sit, se occidisse: hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere, eum occidisse*, & merito *non enim fateri censetur qui errat, nisi jus ignoravit*, auctore eodem Ulpiano *l.* 2. *ff. de confessis*.

35. Uti autem hæc sententia frequentiore interpretum consensu recepta fuit, ita & moribus hodiernis (si forte Frisiam excipias) probata; adeo ut existiment, etiam statim ab initio onus probandi incumbere neganti numerationem factam esse, quoties chirographo ac numerationis confessioni subjecit exceptionis hujus renunciationem; cui tamen ad probationem faciendam succursum hactenus, ut & ante post biennii lapsum aliis destitutus probandi modis ad jurisjurandi delationem admittatur, Sande *dec. Frisic lib.* 1. *tit.* 11. *defin.* & *lib.* 3. *tit.* 2. *defin.* 1. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 22. *defin.* 7. & *in not.* Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 49. Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 145. Groenewegen *ad rubric. C. de non numer. pecun.* & *ad Grotii manuduct. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 5. *n.* 3. 4. Vinnius *d. lib.* 1. *select. quæst. cap.* 41. *in fine*, Parens p. m. Paulus Voet ad *tit. Instit. de literar. oblig. nu.* 10. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 200. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 14. *nu.* 5. 6. Joh. Decherus *lib.* 1. *dissert.* 6. *num.* 4.

TITULUS II.

De Jurejurando sive Voluntario, sive Necessario, sive Judiciali.

SUMMARIA.

1. *Quid sit jusjurandum? quid jusjurandum corporaliter præstitum? & an procurator mandato instructus jurare possit in anima domini, secundum jus civile, canonicum & hodiernum?*
2. *Per Deum jurari debet; de jurejurando improbatæ religionis præstito, vel delato, de jurejurando per caput, per salutem suam, aut liberorum aut Principis, & de pejerante per Principis venerationem, ac ob id majestatis crimen non committente; de assertione solemni anabaptistarum, quæ jurisjurandi loco est.*
3. *Ubi plura inveniantur de veteri more rituque jurandi, remissive.*
4. *De jurejurando promissorio; illud conventionibus appositum secundum jus civile sequi naturam actus, qui apponitur.*
5. *An, & quatenus jusjurandum promissorium jure Canonico ac moribus servandum sit; maxime, si opponatur negotiis, quæ lege vel consuetudine reprobata & vetita sunt? Quid si jusjurandum dolo vel metu interveniente interpositum sit? & de laxatione jurisjurandi per magistratum.*
6. *Si jusjurandum sit appositum actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, & jurans contra primum actum venerit, actus secundus juramento contrarius ratus erit, jure etiam canonico, & qui testamento apposuit jusjurandum de eo non revocando, si tamen postea revocet, postrema voluntas effectum habet.*
7. *Quid sit jusjurandum assertorium in genere? quid voluntarium, judiciale, necessarium?*
8. *Qui possint vel non possint deferre voluntarium & judiciale; ubi de tutoribus ac curatoribus, & an hi decreto indigeant? item de procuratoribus, civitatum defensoribus, magistris societatum, uno ex pluribus heredibus, pupillis, prodigis, post biennium exceptione non numeratæ pecuniæ utentibus, jusjurandum semel a se delatum revocantibus, servis & filiisfam. deque minoribus, & infamibus.*
9. *Quibus deferatur? an & quatenus impuberibus, servis, heredibus, procuratoribus & defensoribus?*
10. *Delatio jurisjurandi locum habet in actionibus civilibus in rem & in personam, sive rei persecutoriis sive pœnalibus & infamantibus. An & in actione injuriarum? An in popularibus? an in quæstione, utrum mulier prægnans sit, aut an nuptiæ vel sponsalia intercesserint? An in criminalibus; an hodie in causis infamantibus?*
11. *An deferri possit ab actore vel reo post testimoniorum publicationem, & probationum ulteriorum renunciationem?*
12. *An delatio fieri possit per eum, qui in se recepit probationem; quive nihil omnino ex suo latere probavit?*
13. *Delatum ab eo, qui de calumnia juravit, præstandum aut referendum ea forma, qua delatum, nisi aliud ex causa judex arbitretur; nec opus, ut referens de calumnia juret. Si tutor detulerit, relatum sibi præstare tenetur.*
14. *Referri nequit, sed præstandum, si is, cui delatum, illud jam acceptaverit, vel solus aut melius sciat id, de quo jurandum.*
15. *Nec præstandum nec referendum, quod delatum, si deferens de calumnia jurare nolit; vel delatio aliqua ex parte vitio laboret; vel jam plene per eum, cui defertur, probatum sit: vel is plenam offerat per instrumenta aut testes probationem.*
16. *Qui jusjurandum delatum nec præstare nec referre vult, victus, recedit; sed appellare potest. An, cui delatum, possit petere dilationem ad de-*

liberandum? An is, qui detulit, delatum, sed necdum præstitum revocare possit? an is, qui expresse vel tacite recusavit, alterutrum facere, postea ex pœnitentia possit præstare vel referre?

17. *Reo jurante, datur ei exceptio jurisjurandi quandoque utilis rei judicatæ.*

18. *Actori juranti datur actio in factum ex jurejurando, vel judicati, perpetua, & in simplum, licet negotium, de quo juratum ex inficiatione in duplum sit. Non est nova actio, sed adjectitia qualitas alterius actionis in rem vel personam, cujus & naturam imitatur; nec novationem continet.*

19. *Jusjurandum juranti etiam nocet, ut conveniri possit ex negotio, quod intercessisse jurat; quod exemplis docetur.*

20. *Jusjurandum aliis, quam inter quos est præstitum, neque nocet neque prodest; quod exemplis probatur.*

21. *An jusjurandum debitoris principalis prosit fidejussori, & vice versa? an jusjurandum unius rei debendi prosit alteri debendi reo? An delatum ab uno credendi reo, & per debitorem præstitum, noceat alteri reo credendi agere volenti? an vice versa, quod unus debendi reus detulit præstitum ab adversario, noceat alteri debendi reo?*

22. *Jurisjurandum strictam recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Quid juris, si alia actio intentetur, sed qua quæstio eadem ventilatur, quæ in actione priore, in qua juratum est.*

23. *Pro præstito habetur jusjurandum, quod ab eo, qui detulit, remissum est ei, qui illud jam susceperat. Quid intersit inter remissionem jurisjurandi adhuc præstandi, & ejus quod jam præstitum est?*

24. *Habetur & pro præstito, si is, qui illud sibi delatum aut relatum susceperat, mortuus sit, antequam præstaret; secus si præstare recusaverit.*

25. *Jusjurandum voluntarium & judiciale præstitum non potest rescindi per appellationem, nec propter instrumenta noviter reperta, nec perjurii prætextu, cujus ratio & restrictio explicatur. Monstratur in omni delatione vel relatione jurisjurandi tacitam conventionem esse.*

26. *Recensentur plures casus ac causæ, quibus jusjurandum voluntarium ac judiciale jam præstitum effectu caret.*

27. *Jusjurandum necessarium plenius explicatur. In quibus causis locum habeat? an in criminalibus? an bodie in infamantibus? An si ex crimine tantum civiliter agatur ad pœnam pecuniariam? An & in actione injuriarum ad pœnam pecuniariam aut palinodiam? An & in causis fraudati census & impositionum publicarum?*

28. *Quando causa dicenda sit* dubia, *ut judex jusjurandum deferre possit?*

29. *Deferre potest judex jusjurandum, licet neuter litigantium id petat, etiam post conclusionem in causa. Arbitrio judicis relinquendum, an illud actori, an reo, deferri debeat. Quibus in casibus suppletorium jusjurandum deferri nequeat? non ad probandam præscriptionem, aut consuetudinem, aut sanguinis proximitatem, nec ad supplendam solemnitatum defectum.*

30. *Præstandum ea forma, qua delatum, citata adversa parte. Nec referri potest, ac judicandum contra eum, qui jurare detrectat; appellari tamen a condemnatione potest, & peti rescissio jurisjurandi propter instrumenta noviter reperta.*

31. *Moribus hodiernis jusjurandum a parte parti delatum non præstatur, nec quisquam præstare vel referre cogitur, nisi interveniat judicis decretum. Nec tamen ideo omne jusjurandum, quantum ad effectus, necessarium est.*

32. *Quæ sit perjurii pœna jure Romano, ac moribus? an pœnis gravioribus afficiendi, qui tantum ad pejerandum se paratos professi sunt; aut errore pejerarunt; & ex quibus præsumi possit, dolum a perjurio abfuisse.*

1. MAximum litium expediendarum remedium in usum venit, jurisjurandi religio, quia vel ex pactione ipsorum litigantium, vel ex auctoritate judicis, deciduntur controversiæ *l.* 1. *ff. h. t.* sed, cum & aliis modis utilitatem usumque præbeat, operæ pretium videtur, paulo altius hanc rem repetere. Jusjurandum in genere nihil aliud est, quam religiosa veritatis affirmatio, seu invocatio divini Nominis in testimonium veritatis (ita dictum, quasi Jovis jurandum) *l. si quis major* 41. *C. de transaction.* ad quod præstandum admittendi qui, quid agant, intelligunt: præcipue quidem in sua anima; quo casu jusjurandum forte dictum fuit *corporaliter præstitum*, arg. *l.* 1. *C. si advers. vendit. l. si alterius* 3. *in fin. C. si minor se majorem dix.* nisi magis placeat, *corporaliter præstitum* ad oppositionem ejus, quod tantum scripto comprehensum erat, denominari *d. l.* 3. Neque enim probare satis queo illorum opinionem, qui per jusjurandum corporaliter præstitum denotant illud, quod tactis sacrosanctis Evangeliis interpositum est; cum ejus mentio sit etiam in *d. l.* 1. *C. si advers. vendit.* cujus auctor est Alexander Severus, & in *d. l.* 3. *C. si minor se majorem*, quæ scripta a Diocletiano ac Maximiniano, qui omnes Christianorum, uti sacra, sic & Evangelia non tanti fecerunt, ut iis tactis jurari voluissent. In anima tamen alterius jusjurandum præstari, non prorsus improbatum est: qua ratione procuratores speciali mandato instructos domini mandantis nomine ac periculo jurare permissum fuit, arg. *l. nam postquam* 9. §. *pen. ff. h. t.* Narratque Livius, datum fuisse Lucium Valerium Flaccum, qui pro fratre Cajo Valerio Flacco juraret, ac plebiscitum factum, ut perinde esset, ac si ipse Cajus jurasset, *lib.* 31. *cap. ult.* Nam quamvis verum sit, neminem de alieno suo facto, jurare compellendum, ac ne heredem quidem de facto defuncti, *l. Marcellus* 11. §. *jurare* 2. *ff. de act. rer. amot.* atque insuper gravem visum fuerit, aliquem gestorum ignarum sub alieni compendii emolumento perjurium anceps subire, *l. videamus* 4. *ff. de in litem jurando*, & in quæstione, an reus noxali judicio conventus servum possideat nec ne, dominum ipsum non procuratorem jurare necesse sit, *l. quotiens* 21. §. *si tutor* 5. *ff. de noxal. act.* ac denique cautum inveniatur, inducias absenti, cui jusjurandum delatum, debere dari, intra quas juraturus accedat, *l. pen.* §. *his de præsentibus* 5. *C. de reb. cre-*

dit. & jurejurando; ista tamen omnia eo tantum pertinent, cum quis in anima sua juraturus est; nec impediunt, quo minus alius ex mandato alterius jusjurandum, uti nomine, ita & periculo mandantis, interponat, nullum ipse anceps inde perjurii periculum pœnamve subiturus. Quod & jure canonico definitum est, *cap. ult. de juramento calumniæ in* 6. ac usu passim fere firmatum; atque etiam apud nos in Hollandia, quoties ei non contradicit adversa pars, aut admodum longe abest, qui jurare obstrictus est. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 31. Bronchorst. *enant. cent.* 2. *assert.* 29. *incipit procuratores*, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *observ.* 83. Wesembecius *paratit. ff. b. t. n.* 9. Groenewegen *ad l.* 2. *& auth. principales, C. de jurejurando propter calumn. dando*.

2. Præstandum jusjurandum per Deum, qui uti omniscius, ita & omnipotens, scienter fallentes punire potest, secundum omnes malorum omnium imprecationes, jurijurando in casum perjurii inclusas; vel etiam quandoque expressas, juxta formulam recentiorem in *nov.* 7. *in fine* propositam: tum etiam secundum illam veterem Romanorum gentilium, qua juraturos silicem, quem manu tenebant, projicientes, solemnia hujusmodi verba pronunciasse, *si sciens fallam, ita me Diespiter, salva urbe arceque, bonis ejiciat, uti ego hunc lapidem*, Festus auctor est, *verbo lapidem*; quod ipsum priscis fuit, *Jovem lapidem jurare*, Rævardus *lib.* 5. *varior. cap.* 5. Si quis jusjurandum illicitum improbatæ religionis detulerit, illudque sit præstitum, pro eo habendum est, ac si juratum non sit, *l. non erit* 5. *§. sed si quis* 3. *ff. b. t.* ac si quis jusjurandum simpliciter detulerit, adversarius autem superstitiosum ex animi sui religione præstiterit, ei standum foret, *d. l.* 5. *§. divus*, 1. *ff. b. t.* Interim Romanos non modo directo per Deum interposuisse sacramentum; sed & per genium, per salutem, per venerationem Principis, per caput suum, per suam aut filiorum suorum aut aliorum dilectorum salutem in aperto est, *l. ait prætor* 3. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *l. si duo* 13. *§. ult. ff. b. t. l.* 2. *C. de reb. credit. & jurejur.* eique stari oportuisse per nos, qui superstitionem istam probabant, Ulpianus monuit *d. l. non erit* 5. *pr. ff. b. t.* eo quod tales eo ipso, quo per suam aut liberorum Principisve salutem jurant, per Deum & respectu divini Numinis jurare intelliguntur, *l. qui per salutem* 33. *ff. b. t.* in quantum ita suum, aut liberorum, aut Principis caput atque salutem salvam sibi a Deo precantur, uti vera loquuntur. Unde & in *l. si quis major* 41. *in fin. C. de transactionib.* Imperatores rescripserunt, ad exemplum eorum, qui recesserant a transactione jurata, *quam invocato Deo omnipotentis nomine, eoque auctore so'idaverant*, illos quoque puniendos esse, qui nomina Principum placitis seu pactis suis inserentes, *salutem Principum confirmationem initarum juraverint esse pactionum.* Neque aliam animadverto dubitandi rationem, cum Imperator Alexander constituit in *l.* 2. *C. de reb. credit.* sibi non placere, *periculum capitis aut majestatis crimen inferri illis, qui per Principis venerationem quodam calore pejerassent*; quam quod illi, qui sic per Principis venerationem juraverant, omnia dira & adversa saluti ac venerationi Principis censebantur imprecati esse, atque ita Læsæ Majestatis crimen videri poterant commisisse, si fefellissent scientes: a quo tamen crimine fuerunt istius rescripti beneficio immunes pronunciati, quoties non dolo malo, & hostili in Principem animo, sed calore quodam pejeratum esset. Ceterum in arbitrio partis jusjurandum deferentis fuisse ut plurimum videtur, ut ille simul certam præscriberet juraturo formulam, eoque pertinet, quod scriptum est, jurare oportere, ut delatum est jusjurandum, *l. ait prætor* 3. *§. ult. ff. b. t.* ac proinde, si exactum fuerit, ut per salutem tuam jurare, & jurasti, standum fuit jurijurando; quia omne omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est, idque prætor tuetur, *l. non erit* 5. *pr. ff. b. t.* Quod si delatum fuerit, ut per Deum jurares, ut per caput tuum jurasti, aut filiorum tuorum, non erit juratum habendum jusjurandum, *d. l.* 3. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. b. t.* Sed & si simpliciter jusjurandum sine ulla speciali verborum conceptione delatum esset, liberum non fuit per salutem suam aut caput jurare, sed per Deum jurari debuit, adeo ut tunc aliter jurans jurasse non intelligeretur, & ex integro solemniter, id est per Deum, jurandum fuerit, *l. qui per salutem* 33. *ff. b t.* Confer Rævardum *lib.* 5. *varior. cap.* 5. Porro jure Justinianeo Christianos vel simpliciter vel tactis simul sacrosanctis Evangeliis (uti gentiles tactis aris) jurare, moris fuit, *nov.* 74. *cap. quoniam* 5. *nov.* 124. *cap.* 1. Nunc vero apud nos sine Evangeliorum interpositione tactuque, sola vulgata formula *ita me Deus amet*, digitisque binis primoribus cœlum versus elevatis tensisque. Quin & Anabaptistis nimis timidis metu divini Numinis usque ad superstitionem, adeoque jurare secundum sua sacra detrectantibus, datum fuit, ut jurisjurandi solemnis loco defungi possint assertione ex fide viri boni (*bymaneem Waarheyt*) quæ tamen hactenus jurisjurandi effectum habet, ut tanquam vere perjuri coercendi veniant, si scientes fefellerint. Confer Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 59. Ant. Matthæum *de crimin. lib.* 47. *tit. ult. cap.* 1. *n.* 4. *Instructien van particuliere Collecteurs &c. van Convoyen en Licenten* 8. *Octob.* 1596. *art.* 7. *vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 2341.

3. Plura de veterum in jurando ritibus variis atque solemnibus, plura de jurejurando Christianis non interdicto, & quæ hujus generis alia sunt, consulto prætermitto, vide, si libet, Brissonium de *formulis lib.* 8. *a principio*, Rævardum *varior. lib.* 5. *cap.* 8. Demsterum *ad Rosini antiquitates lib.* 1. *cap.* 13. Hugon. Grotium *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 23. *numer.* 1. D. Ant. Matthæum *de probat. cap.* 1. *num.* 20. *& seqq.*

4. Dividitur jusjurandum in promissorium & assertorium. Promissorium est, quod futura negotia concernit, ut major illis firmitas aut securitas accedat; quale est tutorum, curatorum, subjectorum, vassallorum, militum, judicum, advocatorum, honores suscipientium, aliorumque, uti & illud, quod conventionibus subinde apponi solet: cui postremo Romanis legibus exigua adstringendi potestas data fuit; dum placuit jusjurandum tale sequi naturam actus, cui apponitur; nec eo confirmari illa, quæ per se invalida, ac nulla, aut ex æquitate infirmanda sunt, *l. juris gentium* 7. *§. & generaliter* 16. *ff. de pactis*, *l. non dubium* 5. *C. de legibus* (exceptis casibus in *l.* 1. *& auth. sacramenta puberum C. si adv. vendit. l. ut jusjurandi* 7. *ff. de operis libertor.* & forte in *l. si quis major* 41. *C. de transact.*) neque his adversan-

tur ea, quæ occurrunt in *l. quæ sub conditione* 8. *ff. de cond.* Instit. *l. hæc scriptura* 25. *ff. de cond. & demonstr. l. si quis cum* 39. *ff. h. t. l. si cum patruo* 6. *C. commun. utr. judic.* cum aliud sit, ex jurejurando promissorio actionem dari, quæ jurejurando deficiente data non fuisset: aliud, jusjurandum in conventione vel legato intervenire per modum conditionis, qua impleta conventio vel legatum effectum sortiturum est; quod posterius tamen in d. ll. continetur; ac proinde non magis jusjurandum tale, quam impleta alia quævis conditio, actionem parit.

5. Jure tamen canonico dispositum, jusjurandum omne negotio appositum servandum esse, quatenus sine animæ detrimento servari potest, *cap. cum contingat* 28. *extra, de jurejurando*, quod & eatenus moribus comprobatum est, quatenus jusjurandum promissorium vim pacti habet; ex pacto autem nudo æque ac ex contractu hodie actio competit, non ipsi tantum cui juratum, ac in jurantem, sed & heredi ac in heredem, secundum ordinariam descendentium ex conventione actionum naturam, arg. *l. si pactum* 9. *ff. de probation.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 27. Plane uti jure Romano jusjurandum vires addere non potuit contractibus aliisque negotiis, quæ legibus reprobanda & interdicta erant; ita quoque, si quid nunc jurejurando promissum sit, quod aperte legibus usu probatis aut consuetudinibus variis vetitum est, nulla inde obligatio efficax, aut actio, judiciumve datur. Qua ratione etiam jure Canonico dispositum, non esse clericum vocandum ad judicem laicum, licet Ecclesiastici fori beneficio renunciasset jurato, *cap. si diligenti* 12. *extra, de foro compet.* etsi inficias eundum non sit, quin is, qui juravit adimplere quæ promisit, in conscientia obstrictus sit, quoties implementum nullam naturalem in se turpitudinem continet, & Reipublicæ utilitatibus non vehementer adversatur, *cap.* 2. *de pactis in* 6. *cap. debitores* 6. *extra, de jurejurand.* Vinnius *tract. de pactis cap.* 18. *n. ult.* Dummodo meminerimus, jurisjurandi religione, æque ac vinculo conventionis, ita demum unumquemque obstringi, si ipsius jurantis in id, quod jurejurando comprehensum, consensus appareat. Eo enim deficiente uti nulla est conventio, ita & nullum jusjurandum conventionis instar habens. Quibus consequens est, ut jurijurando neque in poli neque in soli foro stare teneatur, qui dolo alieno circumventus jurato quid promisit, quod dolo deficiente non fuisset promissurus: uti id plenius a me traditum libello *de jure militari cap.* 1. *n.* 27. Adde Zoesium *ad Pand. h. t. numer.* 73. Metum quod attinet, quia is consensum in universum non excludit, dum majoris malitatis timore quis contrahendum, & contractum jurejurando firmandum, compulsus ex duobus malis minimum elegit, ut plenius demonstratum *t. quod metus causa num.* 1. ideo summo quidem jure ad præstandum quod promisit, obligatus est, atque etiam fidem implere ex mentis bonæ dictamine tenetur, nec satis apud Deum securus erit, si sciens fallat: dare enim maluit aut præstare promissa, quam aliud pati gravius malum instans. Sed cum publice intersit, privatas hujusmodi concussiones inter privatos non tolerari; ac legislator, (qui supra singulos est, & actus singulorum externos sui imperii potestate regit ac circumscribit) ab initio possit jurijurando contra publicam utilitatem ac leges aperte prohibentes interposito omnem demere civiliter & efficaciter obligandi potestatem, sic ut æque jusjurandum, ac ipse actus contra leges prohibentes interpositus, ipso jure nullum ac non interpositum existimetur, nihil vetat, quo minus etiam actui summo jure valido, sed ex æquitate infirmando, appositum jusjurandum summo itidem jure civiliter obstringens, idem magistratus irritum esse jubeat, eoque loco haberi, quasi præstitum non sit. Quo facit, quod & ipso jure canonico eo demum sacramenta dicuntur obligare, quæ nec vi nec dolo præstita sunt, *d. cap. cum contingat* 28. *extra, de jurejurando, cap. licet* 2. *de jurejurando in* 6. *cap. quamvis* 2. *de pactis in* 6. Quamobrem & moris est, ut adversus hujusmodi sacramenta tum a majorennibus ex metu (etiam dolo) tum a minoribus ex lubrico ætatis præstita, æque ac adversus ipsos contractus metu aut minorennitatis imbecillitate gestos, restitutio concedatur per supremos magistratus, aut curias supremas vice Principum in materia restitutionis judicantes, in quibusdam locis ab Ecclesiæ pontificiæ Præsulibus aut summo Pontifice. Nec est, quod quis existimet, juri divino adversari istiusmodi laxationem jurisjurandi a magistratu impetrandam: si modo consideret, jure illo irritum fuisse tum filiarumfamilias, tum uxorum jusjurandum promissorium, quoties pater aut maritus ei intercederet, illudque sua improbaret contradictione, *Numeror. cap.* 30, *per tot.* neque enim minus magistratui in actiones subjectorum, quam patri aut marito in eas, quæ ab uxore filiave proficiscuntur, jus ac potestas est, maxime, ubi tam gravis doli metusve ac concussionis causa subest. Confer Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 22. 23. 24. 25. Besoldum *in delibatis juris ad Pand. t. de constit. Princip. pag. mihi* 87. *& seqq.* Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. part.* 3. *cap.* 1. *n.* 1. *& multis seqq.* Fachineum *controvers. lib.* 3. *cap.* 13. 14. & *lib.* 8. *cap.* 62. Grotium *de jure belli & pacis lib.* 2. *cap.* 13. *num.* 20. Neostadium *Curiæ supr. deci..* 80. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 157. *pag. mihi* 464. 465. 468. 467. Groenewegen ad *leg. ult. ff. ad municipalem.*

6. Quod si jusjurandum promissorium appositum sit actui, qui mere dependebat a voluntate jurantis, nec alteri tribuebat de præsenti ullum jus, ipsum quoque jusjurandum ejusdem conditionis censeri debet, ac proinde ad implementum ejus, quod jurejurando contentum, actio non datur, quoties juranti libuit contra suum jusjurandum venire; magisque illud, quod contra sacramentum suum postea gesserit feceritve, ratum firmumque erit, etsi ipse sic contra prius juratum committens, perjurium procul dubio apud Deum incurrat, arg. *cap. sicut ex literis* 22. *extra, de sponsal. & matrim.* Qua ratione si testator condito testamento jusjurandum subjecerit de voluntate illa per testamentum posterius non revocanda, vel quis jurato promittat, se datum Titio mandatum, quod sui natura irrevocabile, non retractaturum, & postea novum re ipsa testamentum condat, aut mandatum revocet, testamentum posterius & ipsa mandati revocatio effectum sortiri debent. Cum enim testator aut mandans eo ipso, quo prius testamentum aut tum revocavit, in perjurium inciderit, nec nocens esse desinat, aut crimine vacet, etiamsi mandatum prius aut testamentum, non ob-

stante revocatione, duraret; magis fuit, ut revocatio mandati, ac condita deinceps nova dispositio testamentaria, secundum jus commune firmitatem habeant; regula juris Canonici, qua jusjurandum servandum erat, quatenus poterat sine animæ detrimento, jam usum aut locum non amplius inveniente, Zoesius ad *Pand. h. t. num.* 63. *& seqq.* & *ad tit. de injusto rupto irrito facto testam. n.* 27. 28. 29. Jul. Clarus *§. testamentum quæst.* 94. *num.* 3. Michael Grassus *de succ. §. testamentum quæst.* 87. Fachineus *controvers. lib.* 4. *cap.* 8. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *t.* 5. *defin.* 11. 12. Nec recte dixeris, posita ista sententia, invitari jurantes ad delinquendum, ad perjurium, quippe non mutaturi voluntatem cum scelere perjurii, si posteriorem voluntatem scirent non ratam fore. Aliud enim est, ad delinquendum invitari, aliud arrepta legum dispositione, & quasi per occasionem legum, ad delinquendum procedere: posterius fit, si quis contra jusjurandum voluntatem revocet; prius non item. Dum liberam leges puberi patrifamilias civi Romano dant testandi facultatem de rebus suis, si quis adolescens in vitia pronus proximiores fidos monitores, ad mentem meliorem in dies instigantes, & ob id odio habitos, silentio prætereat in suo testamento, peregrinos luxuriæ & nequitiarum auctores, adjutores, socios, heredes instituat, eum in gratitudinis & æquitatis leges incurrere ac perperam agere, nemo negaverit, eum libertate testandi per leges data abuti, quisque fatebitur; at leges ipsas ad hanc ingratitudinem & iniquitatem invitasse, verum non est.

7. Assertorium jusjurandum est, quod præsentia ac præcipue præterita negotia respicit. Ac vel veritatis est, vel affectionis in litem, de quo latius *t. de testibus*, vel ab ipsis litiganiibus. Et hoc secundum tituli hujus inscriptionem in voluntarium, necessarium, & judiciale divisum est? Quid sit voluntarium, quid judiciale, quid necessarium inter Latinos & Græcos non satis constat, his *judiciale* appellantibus, quod illi *necessarium* dixerunt. Adde Ant. Matthæum *de judic. disp.* 10. *th.* 6 *&* 7. Sed cum istam tantum de nomine dissensionem ac quæstionem esse jam olim suo tempore Azo observaverit in *Summa C. h. t. de reb. cred. & jurejurando num.* 6. *in fine* rectius fuerit, ea disputatione prætermissa rem ipsam excutere. Voluntarium itaque jusjurandum etsi Cujacio *in paratitl. Digest. h. t.* & aliis, dicatur, quod a parte parti in judicio vel extra judicium defertur; necessarium, quod pars, cui delatum est, refert delatori; judiciale, quod a Judice defertur: mihi tamen voluntarium potius erit, quod pars parti defert vel refert extra judicium; idque vel ex conventione, quo casu delatum ab adversario referri nequit, *l. jusjurandum* 17. *pr. ff. h. t.* vel sine præcedente conventione; quo casu referri quidem potest, sed is, cui relatum, ad jurandum compelli nequit; cum necdum aditus sit judex, qui cogat. Ut proinde optimo jure id voluntarium appelletur; sive enim conventionem extrajudicialem de jurejurando deferendo præstandoque intervenisse proponas, illa utique a liberrima utriusque voluntate descendit, ac ne is, qui ex conventione deferre debebat, extra judicium ad delationem faciendam constringi poterat, nec, si detulisset, adversarium ad jurandum adigere: sive ex adverso sine prævia conventione illud extra judicium a parte parti delatum concipias, liberum fuit deferenti non deferre; liberum ei, cui delatum, nec præstare, nec referre; liberum denique ei, cui relatum est, nec tunc illud præstare; dum omnibus his in casibus deest, qui cogat; cum privatus in privatum nullam habeat jurisdictionem aut cogendi potestatem. Judiciale appello, quod pars parti in judicio, accedente plerumque sententia judicis interlocutoria delationem probante, defert vel refert, *l. generaliter* 12. *§. sed juramenta, C. h. t. de reb. credit. & jurejur.* Necessarium denique, quod judex defert actori vel reo; ita dictum, quia is, cui id delatum, nec judici deferenti, nec adversario, qui non detulit, referre potest, sed omnino jurare, ni cadere causa malit, necesse habet. Aliter quam in judiciali observabatur quod propterea etiam mixtam quodammodo causam inter voluntarium ac necessarium videri potest obtinere: in quantum initio inspecto liberrima referentis voluntas est, quæ post delationem deinde in eo, cui deferretur, incipit magis adstricta esse, dum is aut jurare tenetur, aut referre; tandem vero exitu considerato mera necessitas apparet, quatenus is, cui illud referre valet, ut post dicetur, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 42.

8. Deferre possunt voluntarium ac judiciale omnes liberam habentes rerum admninistrationem, quales sunt domini majorennes, tutores ac curatores in causis dubiis pupillorum, minorum, furiosorum, & aliorum similium alia probatione destitutis, *l. jusjurandum* 17. *§.* 1. 2. *l. tutor.* 35. *pr. ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 20. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 12. si modo lis sit de rebus illis, quarum sine decreto procedit alienatio; nam si de immobilibus aut mobilibus, quæ sine decreto alienari nequeunt, controversia intercedat, non aliter quam impetrato primitus decreto prætoris jusjurandum per eos deferri posse puto, exemplo transactionum, quarum vice jusjurandum obtinere dicitur, arg. *l. non solum* 4. *C. de præd. & aliis reb. minor.* junct. *l. jusjurandum speciem* 2. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 10. *thes.* 11. Procuratores non aliter recte deferunt, quam si vel speciale ad id mandatum habeant, vel generale cum libera, vel in rem suam constituti sunt. Unde si ille, cui mandatum simpliciter ut peteret, jusjurandum detulerit, nihil agit, *l. jusjurandum quod* 17. *§. ult. l.* 18. *l.* 19. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 12. *defin.* 12. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* [illegible] *num.* 24. 25. Defensores civitatum, magistri societatum & collegiorum ita demum, si ad id mandato instructi sint, *l. jusjurandum* 34. *§. defensor* 1. *ff. h. t.* Adde *tit. de transact. n.* 2. *& seqq.* Non unus ex coheredibus, ceteris ignorantibus, etiamsi de rato cavere paratus sit, ob metum perjurii, si forte post præstitum jusjurandum ab eo, cui delatum est, ceteri factum coheredis ratum non habentes, probationes adducant contra id, quod juratum est, Ant. Faber *C. libr.* 4. *tit.* 1. *defin.* 21. Nullo modo pupilli sine tutoris auctoritate, *l. jusjurandum* 17. *§. pupillus* 1. *ff. h. t.* nec prodigi & similes, *l. tutor.* 35. *§. prodigus* 1. *ff. h. t.* nec qui lapso biennio non numeratæ pecuniæ exceptione utuntur, *l. in contractibus* 14. *§. illo* 3. *C. de non num. pecun.* Adde *tit. de reb. cred. n. ult.* nec illi, qui, cum prius detulissent jusjurandum, illud necdum acceptatum re-

vocaverunt, probationibus confisi, *l. si quis jusjurandum* 11. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* quales tamen hodie mediante in integrum restitutione adhuc ad jurisjurandi delationem admitti, notat Groenewegen ad *d. l.* 11. *C. h. t.* Sed nec servi deferre possunt in præjudicium dominorum, si libera careant peculii administratione, *l. depositi* 5. *§. si filiusfamilias* 2. *ff. de peculio*, eam enim si habeant, æque domino prodesse vel nocere peculio tenus possunt deferendo jusjurandum, ac filiifamilias suo patri, *l. servus quod* 20. *l.* 21. 22. *ff. h. t.* Minores annis viginti quinque, si curatore destituti illud detulissent adversario, restitutionem petere non vetabantur, si hoc ipso se captos docerent, *l. nam. postquam* 9. *§. si minor* 4. *ff. h. t.* Sed cum hodie minoribus invitis curatores dentur, consequens est, inutilem esse delationem, quæ a minore sine curatoris auctoritate fit; sic ut nec restitutione opus sit, arg. *l. si curatorem* 3. *C. de in integr. restit. minor.* Infamem denique jusjurandum adversario deferre volentem audiendum non esse, ad id, ut adversario imponeret jurandi vel referendi necessitatem, variis placet; tum quia tales non amplius metuerent infamiam ex perjurio probato irrogandam, qua jam ante ex alia cœperant causa laborare, arg. *l. si quis injuriam* 35. *ff. de injuriis*, tum quia sic ei, cui defertur, prope adimeretur referendi facultas, dum non sine manifesto perjurii imminentis periculo referret infami deferenti. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 17. junct. *defin.* 9. *num.* 6. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 6.

9. Defertur omnibus sexus cujusvis aut ætatis hominibus, etiam impuberibus, servis, heredibus, procuratoribus, defensoribus, de defuncti aut domini facto; ad eum effectum, ut ratum firmumque futurum sit, quod pupillus, procurator, defensor, aut hæres juraverit, & actio inde vel exceptio pupillo, hæredi, domino, competat, sive in sua sive in domini anima per procuratores juratum sit: cum æquum visum fuerit, custodiri jusjurandum adversus illum, qui contentus eo, cum deferret, fuit; sibique, quod talibus detulerit, imputare debeat, *l. nam, postquam* 9. *§. jus.* 6. *l. sed & si servus* 25. *l.* 26. *l. in duobus* 28. *§. quod reus* 1. *l. ult. §. pen. ff. h. t.* dummodo observemus, datam actionem ex jurejurando procuratoris utilem tantum esse, non directam: qua ratione concilianda *l. non solum* 39. *§. qui alieno* 1. *ff. de procurat.* cum *d. l.* 9. *§.* 6. *ff. h. t.* Neutiquam vero delatio proficit ad eum finem, ut pupillus, servus, defensor, procurator, heres aliique similes vel jurare cogerentur vel jusjurandum referre, ne viderentur in manifesta hærere turpitudine, caderentque causa, *l. jur.* 34. *§. pupillo* 2. *&* 3. *ff. t.* arg. *l. si sine* 9. *§.* 2. 3. 4. *l. si filius* 19. *ff. de interrogat. in jure fac. l. qui in alterius* 42. *ff. de reg. juris*, cum probabilis omnino facti alieni etiam in ipso herede ignorantia sit: ut merito suscipere jusjurandum detrectet; si modo reus in lite sit: nam si actor, instructus venire debet, *d. l.* 42. *ff. de reg. juris*, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 33. Adde Thomingium *decis.* 45. Nec iniquum fuerit, in id saltem heredi jusjurandum deferri, ut juret, quid de defuncti facto compertum habeat; eo modo, quo & tutoribus pro pupillo in judicio stantibus recte jusjurandum a pupillorum adversario defertur, ut jurejurando exponant, quo usque negotium pupilli ipsis notum sit, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 1. *def.* 20.

10. Locum habet hæc jurisjurandi delatio in omnibus causis seu actionibus civilibus, sive personalibus, sive realibus, sive rei persecutoriis sive pœnalibus, atque etiam in ipsis causis infamantibus, veluti si furti, vel de vi bonorum raptorum, vel injuriarum agatur civiliter; adeo ut damnatus post jusjurandum ex judicio famoso famosus fiat, *l. ait prætor* 3. *§. quacunque* 1. *l. nam, postquam* 9. *§. si damnetur* 2. *l. si duo* 13. *§. idem Julianus* 2. *l. in duobus* 28. *§. si quis juraverit* 5. 6. 7. 9. *ff. h. t. l. lex Cornelia* 5. *§. hac lege* 8. *l. non solum* 11. *§. injuriarum* 1. *ff. de injuriis*, *l. furti adipe* 6. *§. sed & si* 4. *de his, qui not. infam. l. non damnatos* 18. *in fine C. ex quib. caus. infam. irrog.* Quod nostris moribus tanto facilius admiseris, quia civili judicio damnatos injuriarum vel furti ad id quod interest, vel ad palinodiam, infamia non comitatur, ut dictum *tit. de his, qui not. infam. n. ult.* Confer Berlichium *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 29. *n.* 42. *& seqq.* Sed & in popularibus actionibus usum invenit, *l. eum, qui* 30. *§. in popularibus* 3. *ff. h. t.* nec non in quæstione, an mulier prægnans sit, nec ne; ad id, ut ventris nomine in possessionem mittatur, si se prægnantem juret, aut possessio ei denegetur, si adversarius juret, eam ex defuncto marito prægnantem non esse; non ut partui noceatur, *l. ait prætor* 3. *§. unde Marcellus* 3. *ff. h. t. l. cum mulier* 10. *ff. de Carboniano edicto*. In disceptatione quoque, utrum nuptiæ vel sponsalia contracta fuerint, nec ne, jurisjurandi delationem admitti, dicetur latius *tit. de sponsalibus*, & *tit. de ritu nupt.* In criminalibus vero causis jurisjurandi delatio merito reprobatur, cum nec calumniæ jusjurandum illic præstandum sit ob metum perjurii; adeo ut secundum mores hodiernos, quibus difficilius ad irrogandam infamiæ pœnam proceditur, ne tum quidem, cum infamia damnatum secutura est, delati jurisjurandi religione causa decidenda sit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. Jul. Clarus *sent. lib.* 5. *§. fin. quæst.* 63. *n.* 1. *&* 3. Ant. Matthæus *de crimin. lib.* 48. *tit.* 15. *cap.* 7. *n.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 230. *pag. mihi* 449. 450. Si tamen judex dicatur in causis criminalibus pecuniam accepisse, (quo probato, in exilium mittendus esset, publicatis omnibus bonis) neque id probare litigator potuerit, persona, quæ accepisse dicitur, jurare tenetur, *quod neque per se, neque per aliam personam accepit, aut promissionem habuit*, ut ita liberetur, *authent. novo jure C. de pœna jud. qui male judicavit.* Cujus singularis ea ratio videtur, quod non tam jurisjurandi novi impositio hic fiat, quam potius repetitio quædam jusjurandi illius, quod quilibet honoribus conspicui in muneris ingressu præstare tenebantur; quippe inter alia jurantes, *se nihil penitus, tam in administratione positos, quam post depositum officium, pro aliquo præstito beneficio tempore administrationis, quam gratuito meruerint, accepturos*, *l. ult. in med. C. ad leg. Jul. repetund.*

11. Nihil autem interest in causis civilibus, an actor, an reus sit, qui jusjurandum hoc defert; cum uterque id possit, non modo ante, sed & post litem contestatam usque ad sententiam, *l. generaliter*, 12. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* etiamsi jam ulteriori fuerit renunciatum probationum productioni, at-

que etiam ex publicatione testificationum didicerint litigantes, quid minus probatum sit; impetrata ex moribus ad id faciendum restitutione in integrum adversus renunciationem ulteriorum probationum factam. Si enim ab initio reus actori, vel actor reo, jusjurandum deferre possit, ubi probationes sibi sufficientes deesse videt; ratio nulla est, cur non & postea mediante saltem restitutione, haud difficulter impetranda, eo confugiat, adversarium judicem simul ac testem faciens in causa sua. Quod enim pro opinione contraria ab Antonio Fabro *Cod. libr.* 4. *tit* 1. *defin.* 23. adductum est, praeclusa probandi via, ad jusjurandum non debere aditum patere, quia efficacissima probatio est; non amplius stringit, ubi per restitutionem in integrum adversus renunciationem, aditum ad probationes ulteriores praecludentem, via probandi rursus aperta est. Eoque facit, quod ita demum post alias probationes tentatas jurisjurandi delatio interdicta fuit, si is, qui deferre vult, jam antea id detulerat, sed necdum acceptatum revocaverat, probationibus confisus; quippe cui tunc non videbatur relinquendus regressus ad illum, quem spreverat, probandi modum, *l. si quis jurejurandum* 11. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Confer Thesaurum *decis. Pedemont.* 93. Paponium *lib.* 9. *tit.* 6. *art.* 5. & 6. Boerium *decis.* 95. *num.* 4. & *seqq.* Christinaeum *vol.* 3. *decis.* 1. *num.* 2. Fachineum *controv. lib.* 1. *cap.* 20. Mascardum *de probat. conclus.* 959. *num.* 9.

12. Nec delationem jurisjurandi ab actore aut reo faciendam impedit, quod forte deferens antea in se susceperit intentionis suae aut exceptionis probationem; eo quod perinde habetur quod juratum est, atque si probatum esset, *l. sed si possessore* 11. §. *si, cum de* 3. *ff. h. t.* ac generaliter constitutum est, licentiam concedendam esse ei, cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, *l. cum de indebito* 25. §. *in omnibus* 3. *ff. de probatione.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 345. Sed nec illud delationi obstat, quod non semiplene, sed omnino nihil probaverit ex suo latere is, qui jusjurandum deferre vult: cum de tutore nominatim cautum sit, illum, omnibus aliis probationibus in pupillari causa deficientibus, jusjurandum deferentem audiendum esse, *l. tutor.* 35. *pr. ff. h. t.* in quo nihil pupillorum favore singulare est, nisi hoc, quod, cum alioquin, ne facto quidem probationum aliarum ordinariarum periculo, in sua quisque causa protinus ad jusjurandi religionem confugere possit, tutor tamen id nequeat in pupillari lite, nisi tentatis ac deficientibus aliis omnibus probandi modis. Firmatque hanc ipsam sententiam, quod, licet alioquin in ultimae voluntatis dispositionibus ordinaria simplexque ac jure naturali & gentium idonea probatio non sufficiat, sed quinque testium depositio ad minimum requiratur; tamen si heres dicatur viva voce per testatorem fidei commisso gravatus, sic ut de voluntate ejus certam & fallere nesciam scientiam habeat, recte fideicommissarius, omni probatione alia legitima destitutus, jusjurandum ei deferre possit, atque ita eum ad id agere, ut vel jusjurandum subeat, quod nihil tale a testatore audiverit, vel id recusans adimpleat ea, quae suae fidei, interposito per actorem calumniae jurejurando, dicebantur commissa, §. *ult. Instit. de fideicommiss. hared. l. ult. C. de fideicommissis.* Facit denique, quod nulla lege cautum invenitur aliquam oportere minus plenam praecedere probationem, antequam delationi locus esset; sed ex adverso sine ulla limitatione manifestae dicitur turpitudinis & confessionis esse, nec jurare velle, nec jusjurandum referre; eumque, qui utrumque recusat, ad solvendum oportere compelli, *l. manifestae* 38. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jurej.* ac generaliter, ei, cui onus probandi incumbit, licentiam concedendam esse, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre; ut judex juramenti fidem secutus ita suam sententiam possit formare, *l. cum de indebito* 25. §. *in omnibus* 3. *ff. de probation.* Nec recte his objeceris, actore non probante reum absolvendum esse, licet nihil ipse praestet, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo*, cum actor tum demum in probatione censeatur defecisse, quando nec per jusjurandum probavit, arg. *d. l.* 25. §. 3. *ff. de probat. l. sed si possessori* 11. §. *ult. in med. ff. h. t.* Vanusque insuper hac opinione admissa, litium calumniosarum timor est; quasi sic quilibet cuilibet controversiam facere sine ulla causa, sine jure ullo, posset; tum isti metui satis obviam itum sit per impositam ei, qui jusjurandum deferre vult, de calumnia jurandi necessitatem. Frustra quoque obtenditur, sic de domo & quasi sinu adversarii probationes peti, contra *l. nimis grave* 7. *C. de testibus*, cum potius hic adversarius in sua causa judex simul ac testis constituatur, *l.* 1. *pr. ff. quar. rer. act. non datur*, quod longe abest a petitione probationum è domo adversarii, per *d. l.* 7. reprobata. Foventque hanc assertionem Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 19. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 9. Ant. Thesaurus *decis.* 93. *in pr.* Christinaeus *vol.* 3. *decis.* 1. *n.* 2. Cujacius *lib.* 22. *observ.* 28. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 34. Perezius *ad tit. C. de reb. cred. & jurejur. num.* 20. Jacob. Coren *consil.* 20. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 12. *defin.* 2. Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 24. Vinnius *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 42.

13. Delatum autem ab adversario jusjurandum vel praestandum est regulariter, postquam deferens ipse prius de calumnia juravit; *l. jusjurandum* 34. §. *qui jusjurandum* 4. *ff. h. t.* vel referendum: cum, uti dictum, turpitudinis manifestae sit nec jurare nec jusjurandum referre, *d. l. manifestae* 28. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* sive de rebus omnibus, sive de quibusdam tantum delatio facta sit; cum liceat de quibusdam rebus jusjurandum deferre, de quibusdam probare, *l. de rebus* 14. *ff. de act. rer. amot.* Et ea quidem forma plerumque referendum, qua ab initio delatum est, nisi forsan ex diversitate rerum aut personarum quaedam emergant, quae varietatem inducunt; quod ubi inciderit, officio judicis conceptio jurisjurandi terminanda foret, *d. l.* 34. §. *non semper* 8. *ff. h. t.* Nam &, si ab initio inter litigantes de jurandi modo ac qualitate non conveniat, conceptio ejus in arbitrio judicantis est, *d. l.* 34. §. *si de qualitate* 5. *ff. h. t.* Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 189. Ant. Fabrum *C. libr.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10. Neque necesse est, ut & referre jusjurandum calumniae prius praestet, cum ferendus non sit, qui intuitu conditionis, quam ipse detulit, de calumnia velit sibi jurari; nec referenti rursus referri potest id quod ipse retulit; sed

qui detulit, post factam sibi relationem jurare omnino tenetur, alioquin causa cadit; eo quod displicere non debuit conditio jurandi ei, qui detulit, *d. l.* 34. *§. datur* 7. & §. *ult. ff. h. t. l. generaliter* 12. *§. sed juramento* 1. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* usque adeo, ut, si tutor vel curator jusjurandum in pupillari negotio semel detulerit, illud deinde sibi relatum nequeat declinare: cum enim leges ei de affectione, ac proinde longe magis de veritate, in lite pupilli iurare permittant, *l. videamus* 4. *ff. de in litem jurando*, ipse sciens, ad delationem sequi de jure posse delati jurisjurandi relationem, sibi imputare debet, quod sese ad hanc jurandi necessitatem suo proprio facto prima scilicet delatione deductum videt, arg. *d. l.* 34. *§. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 13.

14. Sunt tamen in jure casus, quibus jusjurandum delatum referri nequit, sed omnino sine relatione praestandum est; puta, si jam ab eo, cui delatum, acceptatum sit; cum acceptatio conventionis speciem in se contineat, & necessitatis faciat, quod ab initio liberae voluntatis erat, adeoque impediat referendi facultatem, arg. *l. jusjurandum* 17. *pr. ff. h. t. l. sicut* 5. *C. de obligat. & act.* Donellus *comment. jur. civil. libr.* 24. *cap.* 13. ibique Hilligerus *lit. S.* Carpzovius *d. part.* 1. *constit.* 14. *def.* 3. Idemque dicendum, si is, cui id delatum, vel solus vel melius noverit negotium, de quo disceptatur; qua ratione, si maritus uxori, vel illa viro rerum amotarum moveat actionem, & jusjurandum deferatur ei, qui vel quae amovisse arguitur, permittendum ei non est relationem facere, cum optimam facti proprii conscientiam habeat, *l. Marcellus* 11. §. 1. 3. *l.* 12. *l.* 13. *ff. de act. rer. amot.* Etsi ex adverso patri mulieris, quae amovisse dicitur, aut heredi ejus, illa jurandi necessitas imponenda non sit; cum iniquum existimetur de alieno facto alium jurare, *d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* Cravetta *consil.* 233. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 16. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 9. Jac. Coren *consil.* 30. *in notis*, Fachineus *controv. libr.* 1. *cap.* 21. Menochius *de arbitrar. judic. libr.* 2. *casu* 189. *num.* 7. 8.

15. Sunt & justae causae, propter quas delatum jusjurandum neque suscipiendum est ab adversario, neque referendum; veluti si deferens de calumnia jurare nolit, *d. l.* 34. §. 4. *ff. h. t.* si delatum ab eo, qui non habebat deferendi jus; vel ei, cui leges deferri vetant; vel non eo modo eaque forma, quam jura moresque boni probant; de quibus praecedentibus, si in judicio deferatur ei, qui illo in loco forum competens non sortitur, nec judicium suscipere compelli potest, *l. tutor* 35. §. *ult. ff. h. t.* si jam plene per eum, cui defertur, probata sit; eo quod jusjurandum subsidiarius tantum probandi modus est; qui neque contra manifestas alias ordinarias probationes legitimas atque sufficientes operari debet, si forte ex relatione ejus, qui plene probavit, praestaretur; neque probationi per se fidem plenam facienti robur majus, majoremve fidem addere debuit, si is, qui probavit, insuper ex delatione juraret. Quod & jure Canonico evidenter cautum, *cap. sicut* 2. *extra, de probation.* Joh. Papon *libr.* 9. *tit.* 6. *art.* 5. & 8. Christinaeus *vol.* 3. *decis.* 2. *num.* 12. Ant. Matthaeus *de judiciis disput.* 10. *num.* 34. Diversum nonnullis videtur respondendum, si is, cui jusjurandum infertur, necdum quicquam probaverit, sed ordinariis probationibus sese litem instruere paratum dicat; quasi delatione jurisjurandi promptum & expeditum litis terminandae remedium offeratur; dum ex adverso in longum saepe lites trahuntur, ubi conquirendis adhuc undecunque probationibus insudandum est; quod in superiore casu, ubi jam probatio plena adducta erat haud fuit metuendum, Joh. Papon *libr.* 9. *tit.* 6. *art.* 4. Mascardus *de probation. conclus.* 959. *num.* 5. Ant. Matthaeus *de judiciis disput.* 10. *thes.* 33. Sed cum, uti ante dictum, jusjurandum subsidiarius tantum probandi modus sit, sic ut etiam ejus jam praestiti vis omnis evanescat, ac ex integro causa agitanda sit, quoties non ad partis sed judicis desiderium ac delationem praestitum est, si adversarius deinde dicat, se nova invenisse instrumenta, quibus nunc solus usurus est, *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* rationem non animadverto, cui adversarius in praesenti testibus aut instrumentis, utut necdum productis, munitus atque confisus, declinare non posset jurisjurandi praestandi aut referendi necessitatem. Et sane, ni ita statuas, haud raro futurum est, ut justissimam foventes litem probationibus luce meridiana clarioribus adstruendam, causa tamen cadant, dum ipsis ad superstitionem forte timidis metu divini Numinis, & succumbere quam jurare malentibus adversarius horum non ignarus jurejurandum ea deferret fiducia, fore, ut illud sibi ab eo, qui jurare non audet, etiam cum evidente perjurii periculo referatur. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 14. *defin.* 14. Zoesius *ad Pandect. h. t. n.* 4.

16. Extra hos casus, si quis delatum praestare velit nec referre, tamquam turpitudinis & confessionis manifestae reus, litis damno afficitur, ac victus recedit, sive actor sive reus sit, *d. l.* 34. §. *ult. d. l.* 39. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* ut tamen ei supersit a tali sententia appellandi facultas, si forte minus recte sibi jusjurandum delatum ideoque condemnationem ob illud neque susceptum neque relatum nullo jure subsecutam putet, cessante tunc ratione appellationis denegandae, cum transactum videri nequeat, ubi juratum non est, *l. generaliter* 12. *§. sin autem* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 23. *in pr.* Et quamvis is, cui delatum est, quandoque ex justa causa dilationem modicam petere possit, ut plenius deliberet, atque etiam de veritate magis certioretur, & sic juret, vel referat, vel utrumque recuset, *l. jusjurandum* 34. *pr. ff. h. t.* arg. *l. qui interrogatur* 5. *ff. de interrogat. in jure fac.* quamvis etiam deferens delatum jusjurandum sed necdum acceptatum, vel etiam, ut alii volunt, jam acceptatum sed necdum praestitum, revocare possit, probationibus ordinariis confisus, *l. si quis jusjurandum* 11. *C. h. t. de rebus cred. & jurejur.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 1. *definit.* 22. tamen is, qui delatum semel recusavit praestare, vel referre, vel expresse, vel tacite, dum neque deliberandi spatium sibi dari petiit, sed insuper habita delatione ad alia transivit, deinceps amplius ex poenitentia illud vel referre vel praestare, adversario invito, non potest; eo quod regressus ei non videtur concedendus ad illud litium dirimendarum remedium, quod prius recusando, aut non admittendo, contempsit

spreverit que, *l. non erit* 5. *§. ult. l.* 6. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 11. *C. h. t. de reb. cred. jurejur.*

17. Quod si ex delatione partis adversæ, vel relatione, jusjurandum rite præstitum sit, effectus ejus est, quod speciem transactionis habeat, majoremque auctoritatem quam res judicata, *l. jusjurandum* 2. *l. admonendi* 31. *ff. h. t. l.* 1. *pr. ff. quar. rer. act. non datur*, ac reo juranti exceptio jurisjurandi nascatur, sive in rem sive in personam actione conventus sit, *§. aque* 4. *Instit. de except. l. nam, posquam* 9. *§.* 1. *ff. h. t.* nisi ad judiciale accesserit insuper judicis sententia: quippe quo casu magis utilis rei judicatæ exceptio danda foret, arg. *l. actori* 8. *C. h. t. de reb. & cred. jurejur.* Observandum enim, sententiam quidem post præstitum judiciale jusjurandum plerumque sequi, *jusjurandum* 24. *§. ult. ff. h. t.* non tamen id necessitatis esse; cum ipsum jusjurandum transactionem contineat, *d. l.* 2. *l.* 31. *in fine ff. h. t.* transactio vero litem cœptam abunde dirimat atque decidat sine sententia subsequente, arg. *l. non exigimus* 7. *pr. ff. si quis caut. in judic. sist. caus. factis non obt.*

18. Quod si jus suum jurejurando actor asseruerit, in factum actionem ex jurejurando, vel subsecuta ad judiciale condemnatione, utilem rei judicatæ actionem habet *d. l. actori* 8. *C. h. t. §. item si quis* 11. *Inst. de action. l. nam postquam* 9. *§.* 1. *& §. ult. ff. h. t.* Quæ in factum actio semper in personam est, cum ex quadam conventione nasci videatur, ut post dicetur: atque insuper perpetua, licet adversus eum juratum sit, qui temporali actione conveniebatur, quia post litem cum eo contestatam obligatio temporalis adversus eum perpetuata fuit, *l. nam postquam* 9. *§. is, qui* 3. *ff. h. t.* Sed & in simplum ejus quod petitum est, etsi negotium, de quo juratum, tale sit, ut inficiatione lis crescat in duplum; quasi abunde sufficere petitori debuerit, quod exoneratus fuerit probationis ordinariæ necessitate, *l. eum, qui* 30. *pr. ff. h. t.* Quamvis de cetero hæc actio sit tantum adjectitia qualitas actionis pristinæ in rem vel in personam; sic ut in eam illa veniat, quæ publiciana actione, vel rei vindicatione, vel petitione hereditatis, vel emti judicio, aliove simili, actorem consequi oportere generaliter actionis cujusque natura declarat, sive de re principali, sive de accessionibus usuris fructibus partu aliisque quæstio sit, *l. sed si possessori* 11. *§.* 1. 2. 3. *l. si duo* 13. *§.* 3. 4. 5. *ff. h. t. l. sed & si* 7. *§. si petenti* 7. *ff. de publician. in rem act.* Unde & actionem pristinam neque novat neque tollit jusjurandum, sed magis actioni pristinæ hanc adjicit in factum actionem, *l. illud* 25. *§.* 1. *ff. de constit. pecun. d. l.* 7. *§* 7. *ff. de public. act. d. l.* 13. *§.* 3. 4. 5. *ff. h. t.* Ut proinde improprie jusjurandum ad novationis speciem referatur in *l. qui jurasse* 28. *§. ult. ff. h. t.* quod & Paulus non obscure in d. l. significat, dum non simpliciter asserit in jurejurando novationem esse; sed potius jurisjurandi conditionem *posse videri esse ex numero novandi delegandique.*

19. Verum uti jusjurandum ad partis delationem aut relationem interpositum juranti tum ad excipiendum tum ad agendum prodest; ita quoque eidem nocet, ac actio inde utilis ex æquitate adversus eum datur, quoties id jurejurando complexus est, quod implicat atque involvit ipsius jurantis obligationem. Qua ratione, si quis juraverit, *vendidisse me ei rem aureis centum*, non minus ipse utili actione venditi ex jurejurando ad rem tradendam, *l. si duo* 13. *§. si quis* 3. *ff. h. t.* Idemque dicemus, *si societatem se fecisse* juraverit, *d. l.* 13. *§. idem dicemus* 4. *ff. h. t.* Et, si juraverit, *se ob decem pignori dedisse fundum*, non modo a pignoratitia actione, seu pignoris repetitione, depellendus erit, donec decem velut debita solverit, & ex jurejurando suo ipsum ad decem conveniri posse magis probatum fuit, *d. l. §. Marcellus* 5. *ff. h. t.* denique, si juratum sit, usumfructum dari oportere, non aliter dandus erit, quam si jurans fructuariam præstiterit cautionem, *l. eum, qui* 30. *§. ult. ff. h. t.*

20. Interim, uti vulgo res inter alios acta vel judicata, sic & inter alios jurata aliis non nocet, *l. ait prætor* 1. *§. unde Marcellus* 3. *ff. h. t. l. nec filius* 7. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* Quo fundamento, si petitor juraverit, possessore deferente, *rem suam esse*, danda ei actio duntaxat adversus illum, qui jusjurandum detulit, eosque, qui in ejus locum successerunt; contra alios ei jurisjurandi prærogativa nihil prodest, *l. nam, postquam* 9. *§. ult. l.* 10. *ff. h. t. l. sed & si* 7. *§. si petenti* 7. *de public. in rem act.* aut. si quis *hereditatem suam esse* juraverit, non proficiet ei jusjurandum præstitum, alio, quam qui detulerat, hereditarias res possidente vel petente; sed ex integro probare tenetur, se heredem esse, *l. sed si possessori* 11. *§. ult. in fine*, *l.* 12. *ff. h. t.* Quin &, si debitor obæratus jusjurandum in fraudem creditorum vel vero detulerit debitori, ut is juret, se non debere, vel ficto atque subornato creditori, ut is sibi deberi juret; exceptione vel replicatione creditorum fraudatorum se creditores fraudati contra jurisjurandi potestatem tueri poterunt, *d. l.* 9. *§. sed & si quis* 5. *ff. h. t.* Denique si privata furti vel alia simili actione conventus ad id quod interest, juraverit, se furtum non fecisse, non ideo minus judicio criminali per fisci advocatum ex moribus hodiernis pulsari potest exemplo eorum, qui, cum aliis privatis de delicto transegerunt, ut dictum *tit. de transact. n.* 20. Groenewegen ad *l.* 13. *§.* 2. *ff. h. t.* Contra quoque non prodest aliis, quam qui jurarunt, eorumque successoribus, *d. l.* 3. *§.* 3. *ff. h. t.* Qua ratione, cum ex duobus patronis unus liberto jusjurandum detulisset, isque jurasset, se libertum ejus non esse, non id alteri patrono proficiet ad id, ut ex asse patronus censeatur, aut ei ultra partem suam bonorum liberti defuncti possessio cedat; etsi tali in casu pro eo, quasi ex asse patrono præsumtio quædam militet: quo fit, ut dicatur multum fidei & auctoritatis apud judicem habiturus, cum se solum esse patronum probare intendit, *l. si duo* 13. *pr. ff. h. t.*

21. Si tamen reus juraverit, se non debere, fidejussori quoque jusjurandum prodest, *l. in duobus* 28. *§.* 2. *l. ult. ff. h. t.* & viceversa præstitum a fidejussore jusjurandum reo principali proficiet; si modo fidejussor in rem juraverit, *non deberi*; nam si de sua tantum persona juraverit, quod *nempe fidejussor non sit*, aut quid simile reo principali nulla inde liberatio contingit, *d. l. in duobus* 28. *§.* 1. *ff. h. t. l.* 1. *§. si fidejussor.* 3. *ff. quar. rer. act. non datur.* Uno quoque reo debendi jurante, se non debere, jurisjurandi exceptio alteri reo debendi danda vide-

l. ex duobus 28. §. *ex duobus* 3. *ff. h. t.* & quod jusjurandum solutionis loco est, *l. jusjurandum etiam* 27. *l.* 28. §. 1. *ff. h. t.* dummodo & hic in rem juratum fuerit, arg. *d. l.* 1. §. 3. *ff. quar. rer. act. non datur*, *argum. l. fidejussoris* 23. *in fine*, junct. *l.* 24. *ff. de pactis*. Quemadmodum ex adverso in duobus stipulandi reis ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit, quo minus petat, sive socii sint, sive non, *d. l.* 28. *pr. ff. h. t.* Etsi enim pactum de non petendo ab uno reorum credendi cum debitore factum non obsit alteri stipulandi reo, *l. si unus* 27. *ff. de pactis* arg. *l. si duo rei* 34. *ff. de recep. is qui arbit. recept.* aliud tamen in jurejurando placuit, ea, ut opinor, ratione, quod leges Romanæ jusjurandum voluerunt judicii instar esse & pro judicio cedere, *l. qui jurasse* 26. §. *ult. l. tutor* 35. §. 1. *ff. h. t.* lite autem per unum ex stipulandi reis contestata, reliquos velut occupatione quadam ab agendo exclusos esse, patet ex *l. fideicommissa* 11. §. *sic evenit* 21. *in fin. ff. de legatis* 3. *l. ex duobus* 16. *ff. de duob. reis constituendis*, *l. si rem* 31. §. 1. *ff. de novation.* quin & acceptilationis, novationis ac delegationis quandam speciem jurejurando comprehensum videri posse, illudque loco solutionis cedere, in locum solutionis succedere placuit, *d. l. qui jurasse* 26. §. *ult. l.* 27. *l.* 28. §. 1. *l. jusjurandum* 40. *ff. h. t.* solutione autem aut delegatione aut novatione uni vel ab uno stipulandi reo facta obligationem alterius quoque rei stipulandi intuitu perimi, manifestum est, §. 1. *Inst. de duoq. reis stipul. & promit. l. si rem aliquam* 31. §. 1. *ff. de novation.* quod non ita in pacto esse, tum ex *d. l.* 27. *ff. de pactis*, patet, tum præcipue ex *l. liberationem* 3. §. *nunc.* 3. *ff. de liberatione legata.* Diversum tamen dicendum erit, si unus ex pluribus debendi reis jusjurandum creditori detulerit, isque *sibi deberi* juraverit; quippe quo casu tantum adversus deferentem, non item alterum debendi reum, actionem in factum ex jurejurando jurans habere potest; cum res inter alios judicata aut jurata, alios non gravet secundum ante dicta; nec hic eadem, quæ, in superiori casu, ratio sit; dum illic unus pluribus stipulatoribus jurejurando æque ac judicio totam obligationem jure occupavit, sibique proprium fecit; hic vero unus debendi reus jusjurandum deferendo in se non transtulit totam obligationem passivam, neque etiam magis delatione jurisjurandi, quam novatione alterum debendi reum obstringere potuit, arg. *l. si rem* 31. §. 1. *ff. de novation.* junct. *l. qui jurasse* 26. §. *ult. ff. h. t.* Ant. Faber in *rationalibus ad l.* 28. §. 3. *ff. h. t.*

22. Strictam quoque jusjurandum quam maxime recipit interpretationem, ne extendatur ultra rem aut casum, de quo juratum est. Unde, si quis juraverit, se non rapuisse, non debet adjuvari hoc jurejurando in actione furti, vel condictione; quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest, *l. in duobus* 28. §. *si quis* 5. *ff. h. t.* Uti vice versa, si actor deferente reo juraverit, sibi furtum factum esse, furti quidem actionem, at non statim etiam condictionem furtivam nanciscitur, quippe quæ non contra omnem furem datur; non utique contra eum, qui solo consilio sine ope furtum juvit, *d. l. in duobus* 28. §. *pen. ff. h. t.* junct. *l. proinde* 6. *ff. de cond. furt. l. sæpe ita* 53. §. *ult. ff. de verb. sign.* Et si uxor juraverit *divortii causa res non amovisse*, jurisjurandi auxilio tuta non erit, si postea in rem actione de restituendo conveniatur, *d. l.* 28. §. *quæ juravit* 7. *pr. ff. h. t.* Idemque est, si actor reo jusjurandum detulerit de constituta pecunia, isque juraverit, se non constituisse; postea enim ex principali seu priore obligatione, quam constitutum præ-requirit, conventus, exceptione jurisjurandi tueri sese nequit, nisi & de hac juratum sit, *l. si actor deferat* 36. *ff. h. t.* Et, si quis noxali vel alio conventus judicio tanquam possessor, juraverit, se non possidere, ac postea nactus sit possessionem, pati denuo tenetur actionem, nec jurisjurandi præstiti obtentu tutus est, *l. quotiens* 21. §. *ult ff. de noxal. action.* Denique si possessor rei juraverit, *rem petitoris non esse*, jurisjurandi exceptione quidem uti potest contra petitorem, quamdiu in possessione est; at si possidere desierit, & ad petitorem possessio pervenerit, nullam ex jure urando tali actionem contra pristinum petitorem habet: secus, quam obtineret, si jurasset *rem suam esse*, *l. sed si possessori* 11. *ff. h. t.* De cetero jurisjurandi exceptio, & effectus ejus, non tantum locum habet, si ea actione quis utatur, cujus nomine exegit jusjurandum; sed etiam, si alia: si modo eadem quæstio in posterius judicium deducatur; & ea posterioris actionis natura sit, ut per priorem posterior consumatur, *l. in duobus* 28. §. *quæ juravit* 7. & §. 8. *ff. h. t.* etiamsi forte prior actio tantum rei persecutoria esset, posterior pœnæ quoque contineret persecutionem. Hinc si colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, juraverit, *se non succidisse*, sive ex lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive ex lege Aquilia damni injuria, sive interdicto quod vi aut clam postea conveniatur, per exceptionem jurisjurandi defendi potest, *d. l. in duobus* 28. §. *colonus* 6. *ff. h. t.*

23. Præstationi jurisjurandi similis est, eosdemque effectus habet, remissio ejus, facta ei, qui ad delationem aut relationem adversarii illud susceperat ac jurare paratus erat, dum deferens aut referens suscepti jurisjurandi voluntate conventus est, *l. remittit* 6. *l. nam postquam* 9. §. *jurejurando* 1. *ff. h. t. l. actori* 8. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Qualis remissio non nisi per eos, qui & deferendi jus habent, fieri potest, arg. *l. jurisjurandi* 32. *ff. h. t.* sed quo minus etiam absenti & ignoranti vel per nuncium vel per epistolam fiat, nihil vetat, *l. Labeo* 41. *ff. h. t.* Quamvis enim verum sit, etiam promissorii jurisjurandi jam præstiti gratiam ab adversario fieri posse, non modo præsenti sed & absenti per epistolam & ignoranti, nec male ad istum quoque casum *d. l.* 41. dispositio trahatur: tamen falli in eo Ravardum existimo, quod non nisi ad jusjurandum promissorium jam præstitum *d.* legis 41. decisionem spectare autumavit, *l.* 5. *varior. cap.* 2. Multum interim inter jurisjurandi assertorii suscepti, sed nondum præstiti, & promissorii jam præstiti, vel jam præstiti assertorii, remissionem interest: qui enim necdum præstitum sed susceptum remittit, efficit secundum superius dicta, ut omnia eo loco habeantur, quasi illud vere præstitum sit, at cum remittitur, quod jam præstitum est, omnia deinceps eo incipiunt esse loco quasi nunquam jurisjurandi religio intercessisset; sic ut hac ratione depereat in universum

sacramenti vis, arg. *l. ult. in pr. ff. ad municipalem.*

24. Sed, uti remissio jurisjurandi suscepti pro jurejurando est, ita quoque mortem illius, cui delatum est, præstationis effectum sortiri, tradunt pragmatici; si modo illud sibi delatum jam susceperit, sed mortalitatis interventu præstare impeditus sit: nam si jusjurandum delatum, sibi præstare recusaverit, &, cum propterea condemnatus appellasset, pendente appellatione fato functus sit, magis est, ut non perinde habeatur ac si juratum esset, Christinæus *ad leg. Mechlin. tit* 16. *art.* 41. *n.* 3. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 42. Mynsingerus *cent.* 1. *obs.* 13. Confer Ant. Fabrum *de error. pragmat. decad.* 19. *errore* 10.

25. Porro tanta tamque potens jurisjurandi ad adversarii delationem aut relationem præstiti efficacia est, ut regulariter post illud non amplius inquiratur, an debeatur; sed magis id unum, an, & quatenus juratum sit, *§. item si quis* 11. *instit. de action. §. eque* 4. *Instit. de except.* sic ut nec appellandi facultas ultra supersit, licet sententia judicis ad hoc jusjurandum subsecuta sit, *l. pen. §.* 1. *&* 3. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 23. Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 15. *def.* 7. nec propter instrumenta noviter reperta, aut perjurii prætextu, jusjurandum rescindatur, *l.* 1. *C. h. t. de reb. cred. jur. l. admonendi* 31. *in fine ff. h. t. l. quod si, deferente* 21. *ff. de dolo.* Quorum ea ratio est, quod in omni jurisjurandi relatione conventio seu pactio conventa comprehenditur, *l. sed & si servus* 25. *l.* 26. *§. ult. l. tutor* 35. *§.* 1. *ff. h. tit.* eaque conditionalis, qua actor quidem deferens aut referens promittit, se ab ulteriore persecutione destituturum, si modo reus juraverit, rem suam esse quæ petitur, vel se nihil debere, reus vero deferens, aut referens, se id quod petitur, soluturum vel restituturum spondet, si actor juraverit, rem suam esse, aut sibi deberi; unde & non uno loco dicitur deferri, suscipi, referri, displicere *conditio* jurandi, *l. ait prætor* 3. *d. l. qui jurasse* 26. *§. ult. l. jus.* 34. *§. datur autem* 7. *ff. h. t. l. delata* 9. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Quemadmodum ergo in stipulatione pœnali, quæ facti stipulationi subjuncta est, non quæritur, an & quo usque intersit, sed id unum, quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis, propter conventionis potestatem, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *in fine ff de verbor. obligat.* ita quoque hic in pacto tacite prætorio, actionem in factum producente, id unum inspicitur, an, & quid juratum sit; quippe quo ipsa impleta censetur conditio illa, ex qua vel actoris vel rei obligatio ex conventione suspensa erat. Quo etiam facit *l. si quis cum* 39. *ff. h. t.* Nec est quod quis regerat, pejerantem in dolo esse, eumque sic ei contra jura profuturum. Primo enim illud constat, non semper utique a dolo, sed & non raro ab errore & temeritate quadam perjuria proficisci. Sed & secundo, si doceri evidenter possit, ab initio per dolum malum pejeratum esse, dubium mihi nullum est, quin tunc doli actione vel exceptione consulendum ei sit, qui ex perjurio adversarii doloso damnum passus aut passurus est. Cum enim secundum jam dicta jurisjurandi delatio, aut relatio quandam contineat conventionem seu pactionem conventam conditionalem, & generaliter placuerit, initas dolo malo conventiones aut nullas esse, aut per actionem vel exceptionem doli, aut per judicium bonæ fidei, pro cujusque conventionis natura, oportere infirmari, *leg.* 1. *§.* 1. *l. & eleganter* 7. *pr. & §.* 3. *& seq. t. ff. de dolo malo*, consequens est, nec perjurium dolosum debere ratum manere. Maxime, si consideres, jurisjurandi hujus & transactionis eandem esse vim, imo jusjurandum transactionis speciem continere, & utrobique fieri causæ decisionem, *l.* 2. *l. admonendi* 31. *in fine ff. h. t.* Si enim illis in casibus, quibus dolus transactioni causam dedit, dum vel fraude adversarii instrumenta suppressa sunt, quibus non suppressis transactio non fuisset subsecuta, vel alia quacunque ratione evidens alterutrius transigentis calumnia detegitur, transactio imperfecta vel saltem infirmanda sit, *l. in summa* 65. *§. & quidem* 1. *ff. de condict. indeb. l. sub. prætextu* 19. *C. de transactio.* quid ni idem dicamus in jurejurando, pari velut passu cum transactionibus ambulante? Unde nec huic nostræ assertioni Ulpianus adversatur, dum negat perjurio postea approbato actionem de dolo dandam esse, quasi religioni standum sit, sufficiatque in pejerantem perjurii pœna, *l. quod si, deferente* 21. *l.* 22. *ff. de dolo*, cum lex illa de iis accipienda sit, qui initio quidem bona fide juraverant, deinde autem, detecto perjurio fraude non carebant, retinentes ea, quæ secundum jusjurandum ipsis soluta erant, arg. *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verb. obligat.* quo casu merito definitum ab Ulpiano fuit, actionem de dolo dandam non esse, *quia per jus transactum videtur*, *d. l.* 21. Nam & in transactione id receptum est, ut ob dolum postea demum supervenientem haud infirmetur; nec reddi debeant, quæ transactionis nomine accepta sunt, etsi postea probetur, *nullam rem mediam fuisse*, id est, aliam nullam subfuisse transigendi causam, præter litem ab adversario non jure motam, adeoque accipiens, hoc detecto, videatur sciens prudens aliena cum jactura velle locupletari, retinendo ea, quæ perjurio quæsita; si modo ab initio calumnia dolusque desit *d. l.* 65. *§.* 1. *ff. de condict. indeb.* licet alias vulgo exceptio doli locum etiam habere possit, cum ab initio dolus defuit, si quis postea, cum petit, in dolo sit, *d. l.* 36. *ff. de verbor. oblig.*

26. Ne quis autem usque adeo insolitum esse putet, quod jusjurandum ex delatione aut relatione præstitum viribus careat, sciendum est, aliis quoque modis id fieri posse, ut sua jurijurando non constet auctoritas. Si enim non inspectis testamenti tabulis quis sibi quid legatum esse juraverit, iis vero deinceps inspectis nihil relictum inveniatur, nihil quoque jurans ex suo perjurio, ut bona fide interposito, consequitur, majorque supremæ defunctorum voluntatis, quam jurisjurandi ratio est, *l. ult. C. h. t. de reb. cred. & jur.* idque rursus exemplo transactionis, quam, non inspectis testamenti tabulis, inutilem esse super relictis per testamentum, dictum est, *tit. de transact. num.* 12. Et, si prius actor reo deferente juravit *sibi deberi*, reus deinde actore deferente, *se non debere* jurato affirmet, aut vice versa, posterior causa jurisjurandi potior habebitur, *l. in duobus* 28. *§. ult. ff. h. t.* Idem juris est, si post jusjurandum præstitum controversia oriatur, an juratum sit, & adversarius, delato sibi jurejurando, juratum neget, *l. quod si juravi* 29. *ff. h. t.* Probato quoque

perjurio, ratum non manet jusjurandum, etiamsi bona fide præstitum, quoties in delatione aut relatione hoc specialiter lege adjecta cautum est, ut perjurii prætextu retractari possit, *l.* 1. *C. h. t.* Sed nec jurisjurandi effectum consequetur, qui juravit, deberi sibi rem, quæ jam extincta est; nisi ob antecedentem dolum, culpam aut moram æstimatio debeatur, *l. eum, qui* 30. *§. si juravero* 1. *ff. h. t.* Denique inutile est jusjurandum præstitum, si ab eo, cui jus inde quæsitum, remissum sit, ut supra dictum est *n.* 25.

27. Hactenus de voluntario ac judiciali. Necessarium jusjurandum dico, quod ob defectum probationis, seu in causis dubiis, judex, parte etiam non petente, defert, actori vel reo, *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* quod ab interpretibus *purgatorium* appellari solet, si reo deferatur, ut se purget a suspicionibus contra se natis: *suppletorium vero*, si vel actori deferatur ad supplendas non satis sufficientes intentionis suæ probationes, vel reo ad firmandam suæ exceptionis probationem, per se non modis omnibus plenam ac efficacem. Locus autem est huic delationi in causis civilibus, non criminalibus, quoties criminaliter ad pœnam capitalem aut corporalem (etiam hodierno jure ad infamiam) irrogandam contenditur; quippe in quibus quæstioni ad veritatem indagandam locus est *tit. ff. de quæstion.* & luce meridiana clariores desiderantur probationes, *l. ult. C. de probation.* ac perjurium, atque adeo nova criminis adjectio, merito metuitur, dum creditur, ignoscendum esse ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemtum voluit, arg. *l.* 1. *ff. de bonis eor. qui ante sent. mort. sibi consc.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 15. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. Ant. Matthæus *de criminibus lib.* 47. *tit. ult. cap.* 1. *num.* 6. Berlichius *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 29. *num.* 43. & 48. Adde Menochium *de arbitr. judic. libr.* 2. *casu* 464. Langeri orationem, *de controversia utrum reus in delictis sub juris. fide interrogari debeat*, *post tract. de torturis*. Plane, si non nisi ad pœnam pecuniariam tendat criminis persecutio, ut judicialis jurisjurandi delatio aut relatio tunc improbata non est, veluti de furto, rapina, aliisque similibus, secundum ante proposita; ita quoque per judicem in subsidium deferri hoc necessarium, nihil vetat, Ant. Faber *C. de lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 43. quo fundamento nititur, quod, quoties civiliter agitur ad pœnam pecuniariam actione injuriarum, non purgatorii tantum, sed & suppletorii jurisjurandi delatio arbitrio judicis in praxi probata est, sive quis factum neget, sive animum injuriandi, Neostadius *Cur. Holland. dec.* 57. *in med.* Boerius *decis.* 86. Joh. Papon *lib.* 9. *t.* 6. *arrest.* 10. Jacob. Coren *consil.* 20. *in notis*, Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 29. *num.* 42. Quin &, si ad palinodiam agatur, vix est, ut non idem dicamus (licet aliud in Saxonia servetur), cum nec injuriarum recantatio recantantem ac pœnitentem infamem hodie efficiat, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 65. *num.* 5. & *seqq.* Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 93. Berlichius *d. part.* 1. *conclus.* 29. *num.* 45. & *seqq.* Similiter in causa fraudati census jusjurandum purgatorium ei, qui fraudasse dicitur, sed non satis probatur, imponi a judice moribus nostris constitutum est; si modo quædam suspicionis causa subsit, Jacobus Coren *consil.* 20. imo & ipsis publicanis suppletorium deferri, si quid plenæ probationi fraudationis desit, scripsit Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 37. Quo tamen non facile a judice deveniendum puto, ubi illud Ulpiani consideraverit, neminem scilicet esse, qui nesciat, quantæ audaciæ, quantæque temeritatis, sint publicanorum factiones, edictis compescendæ magis, quam adjuvandæ, *l. quantæ* 12. *ff. de public.*

28. Quia vero Gajus in *d. l.* 31. *ff. h. t.* scripsit, solere sæpe judices *in dubiis causis*, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juravit; orta inter interpretes est disputatio, quando causa censenda sit dubia, ad id, ut judici ad delationem sacramenti procedere liceat: aliis quidem eam solam dubiam esse contendentibus, cum utrimque probatio plena est; aliis etiam tunc, cum aliquid, sed minus plene, probatum est, judicem jusjurandum alterutri tanquam in causa dubia deferre posse extimantibus. Quorum posteriorum sententia, uti quotidiana praxi comprobata est, ita quoque rationi convenientior, nec in Romani juris fundamenta incurrit, ut docet Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 44. Neque enim novum in jure nostro est, ut plura per se non satis perfecta, aut valida, aliunde juventur, sicque adjuta vires majores acquirant; etiam ipsarum probationum intuitu: dum satis aperte rescriptum est, instrumenta domestica, seu privatas testationes, aut adnotationes, aut rationes, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, per se sola ad probationem non sufficere, *l. instrumenta* 5. *l.* 6. *C. de probation.* a contrario ergo, si aliunde adjuta sint, plenam poterunt fidem facere. Nec facile quis inficias iverit, unius tantum testis fide digni depositione interveniente, inopiam quidem probationis esse, sed dubiam nihilominus judici fieri veritatem ejus, quod unus ait, negat alter; cujus hæsitationis tollendæ gratia si deinde judex jusjurandum alterutri detulerit, an non obsecro in *causis dubiis ob inopiam probationum* jusjurandum defert, adeoque id ipsum facit, quod Gajus sæpe solitum fieri oportere Imperatores constituerunt in *l. in bona* 3. *C. h. t. de reb. cred. & jur.* Vide, si lubet, latius Vinnium *d. loco*, Fachineum *controvers. lib.* 1. *c.* 18. Hinc, si suam actor intentionem plene probaverit, reus vero exceptionem suam oppositam, veluti solutionis, pacti de non petendo transactionis aut similem uno teste, iniquum non fuerit, jusjurandum alterutri litigantium deferri per judicem super exceptionis objectæ & quadantenus probatæ veritate; eo quod intentio actoris, debitum nempe contractum esse, & allegatio rei de eodem illo debito soluto, pactove ne petatur, inter sese non ita pugnant, quia utrumque possit verum esse, imo reus ipse, solutionem aut pactionem de non petendo proponens, ne negare quidem præcedens verum debitum intelligatur; etsi nec videatur confiteri, arg. *l. non utique* 9. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. eod. tit.* junct. *l. qui tacet* 142. *ff. de reg. juris*. Quod si utrinque plene probatum sit, dum actor intentionem & reus exceptionem docuit testibus duobus fide dignis, aut plenam fidem facientibus instrumentis, veluti solutionem, transactionem, pactionem, de non petendo, non aliæ judicantis partes esse possunt, quam ut omni omissa jurisjurandi delatione, reum simpliciter ab actoris absolvat intentione, arg. *d. l.* 9. *C. de exception. pr. & tot. t. instit. de exception. l.* 1. *ff.*

de exceptien. l. nihil interest 112. *ff. de reg. juris*. Sed si actoris reique probationes ita sibi oppositæ sint & inter se pugnantes, ut alterutram falsam esse necesse sit, veluti si Mævius instrumento publico probetur Titio stipulanti centum aureos Calendis Januariis Romæ promisisse, idem vero Mævius instrumento simili doceat, se toto illo die alibi fuisse, atque ita Romæ non promisisse; fungo sane persuaseris, non homini, causam hanc ea ratione non maxime dubiam esse judici, incerto prorsus, actorisne an rei documenta falsitate laborent. Cui consequens, ut & hic alterutri jusjurandum deferre possit, & sic secundum eum, qui juravit, judicare. Errant sane, qui pugnantes eo modo probationes utrimque adductas omnibus destitui viribus opinantur. Quin potius, cum alterutram falsam esse necesse sit, id unum ista probationum pugna efficit, ut judex, qui singulis probationibus seorsim consideratis plenam potuisset fidem adhibere, nunc quasi positus in medio incertus plane dubiusque hæreat, quibus magis credendum sit, nullumque tali ambiguitati tollendæ, nisi in solo jurejurando, remedium habeat. Toties enim probationum inopia est, quoties probationes vel ab initio sufficientes non sunt, vel cum initio inspecto sufficientes quidem essent ad plenam judici fidem faciendam, tamen propter alias in contrarium adductas, ac cum prioribus directo pugnantes, desinunt plenam judici fidem facere., Bronchorst *enant. cent.* 1. *assert.* 93. vers. *secundo*. Et quamvis in testamentis aliisque similibus verum sit, eorum, quæ inter se pugnantia sunt, neutrum ratum esse, *l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. juris*, atque ita probationes quoque pugnantes ad sententiam secundum eas ferendam efficaces non sint; tamen id non impedit, quo minus harum alterutra jurejurando adjuta firmitatem acquirat. Nec recte hunc casum, quo utrimque plena sed pugnans probatio est, ei comparaverit, quo neque ab actore neque a reo quicquam probatur, quo in casu cessare hujus jurisjurandi delationem, & absolutionem sequi oportere certum est, *l. qui accus.* 4. *C. de edendo*, cum probatione in universum deficiente, causa judici haudquaquam dubia facta sit; contra vero maxime dubia, quando utrimque talia producuntur, quæ seorsim singula plene probant, nec certa judici ratio constat, cur hæc magis, quam illa, vera putet.

29. Positis terminis habilibus, deferri a judice potest hoc jurejurandum non modo petente alterutro vel utroque litigantium, sed & utroque nihil tale desiderante, atque etiam post conclusionem in causa; tum, quia leges hanc delationem stabilientes non distinguunt, ut videri potest in *d. l. admonendi* 31. *ff. h. t. l. in bonæ fidei* 2. *C. de reb. cred. & jurejur.* tum quia judex interrogationes facere potest, quotiescunque æquitas eum moverit, *l. pen. ff. de interrog. in jure faciendis*, species autem interrogationis esse videtur jurisjurandi delatio, quatenus juraturus rogatur, an vera sint, de quibus jubetur jusjurandum præstare; tum denique, quia secundum juris civilis ac canonici decisionem judicis officium est usque ad sententiam cuncta rimari, ac sedulo perquirere in gestorum veritatem, quo liti secundum justitiam finis imponatur, *l. judices* 9. *C. de judiciis, cap. cum Johannes* 10. *extra, de fidei instrument.* Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 16. 17. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 108. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 53. *num.* 41. *& seqq.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 23. *defin.* 1. *&* 9. An vero actori, an reo potius, deferendum sit, providi præcipue ac circumspecti judicis æstimatio est, prout pleniores debilioresve deprehenderit productas probationes, graviores aut leviores præsumptiones pro altero vel contra eum militantes, magis fide dignam actoris vel rei personam. Neque enim satis tutum existimo, definiri simpliciter quæstiones illas, an suppletorium deferendum ei sit, qui unius mulieris, aut unius testis sibi sanguine juncti vel familiaris testimonio probavit illud, de quo quæritur; vel semiplene probavit, sed adversus se militantem habet juris præsumtionem, & quæ sunt alia hujus generis plura. Confer Mynsingerum *cent.* 5. *observ.* 68. Tiraquellum *de leg. Connubial. ad l.* 9. *gloss.* 1. *part.* 9. *n.* 73. 74. Busium *de offic. judicis cap.* 4. *num.* 30. 31. Fachineum *libr.* 1. *controvers. cap.* 18. Merulam *praxi lib.* 4. *tit.* 71. *cap.* 1. *n.* 11. 12. 13. 14. Carpzovium *def. for. part.* 1. *constit.* 23. *defin.* 3. 4. 5. *& seqq.* Plures certe causas, & casus, quibus vulgo traditur, suppletorium non oportere jusjurandum deferri, recenset Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 44. Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 54. inter quos & ille est, si præscriptio per eum, qui illam allegat, semiplene probata sit, Faber *d. defin.* 44. *num.* 11. Berlichius *d. conclus.* 54. *num.* 42. 43. Si certus testium numerus, aut scriptura, per modum solemnitatis ad actum aliquem per leges aut mores desideretur, & quid in actu gesto, veluti testamento, desit, arg. *l. si unus* 12. *C. de testam.* Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 44. *in med.* Berlichius *d. conclus.* 54. *num.* 54. 55. 56. aut si de consuetudine probanda laboretur; ut dixi *tit. de legibus n.* 33. Idemque volunt, si de consanguinitate probanda agatur, cum inter duos, quasi defuncto proximos de legitima hereditate quæstio est, Leeuwen *cens. forens. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n. ult. in fine*.

30. Quicquid autem ejus rei sit, illud expeditum est, tunc, cum a judice defertur litigantium alterutri jusjurandum, id ea esse præstandum forma, qua judex detulit, arg. *l. ait prætor* 3. §. *ult. l. jusjurandum* 34. §. *pen. ff. h. t.* præsente, aut citata saltem adversa parte, arg. *l. generaliter* 12. §. *bis de* 4. versu *licentia danda C. h. t. l. judices* 18. *C. de fide instrum.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 6. *in fine*, Merula *praxi libr.* 4. *tit.* 71. *cap.* 3. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 176. sic ut relatio jurisjurandi hic locum non inveniat, sed omnino is, cui id delatum est, præstare teneatur, alioquin interveniente judicis deferentis sententia casurus illo jure, quod obtinuisset, si jurasset secundum delationem. Cum enim jusjurandum hoc necessarium præstitum probationis instar sit, & perinde habeatur quod juratum est, atque si probatum esset, ac propterea judex secundum eum, qui juravit, judicare jubeatur, *l. admonendi* 31. *ff. h. t. l. sed si possessori* 11. §. *si, cum* 3. *ff. h. t.* consequens e contrario est, contra eum, qui jurare detrectaverit, judicandum esse. Quod & cautum decreto Curiæ Hollandicæ 28. *Martii* 1578. *vol.* 2. *placitor. Hollan. pag.* 1427. Nec iis, quæ de hoc jurejurando non referendo dixi, repugnat *l. generaliter* 12. §. *sed juramento* 1. *C. h. t. de reb. cred. & jurej.* Etenim diffiteri quidem non

possumus, obscuriora, & intricata esse verba textus illius, ac de necessario quoque jurejurando sermonem illic esse: sed tam nihil vetat, ea, quæ de relatione ibi traduntur, restringere ad jusjurandum illud, quod a parte parti delatum est; sic ut præstatio quidem jusjurandi ibidem proposita omni jurijurando communis sit, relatio vero propria solius istius quod a parte illatum est; tum quia relatio non recte fit, nisi inferenti; tum quia ratio in *d. l.* 12. §. 1. proposita, quod nempe *ferendus non sit, ad appellationis veniens auxilium in his, quæ ipse facienda procuravit*, non quadrat satis in omnes jurisjurandi species, sed tantum in id, quod a parte illatum est; quippe quod faciendum pars procuravit, non item illud, quod judex detulit, Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *c.* 45. *post med.* Interim a sententia, post delationem jurisjurandi a judice factam lata, appellandi facultas ei superest, qui succubuit, dum vel ipse jurare secundum judicis præscriptum recusavit, vel contra eum ab adversario ex judicis delatione juratum fuit; eo quod hoc jusjurandum transactionis speciem non continet, *d. l. generaliter* 12. §. *sin autem* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* junct. *l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 15. *defin.* 8. Quo fundamento etiam nititur, quod jure hujus jurisjurandi rescissio petitur, ut ex integro causa agatur, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus est, *d. l. admonendi* 31. *ff. h. t.* Etsi enim alias sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, *l. Imperatores* 35. *ff. de re judic.* jure tamen singulari contrarium placuit, quoties ex jurejurando necessario sententia lata est, eo quod illud non nisi subsidiariam probationem facit, aliis demum ordinariis probationibus deficientibus admittendam: ut proinde nec mirum sit, si, ordinariis aliis deinceps apparentibus, hoc fidem perdat, illisque cedat.

31. Etsi autem moribus hodiernis jurisjurandi voluntarii, seu extra judicium adversario delati, nulla vis sit, ac perinde habeatur, ac si quis jurasset, nomine ei jusjurandum deferente, quod jure Romano prætor non tuebatur, *l. ait prætor* 3. *pr. ff. h. t.* & id, quod in judicio defertur parti ab adversario, nec præstari nec referri debeat, sed recusari possit sine turpitudinis manifestæ nota, donec judex decreverit illud præstandum aut referendum esse, atque adeo probaverit delationem, Hugo Grotius *manud. ad juris. Holl. lib.* 3. *c.* 50. *n.* 3. Groenewegen ad *l.* 28. §. *ult. ff. h. t. n. ult.* Leeuwen *cens. for. p.* 1. *lib.* 1. *c.* 29. *n.* 32. *in fine*, crudius tamen sentire videtur idem Groenewegen ad *l.* 12. §. 1. *C. h. t.* cum nullum in praxi nisi necessarium jusjurandum, nunc notum esse arbitratur; ideoque & appellationem admittit a sententia lata ex jurejurando per partem parti delato vel relato ex judicis comprobatione, & propter instrumenta noviter reperta rescissionem. Tametsi enim haud negaverim, transactionis calumniosæ exemplo perjurium quoque dolosum rescindi posse, impetrato in id a Principe, vel Curia suprema, restitutionis auxilio, ut supra dictum est: tamen dolo in pejerante non probato, vix est, ut rescissionem impetret, qui ipse deferendo probavit jurandi conditionem. Cum ex adverso id, quod solius judicis voluntate delatum est, etiam non probato dolo pejerantis, facilem recipiat ob instrumenta noviter reperta infirmationem; dum is, cui nocuit perjurium, videri non potest comprobasse hoc in casu conditionem jurandi, aut per eam transegisse.

32. Perjurium interim Romani non prorsus impunitum prætermiserunt, etsi judicaverint contemtam jurisjurandi religionem satis Deum ultorem habere, *l.* 2. *C. h. t. de reb. cred. & jurejur.* junct. *l. nam sufficit* 22. *ff. de dolo*, nam & infamia perjuros notatos legimus, *l. si quis major* 31. *C. de transact.* & extra ordinem verberatos, criminis falsi ac stellionatus reos postulatos, atque ad damnum perjurio aliis illatum reparandum condemnatos, *l. ult. ff. stellionatus*, *l. qui falsa* 13. *C. de testibus*, *l. si duo* 13. §. *ult. ff. h. t.* Confer Rævardum *lib.* 2. *var. c.* 3. Besoldum *in delibatis juris ad pand. h. t. n.* 7. Ex moribus hodiernis non infrequens amputatio digiti aut digitorum primorum, quibus in cœlum elevatis perjurium præstitum; frequentior arbitraria coercitio. Vide Groenewegen ad *l.* 2. *C. de reb. cred. & jurejur. n.* 6. *& seqq.* Ant. Matthæum *de criminib. libr.* 47. *tit. ult. cap.* 2. Quibus tamen pœnis afficiendus non videtur, qui ad pejerandum quidem sese paratum professus est, sed necdum re ipsa jusjurandum præstitit; eo quod non nisi in gravissimis quibusdam criminibus jure Romano obtinuit, ac vix unquam hodie obtinet, tentatum crimen eodem modo, quo perfectum, puniri. Uti nec, qui non dolo malo, sed errore quodam perjurium præstitit; cum vulgo traditum sit, affectum distinguere maleficia: sed potius utroque in casu mitior quædam arbitrio judicis coercitio imponenda. Potestque illa bona fides jurantis præsumi ex lucro exiguo inde sperato, spontanea lucri post compertum errorem redditione, moribus, facultatibus, & vita anteacta jurantis, Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 325. & 328. & *part.* 4. *consil.* 355.

TITULUS III.

De in Litem Jurando.

SUMMARIA.

1. *Jusjurandum in litem duplex est, aliud veritatis, aliud affectionis. Probatur, notum esse jusjurandum veritatis. In quibus actionibus, & in quibus rebus, ac ex quibus causis, locum habeat; quid juris, si is, cui judex id detulit, jurare nolit?*
2. *Quid sit jusjurandum in litem affectionis? locus ei non est ob culpam levem.*
3. *Defertur a solo judice; actori domino, vel qui suo nomine litem est contestatus. An & tutoribus in causa pupilli? an non matri, si ea tutrix sit? An & heredibus? Quid si is, cui defertur, jurare declinet?*
4. *Juratur contra eum, qui non dolo non restituit aut exhibet. An contra heredem ejus; & quid si ipse heres dolum fecerit; An & contra fidejussores?*
5. *Defertur in judiciis bonæ fidei & arbitrariis in rem aut in personam, quibus de restituendo aut exhibendo agitur, non in iis, quibus de tradendo, vel de sola indemnitate agitur: nec in strictis juris actionibus.*
6. *In infinitum jurari potest. An judex possit taxa-*

tionem adjicere? an in minus damnare, quam juratum? an post sententiam aestimationis eandem minuere?

7. *An ei, contra quem juratum, actiones cedendae sint?*

8. *An, & quo usque moribus nostris jusjurandum in litem locum habeat?*

1. Jusjurandum in litem generaliter consideratum est, quo propter dolum aut culpam adversarii non restituentis, aut exhibentis, aut solventis, aliquis rem suam aut sibi debitam aestimat. Et vel veritatis est, vel affectionis. Veritatis jusjurandum in litem dicitur, quod a judice defertur actori, si res in judiciis bonae fidei, stricti juris, & arbitrariis non restituatur vel exhibeatur culpa adversarii; aut etiam dolo in judiciis stricti juris perierit deteriorve facta sit, aut non solvatur, reddatur, exhibeaturve. Eoque res aestimanda ex communi hominum opinione, quanti vere est, seu quanti vere interest actoris: ac praestari solet non a dominis tantum, sed & ab aliis, qui domini non sunt, veluti patronis, quorum in fraudem res a libertis alienatae sunt, Flaviana vel Calvisiana actione revocandae, *l. tenetur* 5. §. 1. *ff. si quid in fraud. patroni*, uti & illis, quibus mora facta est ratione rei ex stipulatu vel alia simili causa debitae, ac inter moram peremtae, *l. in actionibus* 5. §. *ult. ff. h. t.* etiamsi fungibilis forte res esset, adeoque ipsa etiam numerata pecunia, quoties de eo quis jurat, quod sua interfuit nummos sibi sua die redditos esse, *l. nummis* 3. *ff. h. t.* vel de impensis litis victori reddendis quaestio est, nec praecise de erogatis constat; in quantum tunc victor, post praemissam judicis taxationem, definit jurejurando suo impendiorum quantitatem, *nov.* 82. *cap. oportet* 10. Denique & in furti actione, dum is, qui furtum passus est, jurat, *rem tanti fuisse cum furtum fieret*; ut ita aestimationis istius duplum aut quadruplum actione furti consequatur, *l. cum furti* 9. *ff. h. t.* Neque id negat *l. in furti* 50. *ff. de furtis*, quippe quae tantum excludit aestimationem affectionis aut ejus quod interest, verumque rei pretium vult duplicari aut quadruplicari. Si tamen deferente judice actor jurare declinet, (forte perquam timidus metu divini numinis usque ad superstitionem; juxta *l. quae sub conditione* 8. *ff. de condit. Instit.*) ipse judex aestimabit, arg. *l. quod si possessor* 71. *ff. de rei vindicat.* imo, si judex satis commode aestimationem facere possit, non recte huc veritatis jusjurandum in litem actori defert, *l. videamus* 4. §. *ult. l.* 5. §. *ult.* junct. 6. *ff. h. t.* Frustra vero Wissenbachius est qui *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 24. *n.* 44. hoc veritatis jusjurandum in litem dari negat, quia *jusjurandum in litem* & *quanti ea res est* in jure opponuntur, ut non possit jusjurandum veritatis sub jurejurando in litem contineri, *l. tutor.* 8. *ff. h. t. l. is, qui* 2. *C. h. t.* Etenim novum non est, ea, quae sibi invicem opposita sunt, tamen sub eodem genere, nomen unius speciei habente, contineri, uti id in adrogatione & adoptione, cognatione & agnatione, sub uno adoptionis & cognationis genere comprehensis constat: idemque hic obtinet, dum jusjurandum in litem affectionis, simpliciter positum nomine *jurisjurandi in litem*, continetur una cum jurejurando, quo definitur *quanti res est*, sub jurejurando in litem generalius accepto.

2. Affectionis jusjurandum in litem est, cum ob dolum (sub quo & lata culpa continetur) aut contumacia adversarii non restituentis res in judicium deducta aestimatur ab actore ultra verum rei pretium, pro singulari in rem affectione, *l.* 1. *l. tutor. rem* 8. *ff. h. t. l. is, qui rationem* 2. *C. h. t. l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic.* junct. *l. si servum meum* 33. *ff. ad leg. Aquil.* Iniquum enim visum fuit, dominum sine facto suo, aliena malitia privari dominio rei suae, & non consequi ultra verum pretium rerum illarum, in quas peculiaris potest cadere affectio, quasque apud alium existentes magno redemturus esset, ut a se possessas non nisi plurimi fuisset venditurus, *l. nec quasi* 70. *& seqq. ff. de rei vindic. leg. si filiusfamilias* 25. §. 1. *ff. soluto matrimon.* Ob levem plane culpam huic jurijurando locus non est; quippe quo casu judex potius ipse rem aestimat, vel jusjurandum in litem veritatis defert, *l. videamus* 4. §. *ult. l.* 5. 7. *sed in his* 3. *ff. h. t.* Tutorem nonnulli excipiunt, contra quem, inventarium aut instrumenta alia pupillaria non exhibentem, ex levi quoque culpa in litem jurari putant ex *l. pen. C. h. t.* sed forte rectius sentiunt, qui statuunt, *in d. l. pen.* non culpae intuitu differentiam poni inter tutorem heredemque ejus; sed magis in eo, quod contra heredem tutoris non alias in litem juratur, quam si constiterit, reperta per eum fuisse instrumenta in hereditate, eaque dolo malo ejus non exhiberi; dum ex adverso contra tutorem hoc jusjurandum omni modo locum sibi vindicat, quoties ille inventarium ceteraque instrumenta non profert dolo malo, sive habeat, sive habuerit & dolo possidere desierit, sive numquam habuerit, dum forte repertorium rerum ad pupillos pertinentium numquam fecit, juxta *l. tutor, qui repertorium* 7. *pr. ff. de adm. & peric. tutor.*

3. Defert hoc jusjurandum non adversarius, sed judex, quoties id aequum arbitratur: neque enim necessitas deferendi in judice est, cui licitum fuit ab initio non deferre, *l. in actionibus* 5. §. 1. *ff. h. t.* licet ex parte ejus cui defertur, quaedam necessitas juris in hoc jurejurando proponatur, *l. ult. ff. h. t.* in quantum, si non juraverit, saepe in latente aliquo damno haereret, quod judici ignotum judex aestimare nequit. Alius praeter judicem si detulerit, vel sine delatione juratum sit, nulla est religio, nec ullum jusjurandum, *l. videamus* 4. §. *deferre* 1. *ff. h. t.* Defertur vero actori, qui dominus est, vel saltem suo nomine litem est contestatus, *l. vulgo* 7. *ff. h. t.* quia praecipua hujus jurisjurandi ratio in eo est, quod iniquum videatur, dominum invitum re sua carere dolo atque malitia adversarii, nudo rei pretio recepto, ut supra monitum. Non tamen recte defertur impuberi: puberi omnino; uti & tutori impuberis, quatenus ratum erit, quod ille juraverit; licet pupillo non teneatur actione tutelae quasi propter neglecta pupilli commoda, si jurare detrectet; cum grave videatur, & ignorantes & invitos tutores, sub alieni compendii emolumento etiam perjurium anceps subire, *l. videamus* 4. *pr. ff. h. t.* Neque his contrarium est, quod dictum fuit, illis solis jusjurandum deferri, qui domini litis sunt, aut saltem suo nomine litem contestati, *l.* 7. *ff. h. t.* etenim, ut manifestior evadat legis illius sententia, per *litis dominos* illic denotantur illi, ad quos lis illa pertinet, sive

per se, sive per procuratores in lite substiterint, eo sensu, quo *dominus litis præsens* in judicio sui procuratoris personam confirmare dicitur, *§. sin autem* 3. *Inst. de satisdat.* idque ad exclusionem procuratorum, qui, licet litis contestatione *litis domini* fiant, *l. procurator.* 22. *l.* 23. *C. de proc.* tamen non suo sed domini mandantis nomine litem contestantur: unde Ulpianus in *d. l.* 7. ut omnem tolleret verborum priorum ambiguitatem, magisque planum redderet, per *litis dominos* non designari procuratores, ex Papiniano subnectit, *alium non posse jurare, quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.* Sub his autem, qui litem suo nomine contestati sunt, etiam tutores hic comprehensos existimem; quippe qui etsi rerum alienarum administratores sint, tamen actionem pro pupillis instituentes, eo in plerisque loco habentur, ac si pro se, propriaque in causa, litem moverent, & domini essent, *l. qui secundum* 7. *§. si tutor.* 3. *ff. pro emtore* quo modo & in aliis juris partibus, in quibus, lite per procuratorem agitata, jubetur ipse dominus jurare, nec procurator ad jurandum admittitur, tutores tamen & curatores, tamquam domini, admittuntur, *l. quoties* 21. *§. si tutor* 5. *ff. de noxal. action.* ac de illis, uti de quovis alio actore dicitur, eos vel per se vel per alium litem inferre, idemque, quod in litis dominis obtinet, in tutoribus quoque ac curatoribus, adversario pupillorum litem per alios inferentibus, observandum esse, *d. §.* 3. *Inst. de satisdation.* Plane matri pupillorum jusjurandum in litem affectionis pro suis pupillis præstare volenti, id permittendum non est, *d. l.* 4. *pr. ff. h. t.* non alia, ut opinor ratione, quam quia impotente erga liberos amore ducta, ultra justam affectionem juratura creditur, quo liberis prosit; etsi illa displiceat, sed sine causa, Antonio Fabro *in rational. ad l.* 4. *ff. h. t.* Qui ideo cum aliis excipit quidem, nisi mater tutrix sit; sed fundamento minus stabili; tum quia impositum matri tutelæ munus non efficit, quo minus mater maneat, adeoque perduret ratio, quæcumque illa fuerit, quæ matrem pro pupillis ab hoc jurejurando suasit depellendam; tum quia lex non distinguit; ac denique vix est, ut de jurejurando in litem matri in causa pupillorum deferendo quæstio esse possit, nisi liberorum suorum tutrix sit; cum mater alienam, adeoque & filii sui impuberis defensionem suscipere prohibeatur, ac jubeatur magis filio suo tutorem petere, *l. alien.* 18. *C. de procurator.* Quibus etiam consequens est, perperam Ant. Fabrum *d. loco*, rationem, cur mater jurare volens admittenda non sit, in eo ponere, quia pro liberis suis impuberibus in judicio stare nequit. Nam, cum jusjurandum hoc demum post plenam causæ disceptationem ac cognitionem judiciali deferatur sententia, ineptum fuerit, aut dubitare, aut quærere de eo, an matri, quæ, nisi tutrix sit in lite pupillari assistere neutiquam, aut nota esse potuit, quæque nec suo nec procuratorio nomine litem contestari, hoc jusjurandum in ipso litis fine deferendum sit. Hæredi ejus, cui hoc potuisset deferri jusjurandum, quo minus a judice idem quoque deferatur, tamquam ex jure hereditatis domino facto, nihil vetat; dummodo non de defuncti, sed de sua affectione juret. Quod si is, cui a judice delatum est, jurare recuset, judicis tunc est qualitercunque secundum rei veritatem, prout religioni ipsius æquum videbitur, statuere rei æstimationem, *l. quod si possessor.* 71. *ff. de rei vind.*

4. Juratur in litem ex affectione adversus eum, qui dolo malo aut contumacia non facit restitutionem rei, aut exhibitionem; non contra heredes contumacia dolove defuncti; eo quod hoc jusjurandum contumaciæ pœnam continet, *l. tutor* 8. *ff. h. t. l. ult. ff. de fidejussoribus*, in pœnam autem hæres non succedit, *l. pen. ff. de operis novi nunciatione*, nisi lis cum defuncto contestata sit, *l. alio jure* 4. *C. h. t.* Quin tamen ob proprium heredis dolum aut culpam latam, propriamve contumaciam, adversus eum possit in litem jurari, dubium non est, *l.* 1. 2. 3. 4. 5. *C. h. t. l. cum ostendimus* 4. *ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tutor.* Idemque servatur in fidejussoribus, contra quos ex dolo quidem proprio in litem jurari potest, ex dolo vero ejus, pro quo fidejusserunt, non ultra verum rei pretium condemnatio sit; nec delicti alieni pœnam præstent, *l. ult. ff. de fidejuss.*

5. Locum habet hoc jusjurandum in omnibus judiciis bonæ fidei & arbitrariis, in quibus de restituendo aut exhibendo agitur, sive in rem sive in personam sint, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindicat. l. sive nostrum* 2. *l. in actionibus* 5. *ff. h. t.* veluti, rei vindicatione, *d. l.* 68. confessoria & negatoria, *l. harum actionum* 7. *in fine ff. si servitus vind.* ad exhibendum, *l.* 2. *l. in actionibus* 5. *ff. h. t.* depositi, *l. ei, apud quem* 5. *ff. depositi*, commodati, *l. sed mihi* 3. *§. in hac* 2. *ff. commodati*, tutelæ, *l. tutor* 8. *ff. h. t.* hypothecaria, *l. si fundus*, 16. *§. in vindicatione* 3. *ff. de pignor. & hypoth.* de dolo, *l. arbitrio* 18. *ff. de dolo*, actione rei uxoriæ, seu ex stipulatu, pro dote recuperanda, *l. si filiofamilias* 25. *§. maritum* 1. *ff. soluto matrimonio.* Non item in iis, quibus non de restituendo vel exhibendo, sed tantum detrahendo agitur vel de sola indemnitate; quod evenit in emti actione, & contrariis commodati, depositi, similibusque judiciis, *d. l. ei, apud quem* 5. *ff. depositi*, nec denique in stricti juris actionibus; quippe in quibus, si judex æstimare satis commode non possit, ad solum veritatis jusjurandum secundum ea, quæ in principio hujus tituli dicta, confugiendum est, arg. *l. in actionib.* 5. *pr. & §. ult. l.* 6. *ff. h. t.*

6. Jurari vero potest hic in infinitum, sine ulla juris taxatione; ut tamen officio judicis incongruum non sit, tunc, cum illud defert, refrenare jusjurandum, & taxationem adjicere, intra quam juretur, ne, arrepta occasione, in immensum alioquin res æstimetur, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic. l. arbitrio* 18. *ff. de dolo*, *l. videamus* 4. *§. jurare* 2. *l. in actionibus* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* Quin imo, etsi de perjurio in hac jurisjurandi specie non facile quæri solear, *l. ult. ff. h. t.* tamen ex magna causa potest judex, qui detulit, illud præstitum non sequi; sed vel prorsus absolvere reum, vel etiam minoris condemnare, quam juratum est, præcipue repertis postea probationibus, quibus innotescit, vel reum non desisse dolo malo possidere, vel actorem non esse, vel non in totum esse dominum, *d. l. videamus* 4. *§. item* 3. *ff. h. t.* Nec obstat *nov.* 82. *cap. oportet* 10. cum ibi de jurejurando veritatis quo declarantur impensæ litis, agatur. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 45. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 24. *num.*

48. Si tamen per sententiam judicis semel probata fuerit æstimatio jurejurando definita, minui deinceps amplius non potest per judicem; quippe cujus officium tunc finitum est, *l. summa* 3. *C. h. t.* arg. *l. quod jussit.* 14. *ff. de re judic. l. si fundus* 16. §. *si pluris* 6. *ff. de pignor. & hypoth.*

7. An autem ei, contra quem juratum est, actiones cedendæ sint, & alia similia, jam ante in *t. de petit. hæred.* & *de rer. vindic.* tractata sunt.

8. Sed nostris & aliorum moribus hoc jusjurandum in litem affectionis vix amplius obtinet; & solent plerumque judices id quod interest ex bono & æquo ipsi dijudicare atque statuere, nisi ob ignoratas negotii circumstantias id ipsis possibile vix sit; quo casu vel præmissa taxatione, jusjurandum convenienter juri Romano etiamnum deferri potest, Groenewegen *de leg. abr. ad Pand. h. t.* Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 5. *n.* 2. *& seqq.* vel etiam actori simpliciter permitti, ut ipse suum interesse declaret, ac firmet jurejurando, ut in id condemnatio sequatur; maxime, si reus sit contumax, nec sese sistat; nam si sui copiam faciat, judices potius ei dant facultatem contradicendi declarationi actoris, ut deinceps examinatis omnibus reus ex bono & æquo in certam condemnetur quantitatem, plerumque petita minorem, *Appendix decision. post resp. Juriso. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 12. *&* 13.

TITULUS IV.

De Condictione causa data causa non secuta.

SUMMARIA.

1. *Condictio causa data &c. non datur occasione contractus* facio, ut, *vel* ne des aut facias; *nec respectu datorum ob causam præteritam, vel ob futuram sed in mente retentam; nec ex vero sed quasi ex contractu descendit.*
2. *Quid sit hæc actio; contra quos, & ad quid detur?*
3. *Sub datione an & acceptilatio continetur? & an hac conditione uti possit, qui alium ob causam futuram liberaverat per acceptilationem, distinctione explicatur.*
4. *Conditio hæc quando detur vel non? sed ubi huic necdum locus est, intentari tamen potest condictio ex capite pœnitentiæ. Quæ & tunc datur, cum res, quæ vicissim danda, vel circa quam quid faciendum, casu periit, re adhuc integra; transitque pœnitendi potestas ad dantis heredes.*
5. *Quando res intelligatur integra, quando non?*
6. *Moribus cessat licentia pœnitendi; in ceteris superest usus condictionis causa data.*
7. *An repeti possit, quod datum ob causam futuram, sed impossibilem natura vel moribus?*
8. *An repeti possit causa non secuta, quod datum est ob causam, solius accipientis commodum concernente, veluti, ut vestem sibi paret?*

1. Condictio causa data causa non secuta nascitur quidem occasione contractus innominati *do ut des*, vel *do ut facias*, uti & *do ne facias*, *l. dedi tibi* 3. *pr. &* §. 1. *ff. h. t. l. ea lege* 3. *C. h. t. de Condict. ob causam datorum*, non tamen ratione contractus *facio ut des*, vel *facio ut facias*, vel *facio ne facias*, eo quod facta naturali ratione repeti nequeunt, nec id, quod factum est, infectum fieri, *l. naturali* 5. §. *quod si faciam* 3. *leg. pen. ff. de præscriptis verbis*. Nec intuitu eorum, quæ data sunt ob causam præteritam; quippe quæ non repetuntur, etiamsi causa, ob quam data, falsa appareat, *l. damus* 52. *ff. de condict. indeb.* eo modo quo & falsa causa legatum non vitiat, §. *longe magis* 31. *Instit. de legatis*, nisi probetur alias daturus aut legaturus non fuisse, *l. cum tale* 72. §. *falsam causam* 6. *ff. de condit. & demonstrat.* Multoque minus respectu eorum, quæ ob causam futuram quidem, sed in mente retentam, data; cum cogitationis in jure nostri uti pœna nulla, ita nec alia vis sit, ac propositum in mente retentum nihil operetur, *l. dedi tibi* 3. §. *sed si servus* 7. *ff. h. t. l. cum ancillam* 6. *leg. si repetendi* 7. *Cod h. t.* Denique nec ex vero, sed magis quasi ex contractu eandem oriri, dicendum profecto est: duo namque in contractibus innominatis do ut des vel do ut facias agi videntur; alterum expresse, ut nempe vicissim detur vel fiat, quæ conventio contractum innominatum facit, ac parit præscriptis verbis actionem, ad id ut vicissim detur vel fiat, adeoque implementum contractus sequatur aut alioquin ad id quod interest condemnetur, qui fidem conventionis præstare recusat: alterum tacite, ut, si non detur aut fiat, de quo convenit, liceat datum repetere; ex qua tacita conventione extra id quod expresse actum fuit cum proprie competat hæc condictio ob causam datorum, eam etiam ex quasi contractu magis, quam vero descendere, consequens fuit, arg. *l. is, qui commodatum* 13. §. *ult. in fin. ff. commodati.* Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 46. *in pr.*

2. Est ergo condictio hæc personalis actio stricti juris qua is, qui ob causam futuram quid dedit, (vel etiam is, cujus nomine datum est, *l. qui se debere* 7. *l. si donaturus* 9. *ff. h. t.*) heresve ejus, ab eo, qui accepit, heredeque ejus petit datorum restitutionem, quia ea causa secuta non est, una cum accessionibus, & fructibus, etiam ante litem contestatam perceptis: eo quod hæc actio iis annumerata est, quibus repetitur id quod nostrum ante fuit, *l. qui se* 7. §. *ult. l. cum quis mortis* 12. §. *seqq. ff. de usuris*, non item cum usuris, secundum propriam negotiorum stricti juris naturam, arg. *l.* 1. *C. de condict. indeb.*

3. Dationis tamen appellatio paulo latius hic accipitur, ut & acceptilationem in se contineat, ac proinde hæc actio in eum quoque detur, qui acceptilatione liberatus est, ut ipse vicissim qui daret aut faceret, si datio aut factum non sequatur. Qua ratione si mulier ei, cui nuptura erat cum dotem dare vellet pecuniam, quæ sibi debebatur, acceptam fecit, neque nuptiæ insecutæ sunt, recte ab eo pecunia condicetur: quia nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem, pervenerit, *l. si quis accepto* 4. *l. si mulier* 10. *ff. h. t.* quibus contradicere videtur Papinianus in *l. ob eam causam* 9. *ff. de præscriptis verbis*, ajens, *accepto liberatum ob eam causam, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione teneri; judicisque officio non veterem obligationem restaurari, sed promissa præstari, aut sequi condemnationem.* Sed ut difficultatis extricatio fiat,

observandum est, acceptilationem vel ut factum considerari possit, vel ut solutionem imaginariam adeoque fictam dationem. Si potissimum ut factum consideretur, ex quo ipso jure liberatio contigit, effici officio judicis non potuit, ut factum infectum fieret, & vetus obligatio instauraretur, sed tantum contractus innominati facio ut facias implementum desiderandum fuit, aut id quod secundum ante dicta condictioni causa data causa non secuta locus esse non potuit in contractibus innominatis a facto incipientibus, in illis solis, qui a datione initium habent: & de hac acceptilatione, tamquam naturale factum continente, accipiendus in *d. l.* 9. Papinianus. Sin magis in acceptilatione imaginariam solutionem spectes, atque ita in ea, ob causam futuram facta, fictam concipias traditionem, dum, debitor ex causa prioris debiti pecuniam numerasse fingitur, ac rursus ob novam causam futuram a creditore eandem recepisse, *sic ut nihil interfit, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem, pervenerit*, secundum verba Javoleni in *d. l.* 10. *ff. h. t.* & accepisse etiam intelligatur, qui obligatione liberatus est, *l. si quis obligatione* 115. *ff. de regul. juris*, condictionem ob causam datorum concedi necesse fuit, tamquam in contractu innominato a datione initium habente, ac pœnitentiam recipiente: ita tamen, ut acceptilatio nec hoc in casu resolvenda fuerit, sed per eam solutio & obligationis dissolutio valide facta intelligatur nummique novam ob causam futuram fingantur de novo numerati; quæ causa cum deinde secuta non esset, non ad obligationis instaurationem, sed pecuniæ solius repetitionem, actio danda fuit.

4. Causa autem non sequitur, vel quia alter præstare, quod promisit, non vult, vel quia non potest. Si prestare noluerit, non dubium, quin condictioni huic locus sit, si modo conditio, quæ forte adjecta est, jam extiterit, vel elapsum sit tempus dationi vel facto præfixum: ut tamen etiam ante temporis lapsum vel existentiam conditionis pœnitentia ex parte ejus, qui dederat ob causam, admittenda sit, ac ex capite pœnitentiæ condictio indulgenda, *l. dedi tibi* 3. *§. quid, si ita* 3. *ff. h. t.* eo excepto, quod pœnitentia dotis ac matrimonii ac favore reprobata fuit, si dos ob matrimonium futurum sponsæ nomine interim data fuerit quamdiu illud separatur ac sequi potest, *l. quod Servius* 8. *ff. h. t.* uti &, si ex causa transactionis quid datum fuerit, *ne ad judicem eatur*, quamdiu eo itum non est, *l. dedi tibi* 3. *princ. ff. h. t.* Si vero præstari causa non possit, nec stet per debitorem, hæc quidem cessat condictio ob causam datorum; sed tamen & hic ex capite pœnitentiæ condici posse data obtinuit, etiam sæpe post interitum rei, quæ vicissim danda, vel circa quam aliquid faciendum erat quandiu res etiamnum integra est, *d. l.* 3. *si pecuniam* 5. *p.* & *§.* 1. 2. *l. ult. ff. h. t.* adeo ut ad heredes dantis etiam transitura videatur pœnitendi facultas, cum heres in omne defuncti jus succedat, ejusdemque cum defuncto potestatis sit, *l. heres in omne* 37. *ff. de acquir. vel omitt. hered. l. heredem ejusdem* 59. *ff. de regul. juris*, & hæc pœnitendi licentia non ad pœnam sed ad rei persecutionem pertineat, nec ex quadam pactione personali, personam haud paciscentis egrediente, sed ex natura communi hujusmodi contractuum innominatorum originem trahat, ac ex persona heredum conditio obligationis non queat immutari, arg. *l. stipulationum* 2. *§. ex his* 2 *ff. de verbor. obligat.* Neque obstat argumentum a donatione ob ingratitudinem per heredes donantis haud revocanda petitum, *l. his solis* 7. *post med. l. ult. C. de revocand. donation.* cum illic de injuriæ illatæ persecutione ac vindicta quæstio sit, ac manifestum, injuriarum actionem nec in heredes dari, nec tribui heredi, *§.* 1. *Instit. de perpet.* & *temporal. act.* junct. *d. l.* 7. *C. de revoc. donat.* in verbis, *ut vindicationis tantum habeat effectus*. Minus adversatur *l. locatio* 4. *ff. de servis exportandis*, eo quod utrobique diversi casus sunt; & in lege quidem quarta ff. locati pœnitendi potestas ex speciali pacto, præter ordinariam locationis naturam, permissa fuit locatori, heredi autem ejus frustra permitteretur, cui morte locatoris locatio sublata erat, *d. l.* 4. in lege autem tertia de servis exportandis minus juvanda fuit pœnitentia in præjudicium libertatis, rei admodum favorabilis, quo factum, ut ad heredes porrigendum non fuerit pœnitendi jus.

5. Integra vero in hac materia res intelligitur etiam cum res vicissim danda, cujusve intuitu quid faciendum, casu tali periit, quo etsi contractus innominatus fuisset peritura, atque ita dominus idem fuisset damnum passurus: veluti, si morbo extinctum ponamus servum ob præcedentem dationem manumittendum, quem dominus, deficiente contractu hoc innominato, non fuisset distracturus. Secus quam obtineret, si is, qui accepit, contractus hujus occasione damnum passus sit, dum forte accipiens ea lege, ut servum manumittat, expediendæ manumissionis gratia cum servo ad præsidem profectus fuit, ac vel a latronibus servus interfectus est, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel aliquo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur, *l. si pecuniam* 5. *§. ult. ff. h. t.* Idemque est, si quis pecuniam acceperit, ut Capuam iret, & valetudine vel tempestate proficisci impediatur, cum jam sumtum ad profectionem necessarium eo usque fecisset, ut manifestum esset, eum aut tantum, quantum acceperat, aut amplius erogasse, *d. l.* 5. *pr. ff. h. t.* Quid quod nec integra amplius videri res possit, si mortuus sit servus ob rem datam manumittendus, antequam potuit commode manumitti, sic ut nullam dominus moram fecerit, ac probet, se servum alias medio tempore fuisse distracturum quem nunc propter hoc non distraxit, quia, ut eum manumitteret, rem accepit, *l. si pecuniam* 5. *§. sed si accepit* 3. & *§. ult. ff. h. t.* Verum enim est, servum nec hoc casu fuisse domino periturum, si innominatus defuisset contractus dationis ob faciendam manumissionem. Quæ cum ita sint, consequens est, ut quod generalius rescriptum invenitur in *l. pen. C. h. t. pecuniam datam, si hæc causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu, non est secuta, repeti minime posse*, limitationem recipere debeat secundum distinctionem jam propositam ex *d. l.* 5. *§. ult. ff. h. t.* si scilicet integra res amplius non sit, seu non fuisset res eodem modo apud dominum peritura. Nisi magis placeat, cessare quidem condictionem ob causam datorum, de qua in *d. l. penult. C. h. t.* juxta tituli ipsius inscriptionem tractatio erat; sed non ideo exclusam protinus dici oportere profluentem ex pœnitentia condictionem; cum & in *d. l.*

5. §. 3. & *l.* 5. *pr. ff. h. t.* post denegatam condictionem causa data causa non secuta, nihilominus ea danti tribuatur datorum repetitio, quam probata in his contractibus pœnitentia parit. Quo modo etiam accipienda Pauli verba, cum in *l. naturalis* 5. §. & *si quidem* 1. *in fine ff. de praescriptis verbis*, ait, *si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes*, nam & illic tantum de condictione ob causam datorum causa non secuta sermonem esse, verba immediate antecedentia abunde evincunt: eoque respectu merito Paulus dixerat, Stichum periculo ejus esse, qui rem dederat ut Stichum acciperet, cessante scilicet condictione illa ob causam datorum: interim condictionem ex capite pœnitentiæ admitti oportere neque negat Paulus in *d. l.* 5. §. 1. neque negant leges aliæ; ac ex adverso pœnitentiæ licentiam Ulpianus in *d. l.* 3. §. 3. & *d. l.* 5. *ff. h. t.* manifeste tuetur.

6. Sed cum hodiernis moribus contractus innominati a datione incipientes pœnitentiam haud recipiant, in quantum nunc ex nudo pacto serio prolato, utcunque per traditionem haud confirmato, actio datur ad implenda ea, quæ pacto placuerunt, sic ut & ipsa conventio de dando ut vicissim detur firmitatem habeat, ac producat actionem ad dandum, hinc etiam condictio ex capite pœnitentiæ reprobata nunc est, Groenewegen ad *l.* 55. *ff. h. t.* manente in ceteris ac vigente Romani juris dispositione circa hanc condictionem causa data causa non secuta; uti colligere licet ex Hugone Grotio *manuduct. ad juris prud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 44. 45.

7. Quod si datum quid sit ob causam impossibilem, aut ea talis est natura, aut jure seu moribus. Si natura, idque sciverit, qui dedit, cessabit repetitio, cum donasse videatur, arg. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de regulis juris*, & de tali scientia accipienda est *l. dictam* 8. *C. h. t.* Sin ignoraverit ignorantia non supina neque affectata, huic condictioni locus erit, arg. *d. l.* 53. *l. cum ancillam* 6. *C. h. t.* Quod enim a Marciano scriptum est, non solum stipulationes sed & ceteros contractus impossibili conditione interposita nullius momenti esse, quia sic contrahentium proculdubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem, *l. non solum* 31. *ff. de oblig. & act.* id ad contractus nominatos restringendum videtur, in quibus nondum dominium datione translatum erat; quales sunt stipulationes, emtiones, locationes, ibidem recensitæ, aliique enumeratis non plane dissimiles. Confer Donellum *ad d. l.* 6. *C. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 25. *num.* 4. Perezium *C. h. t. num. ceterum causam* 7. Sed si moribus seu jure impossibilis causa de futuro adjecta sit; & impossibilitatem dans ignoraverit; siquidem errore juris, cessat repetitio; quippe quam juris ignorantia impedire solet, arg. *l. cum quis jus* 10. *C. de juris & facti ignorantia l. regula est* 9. *ff. eod. t.* sin facti inscitia, condictio dari non deneganda, veluti, si quid militi datum sit, ut procurationem suscipiat, vel dos numerata ad onera matrimonii inter eos, inter quos nuptiæ ob nimis arctum sanguinis aut affinitatis vinculum consistere non possunt, cum dans ignoraret, eum, cui procurationis causa numerabat militem esse, aut adeo propinquam esse sanguinis conjunctionem. Ac de his similibusque facti erroribus accipienda *l.* 1. *si militem* 5. *l. cum ancillam* 6 *l. si lib.* 9. *C. h. t.*

8. Plane, si quid datum appareat ob causam futuram, quæ non dantis, sed solius accipientis commodum concernit & utilitatem, veluti, si Titio decem data fingas, ut inde vestem sibi vel ornamenta paret, aut in suo ædificet; licet id non fecerit, adeoque causa illa secuta non sit, repetitioni tamen nullo modo locus est; cum donatio magis eo casu, quam contractus utrimque obligatorius, intervenisse videatur, *l. sed si mors* 13. §. *ul. ff. de donat. inter virum & uxor. l. Titio centum* 71. *ff. de condit. & demonst.*

TITULUS V.

De Condictione ob turpem vel injustam causam.

SUMMARIA.

1. *Condictio ob turpem causam datur, si solius accipientis, non item dantis turpitudo sit, quod exemplis monstratur. An &, si furi vel alteri indicet?*
2. *Cessat hæc condictio, si vel solius dantis, vel dantis simul & accipientis turpitudo sit, quod exemplis illustratur. An careat hac condictione, qui dedit judici, ut pro se judicaret in bona causa, vel ut festinato litem expediat?*
3. *Accipiens tamen reddere tenetur turpia lucra tertio, cujus interest, aut fisco.*
4. *Quid sit condictio ob injustam causam?*
5. *Quid juris, si quid non datum, sed tantum promissum sit ob turpem vel injustam causam?*
6. *Quid juris in eo, quod meretrici pro stupro promissum? & quid, si fingatur præcedens mutui numeratio, cum vero esset promissio ex turpi causa?*

1. Condictio ob turpem causam est actio personalis stricti juris, qua repetitur quod datum est ob factum continens turpitudinem ex parte accipientis, ita ut condicens turpitudinis expers sit, licet jam turpe factum subsecutum fuerit: competens ei, qui dedit, ac heredibus, adversus accipientem, non item adversus heredes ejus, nisi quatenus ad eos pervenit, cum ex quodam quasi maleficio descendat: ad id ut res, vel si ea perierit, æstimatio ejus restituatur, una cum fructibus & accessionibus, arg. *l. videamus* 38. *pr. & §§. seqq. ff. de usuris*, non item usuris, *l. quoties* 4. *C. h. t.* Confer Hug. Grotium *ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 46. Scilicet, ut paulo altius res repetatur, omne quod datur vel ob honestam causam datur, vel turpem: si ob honestam, ita demum repeti data possunt, si causa secuta non sit, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* si ob turpem, repetitioni locus est, etiamsi res secuta jam sit, *d. l.* 1. §. *ult. ff. h. t. l. quoties* 4. *C. h. t.* si modo accipientis solius, non item dantis, turpitudo versetur, veluti, si quis dederit alteri, ne sibi vel tertio per calumniam lis moveatur, injuria inferatur, furtum fiat, *l. ut puta* 2. *idem* 4. §. *quotiens* 2. *ff. h. t. in heredem* 5. §. 1. *ff. de calumniator.* ut &, si datum quid sit tyrocinii evitandi causa, *l. quod evitandi* 3. *C. h. t.* vel ut restituatur, aut fiat, quod sponte reddendum aut faciendum erat; puta depositario, commodatario, locatori,

venditori, mandatario, heredi ex testamento ad legatum, promissori ex stipulatu ad rem promissam obligato, similibusque, ut res depositas, commodatas, locatas, ex mandati causa penes se existentes restituant, venditas tradant, aut solvant legatas, promissasve: quamvis in bonæ fidei negotiis etiam actione ex ipso contractu id, quod ob restitutionem datum est, repeti possit, atque ita actiones illæ cum hac concurrere ex turpi causa condictione, quod in stricti juris negotiis non ita contingit, *l. ut puta* 2. §. 1. *l. ult. pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Adhæc, si quis furi, aut socio ejus indicium dederit, seu præmium, ut rem furtivam indicaret; cum & hoc sponte faciendum fuerit, res furtiva reddenda ei, cui ablata erat, *l. idem* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. ult. C. h. t.* Aliter quam obtinet, si extraneo quid datum sit, ut is furem vel rem furtivam, aut fugitivum indicaret: cum enim indicare aut delator esse non teneatur extraneus ille, turpitudine caret, cum accipit indicium, sic ut & promissum exigere queat; ideoque nec hanc metuere debet actionem, *l. solent* 15. *ff. de præscriptis verbis*; *d. l.* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. qui vas* 48. §. *qui furem* 1. *ff. de furtis.*

2. Quod si dantis solius, non item accipientis, turpitudo appareat, dubium non est, quin cesset condictio; cujus rei speciem Ulpianus in eo constituit, quod meretrici ob stuprum datum; nova nempe ratione concludens, non utriusque, sed dantis solius, turpitudinem esse, illam enim turpiter quidem facere, quod sit meretrix; at non turpiter accipere, cum sit meretrix, *d. l. idem* 4. §. *sed quod* 3. *ff. h. t.* Quamvis, si certiorem atque saniorem sequamur rationem, magis sit, ut cesset condictio, quia æqualis dantis & accipientis turpitudo est; quo casu condictionem ex turpi causa denegari, melioremque, tanquam in pari turpitudine ac causa possidentis conditionem esse, responsum est *l. ubi autem* 3. *l. pen. ff. h. t.* veluti si quis dederit, ne prodatur in facto aut adulterio deprehensus, *l. idem* 4. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* vel, ut per judicem male judicetur, *d. l. ubi autem* 3. *ff. h. t.* Sed & si judici quis dederit, ut pro se pronunciaret in bona causa: cum enim ex sententia judicis demum certum evadat, uter litigantium justam causam foverit, ac pro suæ litis justitia & bonitate usque adeo præsumere uterque debeat, ut & jusjurandum calumniæ in judicii initio præstare, atque ita de sua bona fide in lite movenda vel excipienda jurare tenentur, vix est, ut non videatur voluisse judicem corrumpere, ac in turpitudine manifesta simul cum judice accipiente hærere, qui ita dedit, *l. ut puta* 2. §. *ult. ff. h. t.* Unde etiam rescriptum generaliter invenitur, illum, qui diffidentia justæ sententiæ in pecuniæ corruptelam spem negotii reposuerit, judici pecuniam dando, amittere eam, quam habuerat, actionem, *l.* 1. *C. de pœna judicis qui male judicavit*, Bachovius *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* 22. *th.* 3. *lib. F.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 25. *num.* 7. Quod & nostris probatum moribus, quibus corruptor judicis in veram damnatur litis æstimationem, cujus triens delatori, reliquum pauperibus cedit. *Nader ampliatie van d' Instructie van den Hoge en Provincialen Rade t. ult. art.* 3. 4. Groenewegen *ad rubric. C. de pœna judicis, qui male judic.* Nisi tamen suam ipse dationem ad magistratum competentem detulerit, ac personam declaraverit & hoc ipsum probaverit; tunc enim dantem veniam mereri, jure novo constitutum est, *auth. novo jure C. eod. tit. de Ampliatione t. ult. art.* 7. Nec dubitandum videtur, quin & tunc utriusque turpitudo sit, cum judici datur, ut is festinatius pendentem expediat finiatque litem, *d. Ampliat. t. ult. art.* 1. licet id interpretibus juris multis displiceat; sed sine fundamento. Vide Bachovium *d. loco*, Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 3.

3. Neque tamen ideo lucra hujusmodi turpia penes accipientem remanere fas est: si enim heredibus, etsi crimine carentibus, sane multo magis ipsis accipientibus, ac turpitudinis reis, extorqueri ea oportere dicendum est, arg. *l. in heredem* 5. *ff. de calumniator.* Qua ratione tertio, cujus intererat, ob turpem causam non esse datum, condictio datorum concessa legitur; ut puta domino, a cujus servo fugitivo vel fure pecuniam acceperas, ne eum indicares, *idem* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* aut si tertius nullus apparet, cujus interesset, ex turpi causa non esse datum, æquum fuerit, accipientibus, tanquam indignis, auferri data, ac fisco vindicari, ne alias suo ex scelere ditentur, arg. *l. cum hic status* 32. §. *ult. ff. de donation. inter virum & uxorem*, *auth. novo jure C. de pœna jud. qui male judic.*

4. Altera tituli pars est de condictione ob injustam causam, actione scilicet personali, qua repetitur id quod datum fuit, aut aliter penes alium est ob causam, nullam quidem turpitudinem specialem continentem, sed tamen jure civili improbatam, *l. perpetuo* 6. *ff. h. t.* cui condictioni non ob futuram, ut in præcedentibus, sed magis ob præteritam causam locus est, veluti cum repetitur id, quod ex stipulatione per vim extorta solutum est, *l. ex ea* 7. *ff. h. t.* vel malæ fidei possessori victo fructus consumti condicuntur, *l. pen. C. de condict. ex lege.*

5. Ceterum, si ex turpi vel injusta causa nihil quidem datum, sed tantum promissio facta sit, exceptio agenti ex tali promissione opponi potest, vel cautio seu chirographum continens promissionem, condici *l.* 1. *C. h. t. de condict. ob turpem causam.* Etenim ex instrumento, quo promissio ob turpem causam comprehensa est, summo quidem jure actionem competere, sed exceptione doli, aut in factum, elidi ac summoveri constat, *l. si ob turpem* 8. *ff. h. t. l. Titia quæ* 134. *ff. de verbor. obligat.* ac proinde, cum ab Ulpiano traditum fuit *generaliter turpes stipulationes nullius esse momenti*, *l. generaliter* 26. *ff. de verbor. obligat.* & ab Imperatoribus rescriptum, *cautæ quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse, & ex stipulatione contra bonos mores interposita actiones denegandas*, *l. mercalem* 5. *C. h. t.* id de effectu intelligendum est, in quantum nihil actione tali per exceptionem elisa actor consequitur; aut in quantum non jus ipsum, sed prætor, secundum veterem judiciorum morem, actori actionem petenti, eandem negat, dum manifestam animadvertit causæ turpitudinem, ac inde certam imminentem actionum per exceptiones elisionem.

6. Ex his haud difficulter decidi potest, quid de promissione meretrici pro stupro facta statuendum sit: nam si Ulpiani ratiocinio locum faciamus, ac meretricem existimemus non turpiter facere, quod accipiat, cum sit meretrix, *l.* 4. §. 3. *ff. h. t.* etiam nec turpe in ea fuerit, alium sibi eam ob causam ex

promissione devinctum fecisse, ac factam exegisse promissionem. Contra vero, si sanam malimus rationem amplecti, rectius fuerit, denegari efficacem promissorum exactionem, ob parem utriusque tum promittentis tum stipulantis turpitudinem, in unum concurrentem. Quæ adeo vera sunt, ut, etiamsi in chirographo non ipsa turpis causa, sed alia honesta exprimatur, veluti pecuniæ numeratio ex causa mutui, tamen doli & simulationis exceptione repellendus sit agens ex hujusmodi scriptura, quoties evidens est, turpitudinis, stupri, adulteriive causa, chirographum conscriptum esse; dum magis attendi oportet ad id, quod vere agitur, quam quod simulate conceptum est, *tit. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*, prolixe Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 243.

TITULUS VI.

De condictione indebiti.

SUMMARIA.

1. *Quid sit indebiti condictio, & in quo mutuum distet ab indebiti solutione?*
2. *Non habet locum, si solutum sit, quod naturaliter debitum. Nec, si id quod vere debitum, more improbato exactum sit; licet exigens aliter coerceatur.*
3. *An pendente die vel conditione condici possit, quod ante diei vel conditionis existentiam solutum est? & de interusurio, casu quo sortis condictio fieri non potest.*
4. *Tutus exceptione perpetua in suum favorem inducta si solverit per errorem, solutum repetere potest; quod exemplis docetur, tres tamen casus excipiuntur. Sed si in odium adversarii, non repetit, quod inter alia etiam obtinet ex moribus nostris in exceptione biennii, intra quod dedita plurima ex constitutione Caroli V. sunt exigenda.*
5. *Explicatur per distinctiones quo modo condictio competat & electio, si pars soluti sit indebita; vel utraque res soluta sit, cum alterutra esset debita; vel una res sit soluta velut unice debita, cum res in genere vel duæ res alternative deberentur; & quid si alterutra post solutionem interit cum utraque alternatim debita soluta esset? Item quid juris si duo rei debendi, vel debitor & fidejussor singuli totum corpus aut quantitatem, vel singuli rem unam ex alternative debitis, solverint iisdem vel diversis temporibus?*
6. *Competit tantum ei, qui ignorans indebitum ignoranti solvit. Quid si sciens scienti vel ignoranti solverit? Quid si dubitans?*
7. *Quod per errorem juris indebiti solutum est, condici nequit ut indebitum: quod & moribus obtinere debet.*
8. *Quibus detur hæc condictio? ubi de tutoribus, procuratoribus, qui pro pupillo vel domino solverunt indebitum.*
9. *Quis condicat, si primus indebitum promiserit, ac fidejussor ab eo datus id solverit? Quid juris, si fidejussor pro vero debito fidejusserit, & solverit, deinde quasi principalis debitor esset? vel postquam ipse interposuisset pactum de non petendo? Et generaliter, quid juris sit, si quis solverit, quod ipse non debebat, alius tamen debebat accipienti?*
10. *Datur quandoque condictio aliis, quam qui solverunt, dum illi, qui instituti erant, legata, quandoque & debita, solverunt, ac dein restitutione vel aliis modis ob testamentum injustum, falsum, inofficiosum ab hereditate depulsi sunt.*
11. *Contra quos hæc actio detur? An contra eos, quibus solutio profuit? an contra fiscum, si quæstori ærarii indebitum solutum sit? An contra dominum, cujus procuratori solutum, quod debitum non est; & quid si adjecto, vel delegato indebitum solutum sit?*
12. *Ad quid tendat condictio indebiti, si factum aliquod indebite præstitum sit; vel possessio indebite translata? & quid si res possessa per eum, cui tradita, jam usucapta sit? Quid si corpora indebita soluta per accipientem distracta sint vel perierint? & an cum sorte indebite soluta usuræ reddendæ, si eam medio tempore accipiens fœnori collocaverit?*
13. *Si sors debita soluta sit, usuræ indebitæ solutæ, non possunt condici usuræ, nisi solutæ sint supra legitimum usurarum modum.*
14. *Cui incumbat onus probandi indebitum debitumve esse, quod solutum est? An & probasse censeatur indebiti solutionem, qui de eodem debito duas producit diversorum temporum apochas, quarum posterior nullam prioris mentionem habet?*
15. *Cessat indebiti condictio, si solutum ex causis quibus lis inficiando crescit in duplum, vel ex causa transactionis, jurisjurandi, rei judicatæ; recensentur tamen quædam exceptiones.*
16. *Cessat, si specialiter, non generaliter, huic condictioni renunciatum sit, vel insignis pietatis ratio comitetur solutionem, veluti dotis, aut commiserationis.*
17. *Denegatur, quoties solutum ex causis, ex quibus retentionem quidem habemus, at non petitionem, item si naturaliter debitum sit. Recensentur casus varii, quibus id, quod naturaliter debetur, si solutum sit, repeti tamen potest.*
18. *An pœna indebite soluta condici possit hac condictione?*
19. *Si mulier debitum clam viro stante matrimonio contraxerit, illudque vel stante matrimonio solverit clam viro, vel post dissolutum matrimonium, an maritus vel ipsa repetere solutum possit matrimonio adhuc constante, vel jam diremto, secundum mores Hollandiæ & Ultrajecti?*
20. *Explicatio nova legis* frater a fratre 38. ff. h. t.

1. AD mutuum proxime accedit indebiti solutio; etsi in eo differat, quod non verus sed quasi contractus sit, ac non modo circa res fungibiles, sed & alias mobiles, immobiles, incorporales, indebite solutas, versetur. Adde Cujacium *libr.* 8. *observ. cap.* 34. unde nascitur indebiti condictio, actio nempe personalis ex quasi contractu, qua repetitur, quod indebite solutum est, §. 1. *Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* §. *pen. Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, veluti si quid solutum sit ex testamento, quod postea falsum, aut irritum, aut ruptum, aut nullum apparuit; quodve postea codicillis ademtum erat, *l. si quis sic* 2. & *seqq. l. ex his omnibus* 54.

ff. h. t. si cautio indebite interposita sit, *l.* 1. *in princ. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse lic.* si promissum id, quod non debetur, *l. is qui plus* 31. *h. t.* si cautio non exacta, quæ poterat exigi, *l. hoc* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. qua usu consum.* si usuræ supra legitimum modum solutæ, *l. si non sortem* 26. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* ut & innumera prope alia passim per universum jus dispersa, quæ recensere longum foret.

2. Huic condictioni ut locus sit, requiritur ante omnia, ut & naturaliter & civiliter indebitum appareat; nam si natura debeatur quod solutum est, condictio indebiti impeditur *l. naturaliter* 13. *l. si quod dominus* 64. *ff. h. t.* maxime, si ex nudo pacto debitum fuerit, *l. juri gentium* 7. §. *sed cum nulla* 4. *ff. de pactis*; *l. quamvis usura* 3. *C. de usuris*, cum subsecuta ad pactum solutio satis demonstret, eum, qui pacto promisit, habuisse animum sese obligandi, nec inconsideratam fuisse sermonis jactantiam, sed seriam promissionem. Quod enim ajunt, naturaliter debitum, non esse debitum, nec inde quem posse creditorem videri, *l. credit.* 10. *ff. de verb. signif.* eo tantum pertinet, quod illa non sit plena & ad omnem effectum valida obligatio; idque ad distinctionem illius, quæ naturalis ac civilis simul est, & efficacem actionem aut persecutionem parit, secundum prima verba *d. legis* 10. Sed &, si naturaliter ac civiliter simul debita per creditorem contra moribus aut legibus receptam formam exacta, atque ita per debitorem soluta fuerint, condictioni indebiti locus non est; cum dici nequeat, indebitum esse, in cujus exactione tantum peccatum est; nec damnum sentiat, qui non plus solvit, quam vere debet, arg. *l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 14. *l. ult.* §. *ult. ff. quod metus causa*, præsertim hodiernis moribus, quibus pœnæ legales aliquem privantes jure suo feruntur in desuetudinem abiisse, adeoque creditos ob metum illatum jure crediti non cadit, cujus contrarium Romanis placuerat. Ut tamen debitori, qui solvit, actio accommodanda sit, si qua ratione ejus intersit, actionem more improbato factam esse; atque etiam vindictæ publicæ persecutionem jure faciat, cui accusandi jus est, si ad publicam læsionem excessus spectet, Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 12. *defin.* 2. Confer aliter ex parte sentientem Anton. Fabrum *Cod. libr.* 7. *tit.* 20. *definit.* 15. 22. 26.

3. Quod si ex die incerto, an unquam sit extiturus, veluti *cum Titius consuluerit*, vel sub simili incerta conditione debitum solvatur ante existentiam diei vel conditionis, pendente quidem conditione vel die condici potest; at ea existente non repetitur, *l. quod si ea* 18. *in fine ff. h. t.* & ad talem diem vel conditionem restringenda, quæ generalius proponuntur in *l. sub conditione* 16. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* uti & quod scriptum est, id, quod pure debebam, si ipse vel alius pro me, novandi animo sub conditione promiserim, pendente novatione solutum, condici posse, quia, ex qua solvam obligatione, adhuc incertum est, *l. Julianus* 60. §. 1. *ff. h. t.* Militatque hoc casu pro condictione æquitatis ratio, quia pendente tali conditione vel die, obligationis dies nec cessit nec venit, adeoque nullum interim debitum subest, sed sola spes debitum iri, §. *sub conditione* 4. *Instit. de verbor. obligat.* Sed si dies omnino certus obligationis sit appositus, vel dies aut conditio talis, de qua incertum quidem, quando extitura sit, certum tamen, eam aliquando extituram esse, veluti *cum Titius morietur*, solutum ante diem aut conditionis eventum condici nequit, *l. in diem* 10. *l. nam si* 17. *l.* 18. *ff. h. t.* cum debiti in diem certo extiturum dies statim cedat, statimque debitum intelligatur, etsi necdum peti possit, §. *omnis stipulatio* 2. *Inst. de verb. obligat. d. l. in diem* 10. *ff. h. t.* & pure stipulari videatur, qui sub conditione, quæ omni modo extitura est, stipulatur, *l. si pupillus* 9. §. *si qui sub* 1. *ff. de novation.* Quæ adeo vera, ut nec interusurium, seu usura medii temporis, quod inter solutionem & diei vel conditionis existentiam intercessit, peti queat. Etsi enim tunc, cum debitor ex justa quadam causa condemnatur ad solvendum ante tempus, quod demum post diem certum alioquin præstandum erat, interusurium seu commodum repræsentationis ex eo debito deduci possit, *l. si constante* 24. §. *quotiens* 2. *ff. soluto matrimon.* arg. *l. si mandavero* 22. §. *item* 1. *ff. mandati*, Ant Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 22. id tamen ad solutionem ante tempus, sponte per errorem, ac nulla necessitate urgente factam, porrigendum non est, nam cum sortis petitio impedita sit, ac proinde moram fecisse videri non possit is, cui solutum est, usurarum quoque exactionem cessare necesse est; maxime, cum stricti juris sit indebiti condictio, in qua non ex mora quidem usuræ debentur, arg. *l. lecta* 40. vers. *sed cum sortis ff. de reb. creditis*, *l. eos*, 26 *C. de usuris*, Costalius ad *l.* 10. *ff. h. t.* Perezius *Cod. h. t. num.* 5.

4. Si quis summo quidem jure civili debeat, sed exceptione perpetua tutus sit adhuc condictioni locus est, si modo exceptio in excipientis favorem introducta sit, qualis est senatusconsulti Vellejani, *l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *l. qui exceptionem* 40. *ff. h. t.* doli mali, *l. qui se debere* 7. *de condict. caus. dat. causa non secuta*, pacti de non petendo, *l. qui hominem* 34. §. *ult. ff. de solution.* jurisjurandi, *l. si quis jurasset* 43. *ff. h. t.* rei judicatæ, arg. *d. l.* 43. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *pr. ff. quarum rer. act. non datur*. Neque huic obstat, quod Paulus scripsit, eum, quem judex male absolvit si sponte solverit, repetere non posse, *l. judex* 28. *ff. h. t.* agit enim de eo, qui sciens, se rei judicatæ exceptione tutum esse, tamen solvit; qualibus non solet condictio dari, *d. l. si non sortem* 26. §. *indebitum* 3. *ff. h. t.* quam scientiam in *d. l.* 28. satis arguit vocula *sponte sua*, non modo voluntatis libertatem, sed & simul oppositam ignorantiæ scientiam quandoque complectens, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* præsertim si consideres, talem in *d. l.* 28. proponi, qui *male* per judicem absolutus erat, & probabiliter bonam fidem agnoscere maluit solvendo, quam secundum jus summum sese defendendo, contra æquitatem naturalem cum adversarii victi jactura locupletari; vel litigare apud judicem superiorem, dum actor victus appellationem minatur, si solutio non fiat, meliorem sibi spondens in bona causa litis eventum. Minus adversatur, quod ex Juliano idem Paulus negavit, *verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio solventem, repetere posse: quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitorem permanere*, *l. Julianus* 60. *ff. h. t.* Non enim illic solutio per verum debitorem facta fuit, postquam per sententiam judicis

jam male absolutus erat, sed ante sententiam, *manente adhuc judicio*; adeoque eo tempore, quo & naturaliter & civiliter debebat, necdum ulla tutus perpetua rei judicatæ exceptione; qualem solutionem, a vero debitore semel recte factam, enervare non poterat aut debebat postea subsecuta judicis sententia, ipso jure nulla, lata quippe super lite jam per solutionem spontaneam inter actorem reumque finita, arg. *l. cum decem* 71. §. 1. *ff. de solution.* Quod si ex adverso is solverit, qui exceptione non in suum favorem, sed in creditoris odium introducta, tutus erat, condictio indebiti denegata fuit; veluti si filiusfamilias contra Macedonianum, cui causam dedit odium fœneratorum, mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus solverit; *d. l. qui exceptionem* 40. *ff. h. t.* vel si quis, cum se defendere posset exceptione juris novi per adversarium suum dati vel impetrati; atque ita non solvere in odium & pœnam dati vel impetrati novi juris, ea omissa solutionem fecerit, *l. si quis iniquum* 3. §. *ult. ff. quod quisque juris in alt. stat.* eoque respicit Pomponius, cum in *l.* 19. *pr. ff. h. t.* scribit; *si pœna causa ejus, cui debetur, debitor liberatus sit, naturalis obligatio manet, & ideo solutum repeti non potest.* Ne improbabiliter ad hanc exceptionum classem retuleris illam, qua constitutione Caroli Quinti, ac renovatis variarum gentium placitis, post biennii lapsum a crediti exactione depelluntur, qui merces minutim distrahi solitas alteri vendiderunt, aut tanquam advocati vel procuratores, alioque simili titulo salarium meruerunt. Cum utique illa biennii præscriptio, non in debitorum favorem inducta sit, sed in odium creditorum negligenter exigentium, & exigendi jure post longa tempora adversus ipsos debitores aut eorum heredes subinde pessime abutentium, ad impetrandam publicam unius debiti solutionem. Unde & eorum, quæ post biennium soluta sunt, condictionem cessare, magis obtinuit, Sande *decis. Fris. libr.* 5. *tit.* 6. *defin.* 2. *in med.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de mercator. minutim vend. gloss. ult. num.* 7. Abr. a Wesel *ad novell. constitut. Ultraject. art.* 21. *numer.* 47. *& seqq.* Sunt tamen in jure proditi casus nonnulli, quibus ipsæ quoque in excipienti favorem introductæ exceptiones non efficiant, ut post solutionem condictio competat; uti id contigit in fidejussore, qui, si solidum debitum solus solverit, cum potuisset opposito divisionis beneficio, in suum favorem adinvento, liberari partis virilis solutione, repetitionem non habet ejus, quod supra suam exsolvit partem, *l. si testamento* 49. §. *ex duobus* 1. *in fin. ff. de fidejussor.* Idemque est in possessore bonæ fidei, qui rei vindicatione conventus, etsi necessarias & utiles impensas retentione rei & opposita doli mali exceptione recuperare potuisset, ita suadente bonæ fidei favore, eadem tamen omissa, ac re restituta, nullam rei, quasi indebite restitutæ, vel impensarum, condictionem habet; *l. si in aream* 33. *ff. h. t.* Denique si maritus totam dotem restituerit, cum posset, opposita competentiæ exceptione in suum favorem introducta, non totam reddere, in ea causa est, ut repetere non possit, *l. nam & maritus* 9. *ff. h. t.*

5. Si pars soluti sit debita, pars indebita, sola repetitur pars indebita, si modo id, quod solutum est, fungibile sit, vel saltem tale, ut sine dantis & accipientis læsione pars commode restitui recipique possit; veluti si solutus sit totus fundus, cum pars dimidia fundi esset debita; sive pro diviso sive pro indiviso deberetur; nam si, cum centum deberentur, fundus ducentorum in solutum datus sit, quasi ducenta fuissent debita, totus fundus condici posset, salva manente debiti exactione; ne alioquin vel solvens vel accipiens in eo læsionem sustineat, quod invitus compelleretur ad communionem, ad quam ex prima obligatione, quæ pecuniaria tantum erat, non fuisset compulsus, *l. si non sortem* 26. §. *si centum* 4. 5. 6. *ff. h. t. l. cum amplius* 84. *ff. de reg. juris.* Quod si is, qui alternative duas res promiserat, utramque solverit, unam condicit, & eam quidem quam vult; electionem enim habet, *l. pen. C. h. t.* sed &, si hominem generaliter promiserit, vel Stichum aut Pamphilum, ac se Stichum debere existimans, eundem solverit, condicere potest; & alium dando liberari, *l. cum is* 32. §. *ult. ff. h. t.* Quamvis enim de eo inter veteres jurisconsultos dissensus fuerit, & Ulpianus ei, cui solutum erat, asseruerit arbitrium retinendi quod vellet, tanquam jam debitori facto ex quasi contractu, indebiti solutione, *l. si non sortem* 26. §. *pen. in fine ff. h. t.* ac Celsus etiam in casu, quo unus ex disjunctim debitis solutus erat, ut unice debitus, repetitionem denegaverit, *l. si is, cui legatis* 2. contrarium tamen magis Justiniano a Papiniano probatum, in *d. l. pen. C. h. t.* quam & Juliani opinionem fuisse, colligi potest ex *d. l.* 37. *pr. junct.* §. *ult. ff. h. t.* quia, si maxime solvens, ex debitore jam creditor factus, censeretur solutione tali perdidisse electionis jus, quod ei ab initio qua debitori competebat, tunc hoc ipsum quoque, tanquam per solutionem indebite translatum, potuisset condicere. Ceterum illa Justiniani decisio locum non invenit, si res duæ alternative ex contractu vel testamento sic ab initio debitæ fuerint ut ipsi creditori electio competeret; tunc enim, utraque simul soluta, creditoris accipientis arbitrium foret, utram sibi retinere malit, secundum primam obligationis naturam, arg. *l. plerumque* 10. §. *ult. ff. de jure dot.* Sed & si post utriusque solutionem altera ex his desierat in rerum natura esse, id remanebit in soluto, quod superest, *d. l. cum is* 32. *pr. ff. h. t.* cum etiam necdum facta debiti alternativi solutione, unius intereuntis periculum ad debitorem spectaret, & id, quod superest, dandum foret, *l. si in emtione* 34. §. *si enim* 6. *ff. de contrah. emt.* Denique, si duo rei debendi sint *Stichi aut Pamphili*, & pariter utrumque per errorem solverint, id est, unus Stichum, alter Pamphilum, electio creditoris est, cui velit restituere, ut alterius repetitio impediatur. Cum enim singuli unum corpus solvissent, singulis electio in repetitione esse non poterat; ideoque creditori soli relinquebatur electio, quid, & cui, reddere vellet, *l. plane si duos* 21. *ff. h. t.* aliter, quam obtineret, si duo rei ejusdem pecuniæ, qui decem debebant, viginti pariter solverint; singulos enim quina repetituros, Celsus ait *l. si pœna* 19. §. *ult. ff. h. t.* Quod si diversis temporibus duo rei promittendi, vel duo confidejussores, vel reus principalis & fidejussor, singuli solidam summam solverint, vel alter Stichum, alter Pamphilum alternative debitum, is, qui posteriorem fecit solutionem, solus indebiti condictione uti potest; eo quod per prioris solutionem jure fa-

ctam obligatio tota peremta fuit, atque ita solus posterior indebitum solvisse dici potest, *l. cum duo* 25. *l. si fidejussor* 59. *ff. h. t.* Confer Cujacium *libr.* 8. *obs.* 35. Donellum *comment. jur. civil. libr.* 14. *c.* 18. *circa med. fere ad finem usque.*

6. Deinde ad condictionem indebiti necesse est, ut ignorans solverit indebitum ignoranti: nam si ignorans scienti præstiterit indebitum, condictioni potius furtivæ locus est, *l. quoniam* 18. *ff. de condict. furtiva*, arg. *l. falsus creditor* 43. *pr. l.* 44. *ff. de furtis*. Cui non contradixit Julianus in *l. servum meum* 37. *ff. h. t.* cum tantum simpliciter definiat, condictioni locum esse; an autem ea sit indebiti condictio, an furtiva, non determinat; ut proinde id aliunde petendum sit. Moribus tamen nostris condictionem indebiti magis, quam furtivam, moveri hoc in casu oportere, quia non ita facile quis hodie solet furti insimulari, notat Groenewegen ad *d. l.* 18. *ff. de condict. furt.* Si sciens scienti, vel sciens ignoranti, non debitum dederit, donasse intelligitur, *l. cujus per errorem* 45. *ff. de reg. juris*, *l. quod qui sciens* 50. *ff. h. t.* eoque pertinet casus, quo heredes, comperta voluntate defuncti, qua inutiliter fideicommissum reliquerat, illud tamen præstiterunt, cum conscientia relicti fideicommissi parentes voluntati ejus, *l. & si inutiliter* 2. *C. de fideicommissis*. Si solvens dubitet, an debeat, nec ne, adhuc repetitioni locus est, *l. ult. C. h. t.* Unde & subinde expressa cavebatur conventione, ut redderetur, si appareret indebitum, *l. si quis sic* 2. *ff. h. t.*

7. Quid, quod nec quævis solventis ignorantia sufficiens est ad indebiti condictionem, sed ea sola, quæ facti est, nec supina apparet aut affectata: nam si per juris ignorantiam contigerit indebiti solutio, repetitionem jure civili denegatam fuisse, verius est: quod & placuit Cujacio *lib.* 5. *observ.* 39. Donello *commen. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 21. *vers. in damnis*, Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 14. Etenim id primo quidem evincit rescriptum Impp. in *l.* 10. *C. de juris & facti ignorantia*, cum ajunt, *si quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio, per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.* Quæ verba regulam universalem, velut jus certum, & supplicanti notum continentia, generaliora sunt, latiusque concepta, quam ut ad istos casus restringerentur, quibus id, quod naturali ratione debebatur, per errorem juris solutum est. Nam etsi verum sit, ista errori juris soluta repeti non posse, veluti si integra legata sine Falcidiæ detractione heres præstiterit, *l. error facti* 9. *C. ad leg. Falcid. l. regula est* 9. §. *si quis jus* 5. *ff. de juris & facti ignor.* perperam tamen ad hanc similesque pauciores facti species coarctaveris id, quod per modum regulæ juris, ac generaliter sine ulla restrictione, in *d. l.* 10. propositum est, nec alia ulla lege satis aperte limitatum invenitur, imo in jure errans opponitur errantibus, & stultis aggregatur, *d. l.* 9. §. 5. *ff. de jur. & facti ignor.* Deinde assertionis nostræ veritatem firmat evidenter, *l.* 1. *ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa*, ubi Ulpianus, postquam monuisset, heredem, qui cautionem legatorum nomine interposuerat, quam a testatore remissam ignorabat, condicere posse, subnectit mox dubitationem illam, si heres crediderit, non potuisse a testatore cautionem remitti, atque ita caverit, *numquid condicere possit, qui jus ignoravit?* ac respondet, *adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse.* Quorsum quæso hæsitatio illa Jurisconsulti, num condicere possit hoc casu, qui jus ignoravit? quorsum responsio illa, adhuc *benigne*, adeoque præter communes juris regulas, dici posse, condici satisdationem, quo scilicet voluntas suprema testatoris, cautionem remittentis, effectum sortiretur; si vulgo, ex jure communi, juris error non impedivisset indebiti condictionem? Sed & tertio pro hac opinione facit, quod jure civili paucis tantum personis exceptis jus ignorare permissum fuit, *l. regula est* 9. *pr.* & §. 1. *ff. de juris & facti ignorant.* unde & nata illa juris regula, *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere; & ignorantiam juris facile excusari non posse*, *d. l. regula est* 9. *l. cum ignorantia* 2. *C. eod. tit.* Etenim si noceat, vel in damnis amittendæ rei, vel in damnis amissæ rei obesse debet; cumque generaliter traditum sit, *omnibus errorem juris in damnis amittendæ rei suæ non nocere*, *l. error facti* 8. *ff. de juris & facti ignor.* non aliud superest, quam ut ergo in damnis amissæ rei damnosus sit: quod & in nostra quæstione contingit, ubi dominium solutione in accipientem translatum, atque ita amissum est. Nec dictis adversantur ea, quæ post alios a Vinnio in contrarium adducta sunt, *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 47. Quod enim ait, condictionem indebiti ex bono & æquo introductam esse, ac proinde non nisi æquitatis exceptione posse elidi, quæ nulla est, nec uspiam apparet; id vero debilius est, cum frustra laboretur de eo, quanam exceptione actio eligenda sit, ubi jus in pœnam ejus, qui jus ignorat, omnem denegavit actionem, condictionem, seu repetitionem, atque ita ipso jure nulla actio est, quæ exceptione perimenda foret, *d. l.* 10. *C. de jur. & facti ignor.* Nec momenti majoris est, quod urget, non inveniri adhibitam distinctionem inter juris & facti errorem in toto titulo Pand. aut Cod. de indebiti condictione: sufficit namque, quod aperte satis in tit. de juris & facti ignorantia (æque idonea istius quæstionis sede) distinctio ista circa indebiti solutionem data sit. Frustra quoque adducitur, juris ignorantiam non nocere *suum* petentibus, *l. juris ignorantia* 7. *ff. de juris & facti ignor.* non enim hic de rei suæ petitione quæstio est, cum secundum ante dicta is, qui solvit, dominus esse desierit, ac condictione indebiti non *suum* repetat, sed sibi debitum ex quasi contractu. Nec est, quod hanc inter *suum & sibi debitum* distinctionem captiosam cum Vinnio existimes; nisi & aliis in locis jurisconsultos vestros verbis lusisse ac cavillatione usos dicas, dum in explicandis ultimarum voluntatum conjecturis *suum* accurate separant ab eo, quod testatori debebatur & *in credito erat*, quia non videtur suum esse, quod vindicari non potest; uti id constat ex *l. Quintus Mucius* 27. §. *argento* 2. *l. scribit Quintus* 34. *ff. de auro, argento, legato.* Nec ipse Vinnius negare sustinuerit, dominium soluti translatum esse, dum non vindicationem solventi, sed solam indebiti condictionem, assertam cupit. Nullum denique sententiæ contrariæ patronis præsidium est in legibus ullis per eos adductis, quales sunt *l.* 7. *ff. de condict. caus. data l.* 7. *ff. de condict. ob turp. causam*, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 23. §. 2. *l.* 32. §. 1. *l.* 43. *l.* 54. *l.* 59. *ff. h. t. l.* 5. *C.*

h. t. cum in his omnibus, aliisque similibus, nullam nominatim juris aut facti mentionem habentibus, propositæ factorum species æque de interposita per facti ignorantiam solutione indebiti explicari possint, ac eas ad juris ignorantiam alii detorquere nituntur. Et quod ajunt, in quibusdam legibus suprascriptis agi de solutione facta contra proprium factum, cujus ignorantia probabilis non est, nec excusationem tribuit, indeque conjecturam capiunt, ergo errore juris ibi solutum esse, non multum stringit; tum quia non omnis facti proprii ignorantia, præcipue post temporis longioris decursum, improbabilis est; tum etiam quia & tunc, cum promissio per vim extorta est, vel jusjurandum interpositum, indeque metus aut jurisjurandi exceptio cœpit competere metum passo aut juranti, non ipse promissor, sed heres ejus vi promissionis potuit exsolvisse, ignarus, defunctum jurasse, aut vim perpessum esse. Ut proinde ne sic quidem ulla necessitas adigat ad leges illas de juris ignorantia accipiendas. Cumque hæc sententia nec rationi repugnet, nec æquitati, causam non video, cur aliud moribus hodiernis statuendum foret; dum obvii quoque sunt hodie juris periti, quos consulere non modo possunt, sed & debent, qui juris imperiti sunt, ne errantes impingant in ea, quæ legibus cauta sunt: tametsi non ignoro, aliud placuisse Hugoni Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holland. libr.* 3. *cap.* 30. *numer.* 19. Simoni van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 14. *numer.* 3.

8. Competit hæc actio solventi indebitum, & hæredi ejus, ac domino, cujus mandato procurator, *l. si procurator* 6. *l. si fundi* 12. *ff. h. t. l. si per ignorantiam* 6. *C. h. t.* nec non pupillo, cujus nomine tutor solvit, *l. cum indebitum* 57. *ff. h. t.* non item procuratori, aut tutori, si pupilli vel domini mandantis nomine indebitum per eos solutum sit; sive de suis sive de pupilli dominive nummis, *d. l.* 6. §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. dominus* 53. *ff. h. t.* si modo tutor ita solutum in rationes pupilli retulerit, & de mandato, procuratori ad solvendum dato, aut saltem de subsecuta domini ratihabitione, constet: nam si neque tutor indebite soluta pupillo imputaverit, neque mandatum aut ratihabitio appareat, ipsi magis tutori vel procuratori, qui de suo solvit, condictio danda foret, *l. si procurator* 6. *pr. l. ul.* §. 1. *ff. h. t.* uti rei vindicatio ipsi nummorum corporumve solutorum domino, *l. qui heredis* 46. *ff. h. t.* arg. *l. dominum* 53. *in fine ff. h. t.*

9. Si quis indebitam pecuniam per errorem promiserit, eamque is, qui pro eo fidejusserat, solverit; si quidem nomine promissoris promissori adversus accipientem, fidejussori contra promissorem, actio danda fuit: sin suo nomine, ipse a stipulatore indebite solutum repetere potest, & quod ab eo consecutus non est, in subsidium actione mandati a promissore, *l. indebitam* 47. *ff. h. t.* junct. *l. frater a fatre* 38. §. *ult. ff. h. t.* quod si, cum pro vero quis debito fidejussisset, illud exsolverit, quasi ipse principaliter deberet, repetere nequit hac actione, cum & vere debitor fuerit, & suum creditor verus consecutus sit; etsi fidejussor in ea causa fuisset, ut ante solutionem sese ordinis aut divisionis beneficio potuisset tueri; eo quod in fidejussore tali severior & utilior illa sententia probata fuit, solutionem non indebitæ quantitatis non debere revocari, *l. si testamento* 49. §. *ex duobus* 1. *ff. de fidejuss.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 39. *numer.* 14 15. 16. quam tamen soluti repetitionem haberet fidejussor, si post interpositam fidejussionem & subsecutum ad eam pactum *ne a se pecunia petatur*, nihilominus per imprudentiam solvisset, quasi deberet ex fidejussione, *l. cum is, qui* 32. §. 1. *l. si fidejussor* 59. *ff. h. t.* & generaliter, si quis id solverit, quod ipse non debebat, alius autem debebat, si quidem suo nomine solverit, quasi ipse deberet, jure condicit, *l. si pœna* 19. §. 1. *l. in summa* 65. §. *ult. ff. h. t.* sin nomine debitoris, cessante condictione liberabitur debitor a creditore, qui suum recepit; incipietque solventi negotiorum gestorum judicio, aliove simili, ad restitutionem devinctus esse, *l. repetitio* 44. *ff. h. t.* Cujacius *observ. libr.* 8. *cap.* 9. Neque pugna ulla est inter *d. l.* 19. §. 1. *ff. h. t.* & *l. de hereditate* 5. *C. de petit. hered.* quarum illa heredi putativo tribuit repetitionem eorum, quæ creditoribus hereditariis exsoluta sunt; hæc negat, solamque dat ex hereditate restituenda deductionem. Etenim deductioni, ex hereditate restituenda tunc locus est, cum possessor ejus res hereditarias tenet, quæ ejusdem sunt generis cum solutis, sic ut compensatio admitti possit, juxta *l. in restituenda* 4. *C. eod. tit. de petit. hered.* aut saltem tales, ut per earum deductionem satisfieri possit hereditatis possessori; quippe quibus in casibus perinde censeri debet, ac si possessor hereditatis ex rebus hereditariis creditores dimisisset. Contra vero condictio indebiti, tanquam necessaria, danda erit, cum vel non tantam hereditariarum rerum quantitatem tenet, aut non res tales, quarum detractione in restitutione hereditatis posset indemnis servari. Nec est, quod regeras, possessori hereditatis ne tum quidem, cum vere indebitum solvit, condictionem dari, sed magis heredi vero, qui evicit hereditatem, *l. idem est* 3. *l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* Vero namque heredi condictio illic accommodatur, quia ex rebus hereditariis legata indebite soluta erant, & possessor hereditatis in bona fide positus non tenetur, nisi in quantum locupletior factus est; ac proinde, ne periculum talis debiti, ex solutione non debita nati, ad eum pertineret, placuit, ei magis dari condictionem indebiti, cujus periculo est, *d. l.* 5. *in fine.*

10. Fit tamen aliquando, ut & alius, quam qui solvit, cujusve nomine solutum est, indebiti condictionem habeat. Si enim heres testamento scriptus hereditatem adierit, & solutis legatis eo testamento datis nova & inopinata causa ei hereditatem abstulerit; dum testamentum aut injustum, aut nullum, aut ruptum, aut falsum, aut secundum leges veteres inofficiosum, pronunciatum est; aut minor viginti quinque annis heres scriptus, ac inconsiderata aditione læsus, impetravit in integrum restitutionem; præstitas ex causa legati res hereditarias condicet utiliter, quicunque evacuato testamento succedendi jus habet; adeo ut & nominum talium periculum ad eum, non ad bona fide solventem, spectet; *l. militis codicillis* 36. §. 2. *ff. de test. milit. l.* 2. §. 1. *l.* 3. 4. 5. *ff. h. t.* licet & ei, qui ex his causis inefficacibus solvit, condictio non videatur deneganda, *l. Papinianus* 8. §. *si ex causa* 16. *ff. de inoff. testam. l. quod si possessor* 17. *ff. de petit. hered.* Similiter, si tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverint, sed postea, non sufficienti-

bus bonis, pupillum abstinuerint, id quod amplius prioribus creditoribus solutum est, quam vere erat debitum ex non sufficiente patrimonio paterno, non tam per tutores bona fide solventes, quam potius per creditores ceteros, per istam solutionem læsos, condicendum est, *l. tutores* 61. *ff. h. t.*

11. Conveniendi hac actione illi, qui indebitum acceperunt, & heredes eorum; atque ipsi etiam pupilli quatenus inde locupletiores facti sunt, arg. §. *ult. Instit. quib. alien. licet vel non*, *l. naturaliter* 13. §. *item quod* 1. *l.* 14. *ff. h. t. l. ait prætor* 3. §. *pupilli* 4. *l. si pupilli* 6. *ff. de negot. gestis*, Gotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 30. *numer.* 34. Non item alii, quibus solutum non est, licet ipsis solutio videri posset profecisse, *l. his solis* 49. *ff. h. t.* Quo fundamento procul dubio a Jurisconsultis Hollandicis responsum fuit, eum, qui indebite persolverat tributum *quadragesimæ*, condictione indebiti repetere soluta ab ipso illo tributi illius quæstore, etiamsi jam ærario illata fuissent sic perperam soluta. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 51. & *d. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 71. *pag.* 219. 220. Si tamen procuratori indebitum solutum sit, non dubium, quin contra dominum mandantem condictio danda sit, cum ipse videatur ita solutionem acceptasse, si modo speciale indebiti accipiendi mandatum intercesserit: nam si tantum generale de rebus domini administrandis datum sit, ratihabitione insuper opus esset, cum sub generali mandato indebiti acceptio comprehensa non sit, quippe de qua nec cogitatum fuit. Et hoc est, quod Paulus voluit *l. si procurator* 6. §. 1. *ff. h. t.* Eaque nititur ratione, quod Papinianus scripsit, si nominatim creditor suo mandaverit debitori, ut majorem, quam quæ debebatur, quantitatem suo foveret procuratori, isque errore lapsus amplius debito præstiterit, indebiti cum eo, qui delegavit seu mandavit, actionem esse, *l. cum indebitum* 57. §. 1. *ff. h. t.* Cum ex adverso, si quid falso procuratori indebite solutum sit, vel vero quidem, sed supra quantitatem mandato definitam, vel generali tantum mandato munito, ad quod ratihabitio acceptati indebiti secuta non est; non cum domino, cujus ille mandatum simulavit, aut saltem sufficiens non habuit, sed cum ipso illo procuratore, indebitum accipiente, experiendum foret, *l. creditoris* 8. *C. h. t. l. procurator* 6. §. 1. *d. l.* 57. §. 1. *ff. h. t.* Nec longe ab hac facti specie recedit ea, quam Paulus proponit in *l. si donaturus* 9. §. 1. *ff. de condict. caus. non secuta*, puta, si mulier sponsa jusserit ei, qui se debitorem mulieris putabat, dotis nomine promittere ac solvere sponso suo: nuptiis namque secutis, ac dotis solutione facta, non contra maritum, cui solutum est (quippe suum gessit negotium, nec indotatam duxisset) sed contra mulierem errore comperto condictionem solventi competere, responsum est, quasi ipsi mulieri datum esset, quod ejus jussu debitor putativus sponso dedit. Pari ratione, si quid, *adjecto solutioni* indebite solutum sit, non ab eo, sed ab ipso stipulatore (qui sibi aut adjecto stipulans, mandat adjecto solvi), repetitionem habet, qui solvit, *l. qui hominem* 34. *pr. l. si ita stipulatus* 59. *in fine ff. de solut.* Et generaliter, quicunque pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegatus est, ei adversus delegantem accommodari condictionem, Antonius rescripsit *l. si citra* 2. *C. h. t.*

12. Tendit indebiti condictio ad id, ut, quæ indebite facta sunt, quantum ad suos effectus infecta reddantur, quoad ejus fieri potest, adeoque cautiones interpositæ viribus carere jubeantur, sin infecta fieri nequeant cum condicentis utilitate, æstimatio factorum præstetur ab his, quibus ea profuerunt, ut plenius tradidi *tit. de inoff. testam. numer.* 18. Si possessionem alienæ rei indebitam quis solverit, dum se ad possessionem solvendam seu transferendam devinctum opinabatur, ipsa quoque possessio indebite translata condici hac actione potest, etiamsi jam tanto temporis spatio per accipientem res possessa sit, quantum secundum leges sufficit ad usucapionem aut præscriptionem rei adversus verum ejus dominum adimplendam, *l. indebiti soluti* 15. §. 1. *ff. h. t.* arg. *l. si alienam* 13. *ff. de mortis causa donat.* Quod enim is, qui possessionem non debitam nactus erat, etiam directum aut utile rei dominium per usucapionem aut præscriptionem adeptus fuit, id non aliunde factum, quam ex eo, quod in ipsum possessio indebite translata erat; ac proinde, quemadmodum ipsa possessio, indebite tradita, jure optimo per hanc repetebatur condictionem, ita quoque cum possessione redeunte redire simul debebat omnis istius possessionis sequela, adeoque etiam dominium directum vel utile, longi temporis possessione non debite translata quæsitum, arg. *d. l. si alienam* 13. *ff. de mortis causa donat.* Quod si res non debite solutæ seu traditæ sint, eas una cum accessionibus & fructibus restitui, hac actione desideratur, *l. indebiti soluti* 14. *ff. h. t. l. videamus* 38. §. *item si indebitum* 2. *ff. de usuris*. Si tamen res per accipientem bona fide divenditæ sint, licet viliore pretio, non nisi pretium, quod inde redactum, reddendum est; cum placuerit & hic, bonæ fidei possessores non ultra teneri, quam in quantum locupletiores inde facti sunt, *l. idem est* 3. *l. si non sortem* 26. §. *libertus* 12. *post med. ff. h. t.* Plane, si res fungibiles indebite solutæ sint, in restitutione ratio usurarum habenda non est; eo, quod hæc actio stricti juris est, in qua nullæ ex mora usuræ debentur, *l.* 1. *C. h. t.* Cui non adversatur *l. ult. in fin. ff. de constit. pecun.* cum agat de usuris, ipsius indebitæ sortis nomine solutis, repetendis, quod licet, *l. si non sortem* 26. §. *si quis falso* 2. *ff. h. t.* Nec recte cum nonnullis exceperis casum illum, quo indebitum accipiens, id, quod acceperit, fœnori collocavit, & usuras ipse consecutus est, quasi & tunc eas una cum sorte indebita restituere compellendus esset. Etenim durum nimis foret, sortem quidem indebite solutam, & ab accipiente fœnori collocatam, periculo ejus esse, qui bona fide collocavit; commodum vero, qualis est usura, ei cedere, qui indebitum solvit, cujusque periculo sors non est; cum ex adverso æquum natura visum fuerit, eum usuras retinere, ad cujus periculum sors pertinuerat, *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. pro socio*, *l. idemque* 10. §. *si mandavero* 8. *ff. mandati*.

13. Quod si sors ipsa soluta debita fuerit, usuræ autem solutæ indebitæ, usurarum repetitio denegata est, *d. l. si non sortem* 26. *pr. ff. h. t.* sive usuræ civiliter tantum indebitæ fuerint, naturaliter debitæ, pacto forte promissæ in judicio stricti juris, juxta *l. quamvis usuræ* 3. *C. de usuris*, sive neutro jure debitæ, quia tunc tamen considerari possunt velut antidora, & liberalitas quædam remuneratoria, spon-

te præstita pro concesso beneficio gratuiti usus sortis, Ant. Faber *in rational. ad d. l. 26. in pr.* qualis obligatio ad antidora, etsi solo munita sit pudoris, non item datæ fidei aut promissionis vinculo, arg. *l. sed & si 25. §. consuluit 11. ff. de petit. heredit.* sufficiens tamen esse videtur ad impediendam indebiti condictionem. Si enim ne tum quidem repetitio sit, cum quis dedit ob causam præteritam, quam per errorem putabat subesse, veluti, quia aliquid ab eo, cui dat, consecutum se credebat, aut aliquid ab eo præstitum, quod factum non erat, *l. dam. 52. l. in summa 65. §. id quoque 2. ff. h. t.* longe minus condictioni locus esse debet, ubi beneficiis vere provocatus, remunerandi gratia quid dedisse proponitur; cum non alia tunc, quam donationis conjectura capi possit, arg. *d. l. 65. §. 2.* eoque facit etiam, quod libertus, qui officiales patrono operas præstitit, ad quas sola libertatis præstitæ recordatione & gratitudinis naturali ratione obligatus erat, easdem haud potuerit ut indebitas condicere, *l. si non sortem 26. §. libertus 12. ff. h. t.* Toldenus ad *Cod. h. t. num. 5.* Ant. Matthæus *de obligation. disput. 25. num. 27.* Si tamen usurarum, ita indebite pro sorte debita solutarum, quantitas egrediatur legitimum usurarum modum, quod excedit, sorti imputatur, & velut sors hac repetitur indebiti condictione, *d. l. si non sortem 26. pr. & §. 1. ff. h. t.*

14. Ceterum onus probandi indebitum esse, quod solutum est, incumbit actori; quia præsumtio pro eo est, qui accepit; dum is, qui solvit, non ita resupinus creditur, ut facile suas pecunias jactet, & indebitas effundat, *l. cum de indebito 25. ff. de probation.* nisi actor miles sit, aut mulier, aut minor; aut majorennis quidem, sed agricultor, & forensium rerum expers, vel simplicitate gaudens; quippe qui omnes in adversarium rejiciunt probandi onus, *d. l. 25. §. 1.* vel nisi reus hac conventus actione, negaverit solutionem sibi factam esse, & mendacii convincatur; tunc enim, quia semel in mendacio deprehensus, atque ita malus probatus, deinceps in eodem mali genere semper malus, adeoque mendax præsumi debet, ea juris præsumtio, contra eum ex mendacio præcedente nata, eundem probandi gravat necessitate, *d. l. 25. pr. ff. de probation.* Probasse autem indebiti solutionem actor inter alia & tunc existimandus est, cum duas debiti ejusdem apochas, diversis conscriptas temporibus, quarum posterior nullam prioris mentionem habet, producit: in quantum saltem post triginta dierum lapsum (intra quos exceptio non numeratæ pecuniæ potuisset apochæ priori opponi, *l. in contractibus 14. §. super 2. C. de non num. pecun.*) is, contra quem apocha duplex producta est, numerationem ex una secutam non esse, teneretur docere, Ant. Faber *C. lib. 4. tit. 14. defin. 70.*

15. Cessat autem variis in casibus facultas condicendi indebite soluta: puta, quoties solutio facta est illis ex causis, in quibus lis inficiando in duplum crescit, *l. ea, quæ 4. C. h. t. §. ult. Instit. de oblig. quæ quasi ex contractu*, eo quod ab initio simplum solvere maluisse censetur, quam per inficiationem sese periculo condemnationis in duplum exponere, atque ita super duplo quasi transegisse; at si quid transactionis causa datum fuerit, condici nequit velut indebitum, etiamsi res nulla media fuerit, nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse: nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit; videtur enim vocula *ita* subaudienda, ut sensus sit, *nisi evidens calumnia detegatur, & ita transactio imperfecta sit, l. in summa 65. §. & quidem 1. ff. h. t. l. si citra 2. C. h. t.* Sed cum moribus nulla lis ex inficiatione in duplum crescat, atque adeo nec transactio quædam in eo, qui istis ex causis solvit, concipi queat, consequens est, etiam nunc illis indebiti condictionem oportere dari, qui probare poterunt, se quasi ex lege Aquilia vel deposito miserabili, vel ex causa legati venerabilibus locis relicti, solvisse, quod debitum non est, Groenewegen ad *§. ult. Instit. de obligat. quæ quasi ex contractu*, parens p. m. Paulus Voet ad *d. §. ult. num. 2.* Quamvis de cetero adhuc hodie ita jus sit, ut ex causa transactionis solutum condici nequeat, convenienter juri Romano: uti nec, quod solutum ex causa jusjurandi, *l. non erit 5. §. dato 2. ff. de jurej.* vel rei judicatæ, *l. 1. C. h. t. l. cum putarem 36. ff. famil. ercisc. l. ex causa C. de compensat.* quia res judicata pro veritate habetur, *l. ingenuum 25. ff. de statu homin.* & olim judicati actio ex inficiatione in duplum crevit, teste Paulo *recept. sent. lib. 1. tit. 19. & lib. 5. tit. 5. §. 7.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib. 3. cap. 30. num. 30. & seqq.* nisi transactio, ob quam solutum est, ab initio inutilis fuerit, vel, cum ab initio substitisset, post ea infirmata sit, vel credita fuerit intercessisse, quæ vere interposita non est, *l. eleganter 23. pr. & §. 1. & 3. ff. h. t.* vel nisi evidens in jurejurando calumnia probata sit; ut dixi *tit. de jurejur. num. 25.* vel sententiæ ex falsis allegationibus latæ auctoritas rescissa sit, ut explicui *t. familiæ ercisc. num. 34.* vel is, qui condemnatus erat, ut debitum quoddam solveret, post solutionem ex condemnatione factam reperit apocham qua id debitum jam ante litem motam aut latam sententiam solutum patet: petita in omne eventum in integrum restitutione adversus illam rei judicatæ auctoritatem, quam hoc in casu ratam manere, iniquum prorsus foret, arg. *l. si fullo 2. ff. de condict. sine causa*, Joh. Papon *lib. 10. t. 6. art. 1.* Costalius ad *d. l. 2. ff. de condict. sine causa.* Si tamen ob rem non defensam quis solvere condemnatus fuerit, solutum non repetit, etsi postea defendere paratus sit, & nihil deberi docere possit: eo quod non tam indebitum, quam potius negligentiæ vel contumaciæ pœnam solvisse intelligitur, *l. qui ob rem 35. ff. h. t.* arg. *l. si ex duobus 14. §. 1. ff. judicatum solvi.*

16. Deneganda insuper hæc condictio, quoties ei specialiter renunciatum est; aut solvens adjecit, se donare, si quid indebite solutum sit, arg. *l. in summa 65. §. id quoque 2. ff. h. t. l. si inter patrem 6. C. de solution.* Generalis sane renunciatio condictioni huic impedimentum non facit; qualis est pactio illa, quæ in pariationibus (id est, computationibus hinc inde ita factis, ut nihil debeatur), adscribi solet in hunc modum, *ex hoc contractu nullam intra se controversiam amplius esse, l. ult. §. idem quæst. 3. ff. h. t.* ibique Costalius & Gothofredus *in notis.* Sed &, si insignis appareat pietatis ratio, indebiti soluti repetitio non datur: unde si mulier in ea opinione fuisset, ut se pro dote obligatam crederet,

quicquid dotis nomine marito dederit, non repetit; quia, ut Julianus ait, sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest, *l. cum is* 32. *mulier* §. 2. *ff. h. t.* Quomodo etiam de patre cautum est, eum si falso existimans, se filiæ suæ debitorem esse, dotem promiserit, obligatum fore, *quemadmodum* 46. §. *ult. ff. de jure dot.* Et his simile est, si commiserationis intuitu indigentibus, vel proximis, indebitum solutum sit, arg. *l. patrem* 16. *C. de nuptiis*, *l. & si quis* 14. §. *sed interdum* 7. *ff. de religios.* Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *n.* 33. Non tamen, si maritus uxori amplioris dotis restitutionem per errorem promiserit, qua accepit, *l. pen.* §. *mulier* 4. *ff. soluto matrim.*

17. Præterea condictioni indebiti locus non est, si solutum sit ex illis causis, ex quibus retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, *l. ex quibus causis* 51. junct. *l. si in area* 33. *ff. h. t.* Aut si secundum dicta in pr. hujus tituli solutum fuerit quod civiliter quidem indebitum, naturaliter vero debitum est. Ut tamen quandoque & illud, quod natura debitum si solutum sit, condici possit tamquam indebitum; dum jus civile improbavit debitum illud naturale; idque vel propter publicam utilitatem; uti id apparet in donatis contra legem Cinciam aliasque posteriores, naturalem donandi libertatem coarctantes, *l. ut mibi* 21. §. *ff. de donat.* junct. *l. sancimus* 34. *pr. C. eod. t.* vel debitoris ipsius favore. Qua ratione, tametsi verum est, mulierem ex tua intercessione, pupillum, prodigum, minorem curatoris arbitrio subjectum, sine tutoris aut curatoris auctoritate contrahentes naturaliter obligari, *l.* 1. *in fine ff de novation.* relicta supra dodrantem legata, secundum juris naturalis præcepta deberi: si tamen ex his causis solutio contigerit, efficit sexus & ætatis ac prodigorum infelicium favor atque commiseratio, quin & utilitas hæredis, contra legem Falcidiam, in suum commodum introductam, legatis gravati, ut condictio soluti per leges data fuerit mulieri intercedenti, *l. qui exceptionem* 4. *ff. h. t.* pupillo, prodigo, minori sine tutore aut curatore promittenti, *l. interdum* 29. *l. quod pupillus* 41. *ff. h. t.* junct. *l. is, cui bonis* 6. *ff. de verbor. obligat. l. si curatorem* 3. *C. de in integrum restit. minor.* heredi supra dodrantem onerato; *l. error facti* 9. *C. ad leg. Falcid.*

18. De pœnis solutis, utrum hac condictione repeti possunt, dicendum videtur, non facile quidem præsumendum esse, quod quis pœnas indebitas sponte sua soluturus sit, nullius maleficii sibi conscius; illis præsertim ex causis, in quibus ex inficiatione nullum subest dupli periculum; sed tamen probato evidenter indebito, ejus quoque, quod pœnæ nomine solutum est, repetitionem esse, ubi statim ab initio, non demum ex inficiatione, lex dupli vel quadrupli actionem dat. Ita Ulpianus in *l. eleganter* 23. §. *ult. ff. h. t.* nullo modo sibi, aut Gajo, contrarius, dum ipse alibi scripsit, *pœnas non solere repeti cum dependsa sunt; l. pœna* 42. *ff. h. t.* & Gajus, *id quod a quoque pœnæ nomine exactum est, eidem restituere neminem cogendum*, *l. quod a quoque* 46. *de reg. jur.* Cum leges istæ de illis sint accipiendæ casibus, quibus pœna soluta ab initio debita erat, sed post solutionem aliquid supervenit, quod videri posset eandem deinceps indebitam efficere. Qua ratione, si legatarius, pendente legati condictione, de tabulis testamenti exhibendis egerit, possessor autem tabularum ob eas ex contumacia non exhibitas in id quod interest condemnatus solverit repetitionem ei non dari, idem Ulpianus docet, etsi postea legati conditio defecerit; quia pœna contumaciæ est præstita ab eo, qui non exhibet, *l. locum habet* 3. §. *& si sub* 14. *ff. de tabulis exhib.* Similiter eum qui ex lege Julia ambitus damnatus centum aureorum pœnam solvit, in integrum restitutum pecuniam non recipere, Modestinus auctor est, *l.* 1. §. 2. *ff. de l. Jul. Ambitus*. Sed &, qui ob rem defensam quid solvit, quamvis postea defendere paratus sit, non repetit quod solvit, *l. qui ob rem* 35. *ff. h. t.* Denique nec debitorem, si furtum pignoris fecerit creditori, pœnamque ei solverit, cum pignore pœnam recuperare, Ulpianus definit *l. si pignore* 22. *pr. ff. de pignorat. act.* Cujacius *lib.* 8. *observat.* 39. Cum tamen alioquin in levioribus quibusdam pœnitentiæ locus sit, & quis faciendo id, ob quod non factum jam ad id, quod interest aut pœnam cœperat obligatus esse, vel etiam condemnatus, evitet tamen pœnæ præstandæ necessitatem: ut id apparet in debitore, qui propter contumaciam circa pignoris restitutionem jam creditori damnatus, solvendo quod debet, evitat pœnam, *legem si fundus* 16. §. *si pluris* 6. *ff. de pignor. & hyp.* quemadmodum & in filio vel liberto, qui, sine venia parentem patronumque vocando cœperat ad aureos quinquaginta obligatus esse, ex pœnitentia absolvitur a pœnæ præstandæ necessitate, *l. quamvis* 11. *ff. de in jus voc.*

19. Quod si secundum mores hodiernos mulier, quæ in mariti sui perpetua tutela est, stante matrimonio sine viri consensu contraxerit illis in causis, quibus id lege municipali vel consuetudine interdictum est atque etiam solverit, in Hollandia magis est, naturalem istam mulieris obligationem impedimento non esse, quo minus soluta maritus stante matrimonio, ipsa vero mulier eodem dissoluto, condicat; etiam tunc, cum demum post obitum mariti, jam sui juris effecta, debiti talis durante maritali potestate contracti solutionem fecit; si modo errans, ac putans se efficaciter obligatam, solverit; cum in Hollandia tale debitum numquam convalescat, atque adeo verum sit, etiam tunc, cum post obitum mariti uxor id solvit, indebitum dari. Secus, si non ignara juris sui, se scilicet invitam ad solutionem compelli non posse sponte tamen sua creditori satisfecerit, & sic agnoverit impleveritque bonam fidem: cum enim jam ejus conditionis sit, ut & nova debita suo queat arbitrio contrahere, ac semet ipsam efficaciter obligare, quid ni ratam quod ex certa scientia habere ac confirmare contractam ab initio lege refragante obligationem, ac eo illam habere loco, quasi non viro vivente sed ipso jam mortuo nata esset? Contrarium Ultrajectinis placuit, apud quos ita jus est, ut mulier stante matrimonio clam viro contrahens virum quidem obligatum non reddat, ipsa tamen efficaciter obligetur, sed dilata executione in illud tempus, quo per matrimonii diremtionem tutoria mariti sui potestate incipiet soluta esse. Sive ergo debitum tale ipsa solverit soluto matrimonio cessat repetitio, quia id solvit, quod jam naturaliter & civiliter debitum exactionem habet.

Sive ex opposito solutionem fecerit durante adhuc conjugio, maritus quidem id, quod ab uxore solutum est, suo jure suoque nomine revocare potest, ne alioquin ex facto uxoris patiatur dispendium, dum cariturus esset solutorum usu & utilitate: ipsa vero mulier nec soluto matrimonio condicit ea, quippe jam pleno jure debita, nec eodem durante; tum quia sine viro non habet legitimam personam standi in judicio; tum quia mulieris intuitu ex tali obligatione natum est debitum in diem, certo certius extiturum, certamque exactionem habiturum, puta, nuptiis dissolutis; etsi incertum sit, quando illa dissolutio secutura sit. Quod autem ita in diem certo extiturum debetur, id ante illum diem solutum repeti non potest indebiti condictione, ac ne medii quidem temporis interusurium peti, secundum ante dicta *h. t. numer.* 3. Confer Rodenburgium *de jure conjug. tract. prælim. de statut. divers. cap. ultim. pag.* 186. *& seqq.* Porro eadem ratione qua debitum a muliere, clam viro, contractum atque solutum, repeti potest tamquam indebitum, etiam defendi potest, recuperari posse indebiti condictione feudum, quod per vasallum, non obtenta a domino directo testandi licentia, legatum fuit, si successor feudalis errore facti lapsus, dum putat, testandi veniam obtentam esse, vel rem allodialem esse credit, eandem ex causa legati legatario præstiterit; quia scilicet debitum naturale quale feudi, sine domini assensu legati, usu hodierno prorsus improbatum est; ut post alios Petrus Bort *de feud. Holland. part.* 5. *t.* 2. *cap.* 1. *n.* 50. *pag. mihi* 74.

20. Coronidis loco commodum fuerit hic subnectere paucis, quoad ejus fieri potest, illustratam facti speciem, quæ est in *l. frater a fratre* 38. *pr. ff. h. t.* scilicet, *frater a fratre, cum in ejusdem* patris *potestate essent, pecuniam mutuatus*, incepit fratri, ex peculio suo mutuum danti, ac per hoc etiam patri, cui jure patriæ potestatis per filiumf. mutuantem obligatio quærebatur, naturaliter obligatus esse. Hanc ergo pecuniam ita debitam frater debitor *post mortem patris*, ac divisam inter se ac fratrem creditorem paternam hereditatem, *ei solvit. Quæsitum est, an* frater debitor, id quod sic solvit *repetere possit?* Respondi, *utique quidem pro ea parte, qua ipse*, qui solvit, *patri heres extitisset repetiturum*, cum eatenus etiam successerit in peculium fratris creditoris, paternæ hereditati per collationem unitum, atque ita inceperit sui ipsius debitor & creditor esse; quo fit, ut etiam statim ea pro parte debitum confusione extinguatur: cui consequens erat, id post talem confusionem & obligationis interitum persolutum erat, optimo jure ut indebitum condici: *Pro ea vero* parte, *qua frater* creditor *heres extiterit*, fratrem debitorem *ita repetiturum, si non minus ex peculio suo*, quod ipse, patri una cum fratre creditore succedens, eidem fratri creditori contulerat, *ad fratrem* creditorem *pervenisset*; dum forte frater debitor trecenta habens in peculio, unde centum fratri debebat, integra trecenta contulit, non deductis istis centum fratri debitis. *Naturalem enim obligationem*, quæ inter fratrem debitorem & fratrem creditorem adhuc post patris obitum ante collatum peculium substiterat, *hoc ipso sublatam videri, quod peculii*, per fratrem debitorem sine debiti deductione collocati, *partem frater* creditor *sit consecutus*. Cum enim peculium, æque ac hereditas, universitas juris esset, commoda pariter & onera continens, fieri aliter haud poterat, quam ut, quemadmodum hæres pro ea parte, qua heres est, onus æris alieni hereditarii agnoscere tenetur, ita quoque hic frater creditor, adeptus ex collatione partem dimidiam peculii ad fratrem debitorem pertinentis, etiam pro rata partis illius ferret onus æris alieni peculiaris; atque ita ipse quoque partis istius intuitu inciperet sui ipsius creditor & debitor esse; quo ipso cum altera quoque pars debiti per confusionem extincta esset, frater debitor postea solvens non intelligi alteram quoque debiti partem indebite solvisse. Totum vero decisionis hujus posterioris fundamentum in eo est, quod onus peculii sequatur peculium, gravetque eum, qui peculium cedit, ac ex peculio deducendum sit, *adeo ut, si prælegatum filio eidemque debitori id* debitum *fuisset*, non *peculium* ut aliis placet; cum & debitum seu liberatio debitori in jure nostro prælegari dicatur, *l. non solum* 8. *§. si heres* 6. *ff. de liberat. leg.* quia debitor rei debitæ dominus est, *l. ff. eod. t.* habetque jam legatum penes se, *l.* 1. *§.* 2. *ff. ut in possess. legat.* §. *deductio hujus debiti a fratre* debitore (non creditore, ut aliis videtur) *ex eo fieret* peculio, ad cujus collocationem frater debitori jure communi obligatus erat, sic ut tunc trecenta secundum exemplum superius positum, sed sola ducenta conferre tenetur, deductis centum sibi prælegatis, & nihilominus peculio ducentorum manente gravato per illud onus æris alieni aureorum centum, quos frater a fratre ante patris communis obitum mutuos acceperat. Unde etiam fit, ut frater debitor ducenta conferens, ex quibus centum per divisionem cedebant fratri creditori, simul in eum quoque transferret onus æris alieni, peculio coherens, pro parte dimidia seu pro quinquaginta: quæ quinquaginta dum hac ratione sibi ipsi incipit debere frater creditor, extingui hactenus debitum necesse fuit; atque ita ex collatione tandem frater creditor cum effectu nil præter quinquaginta hoc casu lucratur. Ut autem hæc deductionis facultas fratri debitori magis assereretur, argumentum in sequentibus hujus legis verbis dabitur a potestate repetendi, si forte non fratri, sed extraneo debuisset frater ex suo peculio id, quod ei pater prælegavit, (nam & liberatio legari potest ratione ejus, quod legatarius non testatori sed extraneo debet, ad id, ut heres extraneo creditori pro legatario solvat, *l. liberationem* 3. *§. ult. l.* 4. *l. non solum* 7. *ff. de liberat. leg.*) & ipse extraneo isti creditori solvere coactus fuisset, postquam contulerat jam peculium, non trecentorum, sed ducentorum; quippe, propter prælegatum illud debitum, jam centum aureis diminutum: atque inde concluditur, longe magis ergo per fratrem debitorem, re integra, tempore eo, quod inter ipsum & fratrem paternæ hereditatis & peculii collocati divisio fit, peti posse, ut usque ad quantitatem debiti peculiaris, adhuc exsolvendi, a fratre coherede indemnis præstetur. Cumque fratri debitori ita consulendum esset, ubi extraneo debebat, longe magis ei similiter consulendum fuisse, si non extraneo, sed fratri debitum, pater ei prælegasset. Ait enim Africanus, *id maxime consequens esse ei sententiæ, quam Julianus rop baret, si extraneo quid debuisset* frater debitor, *& ab* eo per creditorem *post mortem patris exactum esset, tantum judicio familiæ*

erciscundæ recuperaturum fratrem debitorem *a coheredibus fuisse*, *quantum ab his* coheredibus *creditor actione de peculio consequi potuisset*; ut ita onus peculii gravaret peculium, seu possessores ejus. *Igitur & si re integra familiæ erciscundæ agatur*, cum nondum extraneus peculii creditor a fratre debitore debitum exegisset, *ita peculium* fratris debitoris deducto prælegato collatum *dividi æquum esse*, *ut ad quantitatem ejus* debiti *indemnis a coherede* frater debitor *præstetur. Porro eum*, *quem adversus extraneum defendi oportet*, *longe magis in eo*, *quod fratri debuisset*, *indemnem esse servandum*. Ex qua legis hujus explicatione apparet, inde a verbis *adeo ut*, ad finem principii, tractationem esse de eo, quod frater debitor nomine peculii sui conferendi, sive fratri, sive extraneo creditor debet, quodque ipsi fratri debitori per patrem prælegatum est, & qua ratione ille legati commodum sentiant, ac nihilominus onus peculii peculium gravet. Sane ut apertius dicam, frater debitor sentire debet emolumentum debiti, sibi a patre prælegati: non sentit autem, nisi deducat ex peculio, quod collationi obnoxium est, id quod debet, & deductum sibi soli retineat; nam si id, quod deduxerat, deinde fratri vel extraneo creditori solvere cogeretur, quid obsecro, proficeret ei debiti prælegatum? Ergo si fratri debeat centum, tota illa centum deducere potest ex peculio conferendo, & liberatur insuper a fratre suo creditore, si extraneo centum debeat, tunc quoque ista ante peculii collationem deducit, & sibi servat, & si postea ab extraneo illo creditore solius in solidum ad centum aureos solvendos conventus fuerit, (ut potest, quia ipse contraxit, & ex suis contractibus, non obstante patria potestate, obligari & conveniri ut paterfamilias potest, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de obligat. & act. tot. t. ff. quod cum eo, qui in alien. pot.*) solutum recuperare debet eatenus a fratre coherede, quatenus ille peculii per fratrem debitorem collati possessor est, & ut talis per extraneum creditorem actione de peculio conventus, præstare debuisset. Quo fit, ut onus peculii sequatur peculium, & simul prælegatum, fratri uni a patre relictum, ei salvum sit, & ex peculio fratris debitoris collato frater alter sit idem habiturus, sive ipse sui fratris creditor extiterit, sive extraneus crediderit fratri debitori. Si enim, ut plenius exemplo illustretur, frater debitor trecenta habeat in peculio, & fratri suo centum debeat ex illo peculio, pater autem, in cujus erant potestate, fratri debitori illud debitum prælegaverit; prælegatum debitæ quantitatis, seu centum aureorum, ex peculio trecentorum deducet frater debitor, conferetque ducenta, inter se & fratrem creditorem æqualiter dividenda, sic ut singulis centum cedant. Sed quia frater debitor priora centum ex causa prælegati percepetat, ac propterea ipsum debitum aureorum centum, hac ratione non extinctum, etiamnum restabat ex collato ducentorum peculio exsolvendum, ideo onus illud pro parte dimidia gravans fratrem creditorem, cui parte dimidia peculii ducentorum ex collatione obvenerat, effecit, ut frater creditor sibi ipsi inciperet pro ea parte debitor simul & creditor esse, atque ita careret exactione aureorum quinquaginta, sibi, proprii peculii nomine debitorum. Unde re ipsa frater creditor ex collato fratris debitoris peculio, trecentis constante, sola habet quinquaginta, quasi non ultra centum in universum eo in peculio fuissent reperta, quippe quod tum centum prælegatorum, tum centum ex eo peculio debitorum deductione huc usque fuerat diminutum. Rursus, si non fratri, sed extraneo, debitum fuerit a fratre ex peculio trecentis constante, primo quidem ex trecentis deducet ille centum, quæ extraneo debet, a patre sibi prælegata, ut fruatur legato; quo facto, inter fratres duos simul patris sui heredes, collatum fratris debitoris peculium ducentorum æqualiter dividendum venit. Sed si deinceps extraneus ille creditor a fratre debitore integra centum petat, uti potest secundum ante dicta, & obtineat: fratri debitori concessum est agere cum fratre suo, qui centum ex collatione ac divisione peculii ducentorum consecutus erat, ut, cum ipse integra centum extraneo præstiterit creditori, sibi a fratre quinquaginta reddantur, utpote ad quæ quinquaginta is, tanquam peculii collati pro semisse dominus & possessor effectus, potuisset actione de peculio per creditorem extraneum conveniri: atque ita hoc quoque casu ad fratrem ex peculii collatione non amplius est perventurum, quam quinquaginta, peculio scilicet & hic per duplicem illam centum prælegatorum centumque debitorum detractionem ad centum usque diminuto. Quod si necdum extraneus creditor adversus fratrem debitorem expertus fuerit, in divisione tamen hereditatis paternæ & peculii ducentorum collati æquum est, id caveri, ut ad quantitatem debiti, adhuc solvendi, frater debitor a fratre creditore indemnis præstetur. Verbosiorem me jussit esse nova legis hujus interpretatio, dum aliorum commentarios perplexos nimis, nec satis verbis legis accommodatos deprehendi: quos qui scire cupit, videat Cujacium *tract.* 9. *ad Africanum ad d. l.* 38. Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* Wissenbach *ad Pandect. h. t. vol.* 1. *disput.* 25. *n.* 14. *& seqq.* Struvium *ad Pandect. h. t. n.* 34.

TITULUS VII.

De Condictione sine causa.

SUMMARIA.

1. *Condictio sine causa generalis est vel specialis, concurrit generalis cum variis aliis condictionibus, etiam cum actione locati conducti.*
2. *Quid sit specialis condictio sine causa? datur pro repetendo chirographo quod sine causa apud creditorem est; item cum tertius meam pecuniam sine mea voluntate suo solvit creditori: vel cum datum est ob causam, quæ vere subest, sed est ipso jure nulla, puta, ob matrimonium nullum.*

1. CONdictio sine causa est actio personalis, qua repetitur res apud alium sine causa existens, licet antea causa subfuerit. Et vel generalis est vel specialis: generalis, quæ cum aliis condictionibus concurrere potest, veluti condictione indebiti, causa data causa non secuta, ob turpem injustamve causam, aliisque similibus: cum utique his omnibus in casibus res merito dici possit sine causa penes possidentem esse, *l.* 1. *ff. h. t.* sed & cum locati actione; nam si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis, domino pretium ex locato conventus præstiterit, posteaque dominus inveniret vestimenta, non

solum ex conducto habebit actionem, sed & sine causa condictionem; etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur pretium eorum, *l. si fullo* 2. *ff. h. t.* Idemque juris est, si quis, cum in annum habitationem condixisset, pensionem totius anni ab initio dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel consumta sit: etsi enim residui temporis pensio condictione indebiti repeti nequeat, tamen residui temporis mercedem sine causa penes locatorem esse atque adeo condictioni sine causa locum fieri, dubium non est: locati vero actionem eandem ob causam recte moveri, Mela scripsit, *l. sed addes* 19. *§. si quis, cum* 6. *ff. locati.*

2. Specialis sine causa condictio est, quae tunc locum habet, cum aliis actionibus locus non est; veluti ad repetendum chirographum, quo quis se obligavit, cum pecunia numerata non esset, vel numerata quidem sed iterum reddita; eo quod tum dissolutae quantitatis retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanet, *l.* 2. *l. ult. C. de condict. ex lege & sine causa.* Etsi enim creditori actio ad exhibendum competat pro chirographis solutione inanibus factis, quoties illa apud alium quam debitorem sunt; quia creditor ad ea debitori restituenda obligatus manet, *l. solutione* 18. *ff. ad exhibendum*, non tamen debitori, quippe non tam exhibitionem, quam potius restitutionem desideranti, datus: ac proinde huic ad hanc sine causa condictionem recurrendum fuit. Sed & speciali condictioni sine causa locus esse videtur in casibus *l. si servus* 24. *§. servum* 1. *l. servus, quem* 30. *pr. ff. de action. emti*; aut, cum pecuniam meam tertius suo solvit creditori sine mea voluntate; cum utique mei intuitu nummi mei sine causa penes tertium sint, *l. si & me* 32. *ff. de rebus creditis*, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 30. *num.* 48. 49. Denique etiam, cum datum est, ob causam, quae quidem vere subest, sed tamen ipso jure nulla est; etiam tunc dantis simul & accipientis turpitudo concurrat, si modo non ob ipsam turpitudinem quid datum appareat. Ita, cum avunculo nuptura, vel noverca privigno, vel socero nurus, pecuniam dotis nomine dedisset, ac nuptiis deinde non secutis, de repetendi facultate quaesitum esset, responsum e Papiniano fuit, cum ob turpem causam dantis & accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem; & in delicto pari potiorem esse possessorem; eamque rationem fortassis aliquem secutum, respondere non habituram mulierem condictionem; sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse; cum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia datum esse, *l. ult. pr. & §.* 1. *ff. h. t.*

LIBER TERTIUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Condictione furtiva.

SUMMARIA.

1. *Quo sensu dominus dici possit* rem suam condicere *a fure?*
2. *Quid sit condictio furtiva? datur solis dominis, qui & tempore furti facti, & quo agitur, domini sunt, non illis, qui tantum alterutro tempore dominium habuerunt.*
3. *Non datur commodatario, depositario. An & quatenus detur creditori, cui pignus surreptum est? & quid moribus?*
4. *An contra heredes furis condictio furtiva in solidum detur, licet nihil ex re furtiva ad eos pervenerit?*
5. *Quo usque detur contra dominum aut patrem servi aut filiifamilias furis? An servus post manumissionem condictione furtiva conveniri possit? An qui non contrectarunt, sed tantum ope vel consilio juverunt? Quid juris, si plures contrectando furtum fecerint?*
6. *Ad quid tendat hac actio? quid si res dolo, culpa, casu perierit? cujus temporis aestimatio praestanda sit?*
7. *Habet locum, sive proprietatis sive possessionis aut usus furtum factum sit; atque etiam pro rebus immobilibus vi possessis.*
8. *Recensentur casus, quibus cessat furti condictio, inter quos, si dominus sua voluntate ac sponte dominium amiserit; aut ei a fure satisfactum sit.*

1. ODio furum id jure singulari inductum fuit, quod quis rem suam condicere possit furto subductam, petendo, furem heredemve ejus condemnari, *si apparet eum dare oportere:* cum alioquin certum sit, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere; scilicet, quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat; nec res, quae jam actoris est, magis ejus fieri potest, *§. sic itaque* 14. *Instit. de action. l. ult. in fine ff. usufruct. quemad. caveat.* Nec est, quod quis existimet, impossibile ea ratione peti, ut nempe non dominus in dominum transferat; si quidem datio tunc latius & sensu improprio accipiatur, non pro actu, quo dominium transit, sed pro quali quali possessionis translatione; eo modo, quo traditio dicitur de manu in manum datio, manumissio de manu datio, & ex depositi commodati pignorisve causa res dari, dum traditur. Quamvis & fur heresque ejus certo casu dare de suo teneatur, quoties scilicet non ultra superest penes eos furtiva res. Adde Wissenbach *ad Pand. h. tit. vol.* 1. *disput.* 26. *num.* 1.

2. Est autem condictio furtiva personalis actio, non modo delicti occasione introducta, sed magis ex ipso famoso furti delicto data, nata, pendens, *l. si mulier* 21. *pen. & ult. ff. de act. rerum amot. l. cessat* 36. *ff. de obligat. & action.* rei persecutoria ex parte actoris, *d. l.* 21. *§. pen.* poenalis ex parte rei, in quantum hac conventus actione condemnatur,

se, ac propterea confestim quoque furtiva possit inquietari condictione, & ad judicium suscipiendum compelli, sequitur, tempus judicii accipiendi in fure a tempore moræ primitus commissæ non oportere separari.

7. Neque ad id, ut hæc condictio competere queat, interest, utrum proprietatis an usus possessionisve furtum factum sit, *l. qui furtum* 19. *ff. h. t.* nec, utrum res mobilis ablata aut vi surrepta, an vero immobilis vi possessa sit: etiamsi enim immobilium non furtum, sed invasionem fieri placuerit, explosa contraria veterum, quorundam hac de re opinione; obtinuit tamen, immobilium æque ac mobilium intuitu furtivam hanc haud denegari condictionem, *l. verum est* 25. *pr.* & *§. 1. ff. de furtis*, *l. 1. in fine*, & *l. 2. ff. de condict. triticaria*, junct. *l. quam rem* 33. *ff. de usurpat. & usucapionib. §. quod autem* 7. *Inst. de usucap.*

8. Cessat hæc actio, si res furtiva per rei vendicationem, aut spontaneam restitutionem, aut simili alia ratione ad dominum reversa sit, aut litis æstimatio domino præstita, *l. sive manifestus* 10. *l. si servus* 14. *§. bove* 2. *ff. h. t.* si dominus rem furtivam furi, vel alteri, pure legaverit, *d. l.* 10. *§. ult. ff. h. t.* aut aliter dominium suo facto amiserit: nam si sine suo facto amisisset, condictio superesset, *l. & ideo* 12. *pr. ff. h. t.* Qua ratione, si sociorum alter in re communi furtum fecerit, ac dein mediante judicio communi dividundo furi res integra per adjudicationem acquisita sit, ita demum socio furtum passo hæc post adjudicationem actio accommodanda est, si communi dividundo judicio provocatus sit: nam si ipse provocaverit, amisisse creditur condictionem, tanquam qui suo spontaneo provocationis facto effecit, ut dominio per subsecutam exciderit adjudicationem, *d. l.* 12. *§. 1. ff. h. t.* Denique condictioni huic ultra locus non est, postquam novandi animo dominus rem sibi a fure restitui stipulatus est, *l. parvi* 17. *ff. h. t.* Etsi enim nemo rem suam recte stipuletur, *§. idem juris* 2. *Inst. de inutil. stipulat.* non tamen inutiliter rei suæ restitutionem, *l. scire* 29. *§. 1. l. nemo rem suam* 82. *ff. de verbor. obligation.*

TITULUS II.

De Condictione ex lege.

SUMMARIA.

1. *Quid sit condictio ex lege?*
2. *Recensentur plerique casus, in quibus condictio ex lege locum habet.*

1. Condictio ex lege est actio personalis nata ex obligatione civili, per legem novam, id est, lege 12. tabularum posteriorem introducta, cui non est adjectum certum nomen aut forma actionis *l. unic. ff. h. t.*

2. Qualis condictio donatario datur ex donatione pacto celebrata, *l. si quis argentum* 35. *§. ult. C. de donation. §. aliæ autem* 2. *Inst. eod. t.* Illis, quibus minus testamento datum fuit, quam quod portioni legitimæ sufficiebat, si supplementum petere velint, *l. omnimodo* 30. & *l. si quando* 35. *§.* & *generaliter* 2. *C. de inoff. testam.* Domino, cujus servus adulterii accusatur, & petente accusatore quæstionibus subjicitur, ad servi pretium, si in quæstione defunctus fuerit, aut deterior sit redditus, ac absolvatur, *l. si postulaverit* 27. *§. ult. l.* 28. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* junct. *l. non solum* 3. *C. eod. t.* Fisco agenti ex privilegio contra debitores debitoris, ex causa primipilari obligati, ex die debentes, ut ante definitum tempus debita repræsentent, *l. 1. C. h. t.* Civitatibus jure singulari contra singulos rerum, ad debitores suos pertinentium, possessores pro rata, *l. 2. C. de debitor. civitat.* creditoribus hypothecariis potioribus adversus creditores debiliores, ad quos pretium rerum hereditariarum di tractarum pervenit solutione heredis hereditatem cum inventario adeuntis, *l. ult. §. sin vero heredes* 6. *C. de jure deliberandi*. Reis per plus petitionem ab actore læsis, aut a litium executoribus plus justo exigentibus, *tripli* 24. & 25. *Inst. de action.* Adhæc pro repetendo eo, quod in alea amissum est, *l. 1.* & *ult. in fin. C. de aleatorib.* uti & in facti speciebus propositis in *l. ult. mihi donares* 21. *§. 1. ff. de donationib. l. unic. C. de suffragio*. Nec dubium esse potest, quin condictio ex lege sit, ut statutum aut consuetudo novam subinde inducit sine nomine actionem.

TITULUS III.

De Condictione triticaria.

SUMMARIA.

1. *Unde dicta sit* condictio triticaria; *quid sit? ei locum non esse, nisi principalis actio in personam sit, & per eam non pecunia numerata, sed res aliæ, æstimationem recipientes, fuissent petendæ.*
2. *Hæc actio non plane nova est, sed adjectitia qualitas actionis alterius. Cujus temporis æstimatio in ea spectetur?*
3. *Explicatur generaliter, cujus temporis æstimatio in judiciis bonæ fidei & stricti juris spectanda sit, ut in eam judex condemnet; sive principaliter æstimatio alicujus rei in obligationem deducta sit, sive res alia, cujus æstimatio ob interitum præstanda est.*
4. *Cujus loci æstimatio consideranda ac præstanda sit?*

1. Unde *condictionis triticariæ* nomen descendat, incertum est. Varias variorum conjecturas exhibet Wissenbach *ad Pandect. h. t. vol. 4. disput.* 26. *numer.* 7. ex quibus non improbabilis ea Hotomani est, olim magistratus provinciales ex senatusconsultis provincialibus certam imposuisse tritici quantitatem ad certa loca deferendam; vel pro tritico pecuniam, si nimis dissita essent loca collationi tritici destinata; cumque illa denunciatio conferendi, *condictio triticaria* diceretur, ac plerumque eveniret, ut pro tritico pecuniam seu æstimationem persolverent provinciales, hinc paulatim fluxisse, ut, quoties loco rei debitæ pretium ejus seu æstimatio petenda esset, actio illa *condictio triticaria* appellaretur. Quicquid sit, hæc actio personalis est, qua rei cujusvis corporalis mobilis, vel immobilis, aut incorporalis, quomodocunque ex contractu vel delicto debitæ, æstimationem præstandam esse contenditur. Cui ut locus sit, primo quidem requiritur, ut

principalis quoque actio, quæ ad rem ipsam persequendam competebat personalis sit; nam si in rem esset, etiam æstimatio non per hanc triticariam, sed per ipsam in rem actionem petenda foret, ut dictum *t. de rei vindic. & de petit. heredit.* Qui de causa etiam rem suam propriam nemo regulariter hac actione persequi potest, iis exceptis casibus, quibus & rei propriæ condictio permissa fuit, quod accidit in rebus furtivis ac vi possessis, quarum proinde non exstantium æstimationem sibi præstari, domini furtum passi vel vi dejecti hac recte desiderant actione, *l.* 1. *in fine l.* 2. *ff. h. t.* junct. *l. verum est* 23. *pr. &* §. 1. *ff. de furtis*. Sed & secundo necesse est, principaliter res alias extra numeratam pecuniam esse debitas, quarum æstimationem in subsidium hoc judicio actor persequatur. Si enim ipsa pecunia ab initio debita sit, actione principali, non hac subsidiaria, petenda foret, *l.* 1. *ff. h. t.* cum absurdum esset pecuniæ cuncta æstimantis æstimationem, quæ non est, in judicium deduci, arg. *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* Etsi ergo nihil numeratam pecuniam, æstimationem nempe, hac actione consequamur; verum tamen simul est, tum demum ei locum esse, cum aliæ res extra numeratam pecuniam in obligationem deductæ sunt.

2. Ceterum non plane nova hæc actio est, sed magis veteris actionis adjectitia qualitas, & ideo vel bonæ fidei vel stricti juris actionum naturam & effectus sortitur, pro diversa principalis actionis natura, qua res ipsa petenda fuisset. Qua ratione, quando in æstimatione facienda in hac actione rei judicatæ tempus spectandum dicitur in *l. pen. ff. h. t.* id de illis accipiendum casibus, quibus obligatio principalis bonæ fidei est. Contra vero cum in *l. ult. ff. h. t.* Gajus ait, tempus spectandum esse, quo judicium acciperetur: id est, quo fieret litis contestatio, id ad ea restringendum negotia, quæ stricti juris sunt.

3. Considerandum namque, circa hanc implicatam æstimationis faciendæ controversiam varios varie sentire, ut colligere licet ex iis quæ habet Cujacius *lib.* 8. *ad Africanum ad l.* 37. *ff. mandati*, Pacius *enant. cent.* 3. *n.* 72. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 74. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 8. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 2. *defin.* 7. *& seqq.* Vinnius *select. quæstion. lib.* 1. *cap.* 39. Wissenbach *ad Pand. t. de reb. credit. volum.* 1. *disput.* 24. *n.* 12. Interim paucis distinctionibus rem omnem absolvi, omnesque difficultates superari posse, mihi persuadeo. Etenim primo quidem inspiciendum existimo, utrum principaliter rei æstimatio in obligationem deducta sit; an principaliter res, cujus loco in subsidium æstimatio præstanda venit. Nam si principaliter æstimatio rei alicujus obligatione comprehensa sit, neque huic condictioni triticariæ locus esse potest, neque ex mutatione æstimationis quæstio superesse, quia re ipsa nihil præter numeratam pecuniam omnia æstimantem ab initio debitum est, neque aliam contrahentes videri possunt æstimationem adeoque quantitatem pecuniariam respexisse, quam quæ fuit eo tempore, quo primitus obligatio nascebatur, sive bonæ fidei sive stricti juris negotium sit: ac propterea, aucto deinceps vel diminuto rei pretio obligatio pecuniaria, quæ ab initio certa fuit, nullum inde incrementum capere potuit aut diminutionem. Eoque reducenda est facti species in negotio stricti juris, qua quis stipulatus est, *sibi dari quanti fundus Cornelianus est*, & in qua, quia *non fundus, sed pecunia debebatur*, ea æstimatio venire dicitur, quæ stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum* 28. *ff. de novation.* Uti & illa in negotio bonæ fidei, qua hominem aliamve rem certam pro re daturum me fidejussi & solvi, si dein actione mandati ad indemnitatem contendam, æstimationem rei solutæ potius ad tempus, quo soluta est, quam ad id, quo agitur, referri oportere, Africanus scripsit, *l. hominem* 37. *pr. ff. mandati.* Et merito; cum hic fidejussori solventi non res sed tantum solutæ rei æstimatio debita fuerit, quippe qui Stichum, hominem certum, ex fidejussione solvens, obligatum non potuit sibi reddere debitorem principalem ad eundem, quem solverat, Stichum reddendum; sed magis ab initio indemnitatem, adeoque æstimationem temporis illius, quo sibi primitus per solutionem paraverat contrariam mandati actionem. Nec aliam puto sententiam aut causam esse legis *cum quis* 22. *ff. de obligation. & action.* ubi idem Africanus ait, *cum quis in diem mercem stipulatus fidejussorem accepit, ejus temporis æstimationem spectanda esse, quo satis accepit.* Nec merx seu res certa cœperat ex stipulatione in diem deberi, inque hujus debiti securitatem fidejussor acceptus erat; cum ergo fidejussor pro debitore mercem solvisset, & de indemnitate contrario ageret mandati judicio, dubitatio erat, ad cujus temporis æstimationem principalis debitor fidejussori damnandus esset; nec dubitavit Africanus hic eodem modo, uti in *d. l.* 13. *pr. ff. mandati*, respondere, ejus temporis æstimationem spectandam esse, quo creditor *satis accepit*, id est, quo creditori solutio facta fuit: nam, quod verba illa, *quo satis accepit*, non ad interpositæ fidejussionis tempus pertineant, quasi temporis illius æstimatio consideranda foret ac per fidejussorem præstanda, vel inde patet, quod tunc fidejussor contra certa juris principia in majorem æstimationem, adeoque in duriorem potuisset causam obligatus esse, quam principalis debitor, qui ex die debens propter moram ad summum ad illius demum temporis æstimationem condemnandus esset, quo exstitit adjectus obligationi dies; & ex quo demum potuit ob moram conveniri. Quod si non æstimatio sed res principaliter obligatione comprehensa fuerit, generalem puto regulam servandam esse, quæ inter bonæ fidei ac stricti juris judicia distinctionem ponit, ac vult, in bonæ quidem fidei judicii rei judicandæ seu judicatæ tempus observandum esse, quanti res sit, seu tunc valeat, in iis vero, quæ stricti juris sunt, tempus litis contestatæ, *l. sed mihi* 3. §. *in hac actione* 2. *ff. commodati*, non eo sensu, quasi præcise illud litis contestatæ vel condemnationis tempus, ac nullum aliud antecedenter spectandum esset; nam si mora præcesserit, dubium non est, quin frustratio moratori, & non alteri obesse debeat; ac propterea, si inter moram & litem contestatam remve judicatam res pluris valuerit, quam ipso litis contestatæ vel condemnationis momento, reus in id, quanti res plurimi fuit a tempore moræ ad tempus litis contestatæ in stricti juris, aut rei judicatæ in bonæ fidei judiciis, damnandus foret, *l. hominem* 37. *in fine ff. mandati*, *l. in hac* 3. *in fine ff. h. t.* sic ut tempus moræ sit veluti terminus

a quo incipit æstimationis ratio haberi; & tempus litis contestatæ vel rei judicatæ sit terminus ad quem. Quod etiam non obscure Pomponius indigitat in *l. ratio* 3. §. *si per venditorem* 3. *ff. de act. emti*, dum ait, *si per venditorem vini mora fuerit, quo minus traderet, condemnari eum oportere, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur*. Tempus scilicet, quo vinum est venditum, etiam initium moræ est, in quantum res vendita etiam confestim tradenda est, nisi aliud actum sit, arg. *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *ff. de emt. l. curabit* 5. *Cod. eod. t.* quemadmodum ille, qui pure constituit, non a tempore demum litis contestatæ, sed mox a tempore constituti celebrati, si non solvat, in mora creditur constitutus, secundum Ulpianum, *l. si duo* 16 §. *ult. ff. de constit. pecun.* Ut proinde variis quoque in legibus, definientibus, æstimationem inspiciendam esse temporis illius, quo res petitur, illa limitatio, *nisi mora præcesserit*, subaudienda sit; veluti in *l. fundum* 28. *circa fin. ff. de novation. l. vinum* 22. *ff. de reb. creditis*, uti & ipsa *l.* 3. §. 2. *ff. commodati*. Hinc quia fur semper a primo furti facti momento in mora est, recte conclusit Ulpianus, rei furtivæ æstimationem in condictione furtiva spectandam esse, quanti unquam a furti facti tempore plurimi fuit, *l. in re furtiva* 8. §. *si ex causa* 1. *ff. de cond. furtiva*. Idemque est in rerum amotarum actione, *l. pen. ff. de act. rer. amot.* Et quia dies certus obligationi appositus sui existentia interpellat pro homine, ac debitorem in mora constituit, *l. magnam* 12. *C. de contrah. & commit. stipulat. l. trajectitiæ* 23. *ff. de oblig. & act. l. si fundus* 4. §. *ult. ff. de leg. commissor.* hinc quoque traditum, obligatione in diem certum contracta, ejus æstimationis rationem habendam esse, quæ fuit eo tempore, quod solutioni faciendæ adjectum fuit; ut scilicet tempus illud, tanquam tempus moræ inchoatæ, sit terminus a quo, ac præstandum veniat, quanti inde res unquam ad tempus litis contestatæ aut rei judicatæ, pro diversa judiciorum bonæ fidei ac stricti juris natura, plurimi valuit, *l. vinum* 22. *ff. de reb. creditis*, *l. quotiens* 59. *l.* 60. *ff. de verb. obl.* Qualis diei adjectio quia etiam inest cautioni de sistendo, ideo quoque definitum fuit, æstimationem ejus, quod interest agentis, ad illud tempus referendam esse, quo sisti debuit, non ad id quo agitur; quamvis ibi non de rerum æstimatione agatur, sed de æstimatione ejus, quanti interest, factum impletum non esse, reum non stitisse, *l. qui autem* 12. §. 1. *ff. si quis caution. in judic. sist. causa factis non obtemp.* Nec hisce, quæ de stricti juris judiciis, & æstimatione tantum a tempore moræ ad tempus litis contestatæ spectanda diximus, adversatur, quod in stricti juris judiciis judex etiam condemnare possit ad id quod interest, moram non esse factam post litem contestatam, *l. quod si Ephesi* 4. *pr. ff. de eo quod certo loco*, *l. cum fundus* 31. *ff. de rebus creditis*, *l. si calendis* 11. *ff. de re judicata*, *l. si fundum certo* 114. *ff. de verb. obl.* sub quo & illud contineri videtur, si inter litem contestatam ac sententiam creverit æstimatio rei petitæ. Respondeo enim, distare æstimationem ab eo quod interest, ut patet ex *pr. & §§. seqq.* junct. §. *illud non ex* 10. *Inst. de lege Aquilia*, ac judicem in stricti juris judiciis ita demum aucti post litem contestatam pretii rationem in condemnando habiturum, si actor in eo suum interesse probet, dum forte mercator est, & rem lite pendente pluris fuisset distracturus. Alioquin si non fuisset secundum vulgarem æstimationem auctam venditurus, aut aliter sua interesse doceat æstimationis auctæ intuitu, non considerandum foret superveniens post litem contestatam æstimationis incrementum; licet per accidens ita forte morator lucrari posset; cum sufficiat, moram actori non nocuisse. Unde patet, non æstimationis, qua talis; sed ejus quod interest, ac quatenus interest, nec ultra rationem haberi. Quo modo & alibi jurisconsultus scripsit, usuras per socium socio præstandas esse, non quasi usuras sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse, *l. socium*, *qui* 60. *ff. pro socio*. Ne recte urgetur, sic moram extrajudicialem potentiorem fore, quam judicialem, sic deterioris fore conditionis eos, qui litem contestati sunt, quam si non; contra *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de regul. juris*. Etenim etsi non *soleat* deterior fieri eorum conditio, qui litem contestantur, tamen id aliquando in jure contingit, ubi ex propria ipsius negotii in judicium deducti natura descendit; uti id apparet ex illis, qui condemnati ad actoris petitionem, nihilominus ex lege, humanitatis gratia, solutionis dilationem habent, quam ipsis non indulserat obligatio pura in judicium deducta. Et huic simile accidit quoque in casu præsenti: quod enim in stricti juris judiciis æstimationis lite pendente aucta, qua talis, ratio non habeatur, id inde est, quod in iis judex excedere nequit petitionem actoris, & conventionem partium, nisi respectu ejus quod interest; cumque libello petitionis non recte comprehendatur incertum plane futuri temporis intuitu æstimationis augmentum, sed tantum præteriti temporis ratione usque ad litis cœptæ diem; consequens est, nec judicem in condemnando considerare debere æstimationis post litem contestatam auctæ quantitatem, qua talem. Quæ cum aliter se habeant in negotiis bonæ fidei, dum in iis ex bono & æquo petitionem ac conventionem multifariam judex condemnatione potest excedere; non mirum, si pretii usque ad sententiam aucti ratio habeatur. Scilicet, moram extrajudicialem lex & judex coercet & judicialem in stricti juris judiciis, non ratione æstimationis, nec usurarum intuitu, sed respectu ejus quod interest, adeoque non aliter, quam si secundum ante dicta actor doceat, se lite pendente rem ob auctum interim valorem pluris fuisse distracturum. Leve vero est, quod ajunt, in stipulatione æstimationis post litem contestatam increscentia rationem habendam esse, quia & fructuum illius temporis ratio haberi solet, *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. de usuris*, male enim a disparatis illatio fit; fructus rei accessiones sunt, non item æstimatio rei. Quod autem diximus, tunc, cum post litem contestatam se pluris venditurum fuisse probat, æstimationis auctæ rationem habendam esse, id ita accipiendum, uti in bonæ fidei judiciis dicitur æstimationis augmentum pendente lite contingens præstari oportere; at non ita, ut ad omne id, quod emendo vendendoque atque adeo negotiando actor potuisset pendente lite lucrari, reus ipse condemnandus foret: cum ne in bonæ quidem fidei judiciis lucri hujusmodi adventitii ratio haberi soleat, *l. ult. ff. de peric. & commodo rei vend.* *l. si sterilis* 21. §. *cum per* 3. *ff. de act. emti*,

excepto solo casu *l. 2. §. ult. ff. de eo quod certo loco.*

4. Vidimus, cujus temporis æstimatio spectanda sit; locum quod attinet, si quidem locus certus implemento contractus faciendo adjectus sit, spectanda æstimatio loci illius, in quo solutio facienda est, sive de negotio stricti juris, veluti de mutuo, *l. vinum 22. in fine ff. de reb. creditis, l. ult. in fine ff. h. t.* sive de rerum venditionibus aliisque similibus bonæ fidei conventionibus quæstio sit, *l. ratio 3. §. ult. in fine ff. de act. emti*; cum unusquisque per adjectionem certi loci ad solvendum destinati contraxisse intelligatur non in loco, ubi conventio celebrata, sed ubi solutio facienda est, *l. at ubi quisque 3. ff. de rebus auctor. jud. possid. l. contraxisse 21. ff. de oblig. & action.* Si vero nullus locus certus solutioni faciendæ per contractum designatus sit, in stricti juris judiciis æstimatio consideranda loci, in quo res petitur, *d. l. vinum 22. in fine ff. de reb. creditis, d. l. ult. in fine ff. h. t.* At in bonæ fidei negotiis, veluti venditionibus, spectanda loci æstimatio, in quo venditio celebrata est, vel in quo agitur, actoris arbitrio; si modo per venditorem steterit, quo minus res tradatur, *l. ratio 3. §. si per venditorem 3. ff. de action. emt.* Nam si emtor ipse in mora accipiendi fuerit, æstimari oportet pretium rei, habita ratione loci illius, in quo res minoris valet, sive in loco, in quo contractum, minor venditæ rei æstimatio sit, *d. l. ratio 3. ult. ff. de act. emti,* quasi per moram indignum se reddiderit electione & commodis ex natura judiciorum bonæ fidei profluentibus, dum recusando acceptare res, debito modo oblatas, ipse recessit a bona fide.

TITULUS IV.

De eo quod certo loco.

SUMMARIA.

1. *Loci adjectio quibusdam in negotiis necessaria est, in plerisque non. Quæ sit ratio, cur, loco apposito,* actio de eo quod certo loco *introducenda fuerit? Quid sit? & quæ judicis partes in ea sint: habet locum in omnibus judiciis stricti juris, quibus locus appositus.*
2. *Non habet locum, si in ipso loco adjecto agatur; nec, si in negotio bonæ fidei.*
3. *Datur contra eum, qui certo loco debet ex negotio stricti juris. An & contra fidejussorem ex sua vel debitoris principalis mora? ad explicationem* l. centum Capuæ 8. ff. h. t. *quo usque & ad quid mora debitoris noceat fidejussori?*
4. *Quid juris circa electionem & solutionem & faciendam loci mentionem, si convenerit,* Ephesi aut Capuæ centum dari, *vel* Ephesi decem aut Capuæ hominem, *vel* Ephesi & Capuæ *dari rem dividuam, aut individuam?*
5. *An promiscue in quovis alio loco hac actione arbitraria conveniri possit, qui certo loco se daturum promisit? & quid moribus obtineat?*
6. *An in hac actione judex magis quanti actoris, an potius, quanti rei intersit, spectare debeat? quibus modis interesse possit actoris aut rei, in loco potius addito, quam alibi solvi?*
7. *Creditor invitus non tenetur alio in loco acceptare id, quod ei certo loco debitum, nisi addatur id quod interest; sed si sponte acceptaverit, amplius id quod interest petere nequit.*
8. *An locus sit actioni arbitrariæ, si certo loco quid* fieri *promissum sit?*
9. *An temporis adjectio ita faciat locum actioni arbitrariæ, ut loci.*

1. Etsi quibusdam in casibus stipulationi ceterisque similibus stricti juris negotiis loci adjectio adeo necessaria sit, ut ejus omissio inutilem contractum reddat, vitietque legatum, veluti si quis insulam ædificari stipuletur, aut suprema disponat voluntate, quoties locus adjectus non est, nec ex circumstantiis colligi evidenter potest, quem locum testator respexerit aut contrahentes, *l. arbitraria 2. §. si quis insulam 5. ff. h. t. l. qui insulam 95. l. ita stipulatur 115. pr. ff. de ver. obligat.* arg. *l. si domus 71. ff. de legatis 1.* plerumque tamen in contrahentium ac disponentium arbitrio est, utrum locum implemento negotii destinare ac adjicere velint, nec ne. Quisquis autem se certo loco daturum promisit, aut aliter ad dandum certo loco cœpit obligatus esse, summo jure alibi in stricti juris negotiis conveniri nequit, dum in iis judiciis potestas conventioni partium adstricta est: sed quia iniquum erat, creditorem non posse ad suum pervenire, ac eludi obligationem, si debitor ad eum locum, in quo dare oportebat, vel casu præpeditus vel consulto ac data opera non accederet; ideo visum fuit, utilem actionem in eam rem comparare, de eo quod certo loco, *l. 1. ff. h. t.* quæ est arbitraria in personam, qua res ex negotio civili stricti juris certo loco præstanda, alibi petitur, facta tamen mentione loci in quo solutio facienda erat, ne plus loco petatur; ut judex pro varia loci utriusque, tum ubi res petitur, tum ubi ex conventione præstanda erat, æstimet, quanto pluris minorisve damnandus sit reus, quam in loco adjecto dare debuisset; dum non idem rerum earundem in quovis loco pretium est, & alibi facilior, difficilior alibi non rerum modo, sed & ipsius pecuniæ numeratæ præstatio apparet, *l. arbitraria 2. pr. & ult. l. 3. ff. h. t. l. unic. C. ubi conveniatur qui certo loco dare promisit,* sive ex stipulatu quid certo debitum sit, *l. 1. l. 2. ff. h. t.* sive ex mutuo, *l. aut mutua 6. ff. h. t.* sive ex legato, *l. si heres 5. ff. h. t.* sive ex constituto, *l. si duo 16. §. sed & 1. ff. de constit. pecun.* sive ex alio quocunque stricti juris negotio, obligationem ad certo loco dandum continente, veluti, contractu innominato *facio ut des certo loco*, ob rationis paritatem: sic ut hæc actio *de eo quod certo loco* non tam nova plane sit, quam potius nova qualitas adjectitia actionum aliarum stricti juris, unde & *utilis* appellatur in *l. 1. in fine ff. h. t.*

Quod si in ipso loco apposito res petatur, non huic utili arbitrariæ, sed directæ actioni stricti juris, locus est, cessante tunc arbitrio judicis ac facultate æstimandi propter locum, quanto plus minusve tribuendum sit. Nam si quid temporis ratione intersit actoris, ob moram in solvendo commissam; id secundum ordinariam omnium actionum sive bonæ fidei sive stricti juris naturam & ab actore recte petitur, & a judice jure adjudicatur, licet ejus nulla in contrahendo mentio facta sit, *l. quod*

si 4. *ff. h. t.* Quemadmodum nec tunc datur, cum ex negotio bonæ fidei res certo loco debita est, *l. in bona* 7. *ff. h. t.* cum ipsa directa actio ex contractu bonæ fidei extra locum adjectum etiam alibi institui possit, & secundum propriam ejus naturam judex ex bono & æquo æstimare, quantum actori præstandum sit, §. *in bonæ fidei* 30. *Inst. de action.* §. *fin. Inst. de oblig. ex consensu*, nec aliam ob causam hæc ipsa *actio de eo quod certo loco* arbitraria appelletur, quam quia actiones natura sua stricti juris, propter loci adjectionem reducuntur ad naturam actionum bonæ fidei in eo, quod judex ex bono & æquo æstimare possit, extra partium conventionem, quomodo actori per reum satisfieri oporteat, §. *praterea* 31. *Inst. de action.*

3. Datur hæc actio contra eum, qui certo loco adjecto debet ex negotio stricti juris, & in illo loco non solvit tempore constituto; vel si nulla temporis sit facta mentio, intra tale tempus, quo commode potuit ad locum solutioni destinatum perveniri, *l. arbitraria* 2. §. *qui ita* 6. *ff. h. t. l. continuus actus* 137. §. *cum ita stipulatus* 2. *ff. de verbor. oblig.* etiam contra fidejussorem ex mora propria, non ex mora debitoris principalis, *l. ult. l. centum* 8. *ff. h. t.* Cujus legis octavæ ut sensus evidentior reddatur, considerandum generaliter, moram debitoris fidejussori nocere in omni obligatione ad eam perpetuandam, *l. cum filiusfamilias* 49. *l. mora rei* 88. *l. si servum stipulatus* 91. §. *nunc videamus* 4. *ff. de verb. oblig. l. si quis solutioni* 24. §. 1. *ff. de usuris, l. si libertus* 43. *de operis libertor.* atque insuper debitorem creditori vel ratione temporis vel ratione loci posse condemnari, temporis intuitu, dum non solvit adjecto die; loci respectu, dum non præstat rem eo in loco, qui specialiter solutioni faciendæ erat appositus. Quod si temporis intuitu mora solvendi per debitorem principalem commissa & in casum moræ usuræ in stipulatum aut in pactum legitimum ad agendum efficax deductæ fuerint, uti ad eas post moram principalis debitor incipit obligatus esse, ita & fidejussor ejus in omnem obligationem acceptus ad easdem recte convenietur ex eo tempore, quo principalis cœperat esse in mora solvendi, etsi necdum fidejussor fuisset a creditore interpellatus; quales etiam usuræ non per hanc actionem arbitrariam nec ex officio judicis adjudicandæ, sed magis per actionem ex stipulatu vel pacto legitimo peti debent, *l. quamvis usura* 3. *C. de usuris*. Contra vero, si loci adjecti intuitu, ob non factam in loco destinato solutionem, ratio ineunda sit ejus quod interest, fidejussor, utcunque in omnem causam intervenerit, non ex mora debitoris principalis, sed tantum ex sua, ad id quod interest recte condemnatur, habita ratione non loci illius, in quo reus principalis, sed magis in quo fidejussor ipse convenitur. Adeoque, si ponas, centum modios frumenti, Romæ debitos, per creditorem a debitore principali Capuæ petitos esse, ibique condemnationem in modios centum & viginti a judice factam, dum Capuæ tanto minor modii cujusque valor erat, sed, cum executio ob manifestam condemnati inopiam inanis esset, fidejussorem in subsidium conveniri Carthagini, ubi eadem, quæ Romæ, frumenti æstimatio est; non utique in modios centum & viginti, in quos principalis jam Capuæ damnatus erat, fidejussor Carthagini veniret condemnandus, sed tantum in centum, qualis condemnatio in sola centum longe magis tunc fieret, cum fidejussor non Carthagini sed Romæ, adeoque in ipso loco adjecto convenitur, quippe tunc non arbitraria hac sed simplici stricti juris actione ex stipulatu ad solutionem adigendus, juxta *d. l. quod si Ephesi* 4. *ff. h. t.* & hoc est quod Africanus voluit in *d. l.* 8. *ff. h. t.* dum ait, *centum Capuæ dari stipulatus, fidejussorem accepisti, ea pecunia ab eo similiter, ut ab ipso promissore, peti debebit; id est, ut si alibi quam Capuæ petatur, arbitraria agi debeat, lisque tanti æstimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam summam Capuæ potius quam alibi solvi. Nec oportebit, quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri.* Ne autem ab eo, quod fidejussor in omnem acceptus causam ad usuras ex mora principalis debitoris tenetur, argumentum ad hanc præstationem ejus quod interest ob solutionem alibi quam loco addito faciendam, imprudentius transferetur, monet Jurisconsultus in verbis sequentibus *d. l.* 8. aliam usurarum, quam ejus quod propter locum interest, rationem esse, ideoque a separatis perperam fieri illationem; *neque enim*, inquit, *hac causa recte comparabitur obligationi usurarum; ibi enim duæ stipulationes sunt, hic una pecunia credita est, circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio judicis committitur*. Quasi diceret, fidejussorem acceptum obligari quidem in omne id, quod & principalis sese devinxerat, adeoque in usuras quoque, quas is promiserat creditori stipulanti in casu moræ; quippe in quas uterque non judicis officio, sed vi ipsius stipulationis ab initio interpositæ damnandus esset, in quantum usuræ fœnebris pecuniæ citra vinculum stipulationis peti nequeunt, *d. l.* 4. *C. de usuris*, sive ut duæ quodammodo distinctæ obligationes sint, altera sortis, usurarum altera, *l.* 1. *C. de judic. l. ubi autem* 75. §. *pen. ff. de verb. obligat.* At ubi locus adjectus est, loci adjectionem non facere aliam separatam conventionem, sed unam tantum esse obligationem rei certo loco promissæ; quæ si non in loco adjecto sed alibi petatur, & executionem habeat, ad id quod interest loci intuitu condemnationem non ex conventione descendere, sed a mero profluere officio judicis, cujus arbitrio a jure committitur ratio æstimationis; eo modo, quo, in bonæ fidei judiciis id contingit circa solvendas ex mora citra conventionem usuras, quarum respectu a Gordiano rescriptum fuit, non esse duas obligationes seu actiones, aliam sortis, aliam usurarum, sed unam tantum, *l. si deposita* 4. *C. depositi*, quasque propterea non esse in obligatione, sed officio judicis præstari, ab Hermogeniano traditum, *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de act. emti*: uti & a Paulo, *l. quæro* 54. *ff. locati*, licet ibi Paulus addat, fidejussorem ad usuras tales condemnandum esse, *ubi se in omnem causam conductionis obligavit*, dum illam phrasim eo sensu accipit, ac si fidejussor, *in quantum illum*, (conductorem sc.) *condemnare ex bona fide oportebit, tantum sua fide esse jussisset*. Porro autem istam differentiæ rationem Africanus in verbis ultimis d. legis octavæ illustrat, dum scribit, *ejus differentiæ manifestissimum argumentum esse, quod, si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, & reliquum petatur*,

officium judicis tale esse debent, ut aestimet, quanti actoris intersit, eam dumtaxat summam, quae peteretur, Capuae solutam esse; adeoque in casu quidem, quo usurae in stipulatum deductae sunt, sortis solutionem pro parte factam sine additamento usurarum, quarum dies jam cesserat tempore partis solutae, non perimere creditori jus petendi per actionem ex stipulatu in praeteritum debitas exsolutae partis usuras; cum & sorte sola in judicium deducta, ac in eam condemnatione secuta, creditori adhuc facultas supersit petendi ex stipulatu sortis illius jam redditae usuras, *l.* 1. *C. de judiciis.* Ex adverso autem si certo loco centum sint debita, & volenti creditori pars debiti, veluti dimidia, alio in loco soluta fuerit, non addito eo quod interest ratione loci, deque residua postmodum alibi extra locum appositum creditor experiatur, judicem haud aestimaturum, quanti intersit, tota centum alibi praestita esse, sed solummodo, quanti referat actoris, eam summam, quae adhuc solvenda restat, & in judicium deducta est, suo loco non fuisse solutam. Nam &, si totam sortem sine eo quod interest extra locum adjectum oblatam & a creditore acceptatam proponas, in universum cessaturam esse petitionem ejus quod interest, Paulus monuit, *l. ult. ff. h. t.* Confer Cujacium *lib.* 3. *ad Africanum ad d. l.* 8. *ff. h. t.* Perezium *C. ubi conven. qui certo loc. dare prom. n.* 9. *& seqq.* Beukelmannum *ad Pand. h. t. num.* 7. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 26. *n.* 15. 16. paulo aliter d. legem explicantes.

4. Quod si duo loca alternatim promissioni adjecta sint, veluti *Ephesi aut Capuae centum dari*, debitoris quidem electio est, in quo velit loco solvere; sed eo cessante, creditor eligit, in quo ex duobus locis petere velit, sine alterius loci mentione; sic ut loci electio debitori ob moram pereat, & in creditorem transferatur, *l. arbitraria* 2. *§. Scaevola* 3. *ff. h. t.* Sed &, si facta sit alternatio rerum simul ac locorum, velut, *Ephesi decem aut Capuae hominem dari*, initio inspecto debitoris electio est, tum loci tum rei contemplatione; post moram autem creditor non modo loci, sed propter locum etiam rei electionem habet, an videlicet decem Ephesi an Capuae hominem petere malit, nulla rei alterius locive facta commemoratione, *d. l.* 2. *§.* 3. *ff. h. t.* Si tamen extra duo loca promissioni alternatim adjecta actor alibi petere velit, utriusque rei, si mixta alternationi locorum sit rerum alternatio; atque ita debitori rursus electio competit, cujus velit loci & rei aestimationem considerari, ut secundum eam judex in hac arbitraria definiat, quanto plus minusve in hoc loco, in quo agitur, per reum actori praestandum sit, *d. l.* 2. *§. si quis Ephesi* 2. *§. h. t.* Quod si promissor se *Ephesi & Capuae decem daturum* promiserit, hoc actum intelligitur, ut Ephesi partem Capuae solvat, *d. l.* 2. *§. si quis ita* 4. *ff. h. t.* Plane, si quis hominem certum aliamve rem individuam Ephesi & Capuae dari promittat, ipso jure inutilis foret obligatio, cum impossibilis repromissio sit, arg. *l. si stipulor* 35. *ff. de verb. oblig. §. loca* 5. *Inst. de verb. obligat. l.* 2. *§. qui ita* 6. *ff. h. t. l. non solum* 31. *ff. de oblig. & act. l. ea, quae dari* 135. *l. impossibilium* 185. *ff. de reg. juris.*

5. Conveniendus autem qui certo loco dare promisit, non in alio quocunque loco, sed in eo tantum, in quo sortiretur quoque forum competens, si loci adjectio facta non esset: ne alioquin durioris deteriorisque conditionis foret, qui non nisi uno in loco obligatus esse voluit, & locum adstringendae obligationis gratia adjecit, quam illi, qui non ita adstricte, ac sine loci mentione promiserunt, quales non ubique, sed tantum in foro competente conveniri posse, constat. Eoque facit, quod in *l. heres* 19. *§. ult. ff. de judiciis* Ulpianus scripsit, *eum, qui ita fuit obligatus ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri:* dum superflua sane atque inepta foret adjectio illa, *si in provincia habuit domicilium*, si & tunc, cum in provincia non haberet domicilium, posset nihilominus in provincia per hanc actionem conveniri. Sed & ulterius huc confert, quod haec actio tantum induit naturam actionum bonae fidei propter locum; quodque locus ei non sit, si quid ex negotio bonae fidei certo loco debeatur quasi sufficiente tunc ipsa bonae fidei actione, *l. in bonae fidei* 7. *ff. h. t.* nemo autem judicio bonae fidei promiscuo in quovis loco possit conveniri, juxta generalia juris fundamenta de foro competente. Quod ergo alibi scriptum reperitur, eum, cui certo loco solvi constitutum est, *ubique petere posse & quocunque in loco agi* posse ad id quod interest, *l. si duo* 16. *§. sed &* 1. *ff de constit. pecun. l. eum, qui insulam* 43. *ff. de judiciis*, civiliter accipiendum est, pro omnibus illis locis, in quibus ex generali legum dispositione actiones intentari possunt, arg. *l. si cui simplicius* 9. *ff. de servitutibus*, & *l. qui loco* 27. *ff. de condict. indebiti.* Ac praeterea in *d. l.* 43. non de hac arbitraria sed stricti juris actione sermo est, cum ibi non de dandi, sed faciendi obligatione tractetur, in qua non esse locum actioni huic de eo quod certo loco, mox dicetur. Donellus *comment. jur. civilis lib.* 17. *c.* 19. *post med.* Besoldus *delibat. juris ad Pand. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 26. *nu.* 10. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 3. Perezius *Cod. ubi conven. qui certo loco num.* 1. Neque multum hac in parte a jure Romano mores hodierni recesserunt, quibus is, qui certo loco promisit, non aliter eo in loco efficaciter conveniri potest, quam si illic inveniatur, aut bona habeat, quae arresto graventur ad jurisdictionem fundandam, etiamsi promissor fori privilegio renunciasset, & se specialiter subjecisset jurisdictioni judicis loci illius, in quo se soluturum promiserat. Ut tamen extra locum appositum in quovis alio deprehensus, arresto mediante conveniri queat, cum ex praxi vulgata arrestatio judici tribuat jurisdictionem in personas aut res sisti non prohibitas. Groenewegen *ad l. un. C. ubi conven. qui certo loco dare promisit*, post Cristinaeum, Gayl, Ant. Fabrum, Burgundum, aliosque ibidem citatos.

6. Etsi vero haec actio utriusque utilitatem contineat, tam actoris quam rei, sic ut minoris condemnatio fiat, quam promissum est, si rei intersit, majoris autem, si intersit actoris, nec judex servire teneatur quantitati contractu comprehensae, *l. arbitraria* 2. *pr. & §. ult. ff. h. t.* tamen in aestimando eo, quod interest, inquirendum praecipue, in cujus gratiam adjectio loci facta sit: etenim si actoris causa, etiam maxime ejus foret habenda ratio, ut consequatur quanti intersit; sin rei seu promissoris favore, id ante omnia curandum, ne ille in damno

versetur, licet forte in mora sit faciendi sui copiam in loco adjecto; usque adeo, ut interdum etiam judex reum alibi conventum absolvere debeat, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est, *l. quod si* 4. §. 1. *ff. h. t.* Variis sane modis posse rei interesse, ut magis in loco apposito exsolvat, dubio caret: quid enim si minoris res illic valeat, ubi præstanda, quam ubi petita? quid si levioribus sub usuris pecunia debita possit in loco addito accipi mutua? quid si in loco apposito jam oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel alia quacunque ratione ex facili solvenda? *d. l.* 4. §. 1. *l. ideo* 3. *ff. h. t.* Ut ex adverso actoris quoque multifariam referre potest, destinato potius in loco quam alibi solvi; dum vel pluris res valet in loco expresso, quam in quo petitur; aut actor trajectitiam dedit pecuniam Ephesi recepturus, ubi sub pœna debebat, vel sub pignoribus, vel etiam sine pignore, & ob moram pœna commissa sit, vel res ejus oppignoratæ aut judicati exsequendi causa captæ vilissimo distractæ: quibus in casibus id, quod interest, etiam legitimum superare potest usurarum modum; *d. l.* 2. §. *ult. ff. h. t.* imo, quia eo quod interest non modo comprehenditur quod cuique abest, sed & quantum lucrari potest, *l. si commissa* 13. *ff. ratam rem haberi;* ideo, si actor ex pecunia certo loco solvenda merces ibidem promercii causa comparare solebat, non damni solius, sed & lucri rationem in hac actione habendam esse, Ulpianus auctor est *d. l.* 2. §. *ult. in fin ff. h. t.* licet alioquin non modo in stricti juris, sed & in bonæ fidei judiciis, ejus tantum lucri, quod circa rem ipsam consistit, non vero adventitii, quod ex negotiatione speratur, ratio haberi soleat, *l. si sterilis* 21. §. *cum per* 3. *ff. de act. emti*, *l. quemadmodum* 29. §. *item Labeo* 3. *ff. ad leg. Aquil. l. ult ff. pe peric. & commodo rei vend.*

7. Ceterum invitus creditor cogi nequit, ut alio quam convento loco promissum acceptet, nisi simul id quod interest addatur, *l. pen. ff. h. t.* Quod enim Venulejus scripsit, eum, qui certo loco debet ubique solvere posse, *l. continuus* 137. §. *cum ita* 2. *ff. de verbor. oblig.* de creditore in solutionem alibi faciendam consentiente, vel ob additum id quod interest consentire per jus obligato, intelligendum est; propter *d. l. pen.* & *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. h. t.* Si tamen extra locum appositum oblatam a debitore rem sine eo quod interest creditor sponte acceptaverit, nullam deinceps ejus quod interest exactionem habet; cum obligatione principali per solutionem sublata, necesse sit ejus quoque petitionem interire, ad quod non ex obligatione, sed ex solo judicis officio condemnatio descendit, *l. centum Capuæ* 8. *in fin. l. ult. in fine ff. h. t.* arg. *l. qui per collusionem* 49. §. 1. *ff. de act. emti.* Nec obstat *d. l.* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. h. t.* cum ibi peculiaris occurrat facti species, qua quis *sibi aut Titio Ephesi dari* stipulatus erat, ac non ipsi stipulanti, sed adjecto Titio, solutio facta, idque non secundum formam stipulationis in ipso loco constituto, sed alibi: unde non ipso jure, sed tantum exceptione, tutus erat solvens, poteratque nihilominus stipulator intendere, sibi dari oportere arg. *l. pen. ff. de constit. pecunia*, cui intentioni si reus opponeret exceptionem solutionis adjecto, alibi factæ, repelli optimo jure potuit replicatione illa, quod adjectus solutioni, atque ita mandatarius, acceptans alibi rem certo loco debitam contra formam stipulationis ac fines mandati, immutare non potuerit aut perimere jus stipulantis, ratione ejus quod interest, rem debito loco non fuisse solutam, arg. *l. cui recte solvitur* 10. *ff. de novationib. & delegationib.*

8. Vidimus de loco obligationibus dandi apposito. Quod si non dari sed *fieri certo loco* promissum sit, veluti insulam Capuæ ædificari; non hac arbitraria, sed directa ex stipulatu actione in quovis alio loco commodo agi potest, ad id quod interest ædificium certo loco exstructum non esse, *l. eum, qui insulam* 43. *ff. de judiciis*, tum quia res certo loco danda, alio transferri, ibique dari potest; sed ædificium certo loco exstruendum, alibi frustra ædificatur, sic ut alibi exstruens in nihilum liberetur, *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *post med. ff. h. t.* tum quia rei quidem datio in stipulatum recte deducitur etiam sine loci adjectione; at insulam fieri sine loci adjectione, inutiliter quisque stipulatur, *d. l.* 2. §. *si quis insulam* 5. *ff. h. t. l. qui insulam* 95. *l. ita stipulatus* 115. *pr. ff. de verbor. oblig.* Cujacius 3. *ad Africanum ad l. centum* 8. *ff. h. t.* Bachovius *ad Treutler. vol.* 1. *disput.* 23. *thes.* 6. *lit.* C.

9. Longe minus ex sola diei seu temporis adjectione actio natura sua stricti juris in arbitrariam degenerabit, etsi ob moram id quod interest, seu utilitas temporis, peti possit, *l. quod si* 4. *ff. h. t. l. si fundum certo* 114. *ff. de verb. obligat. l. si calendis* 11. *ff. de re judicata.* Nam nec judex tunc arbitratur, utrum actoris an rei intersit respectu temporis, sed solum considerat fraudatam ex mora utilitatem actoris: nec secundo actor prohibetur post tempus agere summo jure, ut consequatur quod certo die præstandum erat; uti quidem alio loco agere summo jure impeditus est: sic ut in tempore non eadem, quæ in loco, ratio militet actionis arbitrariæ ex necessitate admittendæ. Quibus non adversatur *l. si ut certo* 5. *pr. ff. commodati*, quippe quæ loci temporisque additi comparatione in eo proponit, quod officio judicis insit, & temporis & loci rationem habere: sed an utrobique propterea actione arbitraria experiundum sit, neque illic asseritur, neque in specie istius legis actioni arbitrariæ locus esse poterat, sive temporis sive loci contemplatione; cum de commodato certo loco reddendo, adeoque bonæ fidei negotio agatur, ex quo non arbitraria hæc, sed commodati actio comparata est, *l. in bona* 7. *ff. h. t.*

TITULUS V.

De Constituta pecunia.

SUMMARIA.

1. *Quid sit constitutum? quibus fiat formulis?*
2. *Inutile est constitutum, si quis alienum debitum constituat per errorem ut suum, vel alium soluturum; nec stipulatio inutilis valet ut constitutum.*
3. *Quis constituere possit; quibus constitui? An adjecto solutioni? an in constituendo possit alius adjici solutioni? An constitutum tutoribus, curatoribus, actoribus, fiduciariis heredibus, & hereditatis possessoribus, prosit pupillis, municipibus, fidecommissariis, & veris heredibus?*

4. *Qualia debita constitui possint? pecuniæ appellatione hic omnia, etiam facta, comprehendi: etiam generaliter posse constitui omne id, quod Titius debet, & quæ tunc contineantur? etiam debitum naturale tantum; at non civile tantum; & cur non?*
5. *An constitui possit, quod testamento imperfecto relictum est?*
6. *An debitum conditionale? An in diem certum debens constituere possit, se die citeriore soluturum: & an tunc ante existentiam diei vel conditionis conveniri possit?*
7. *An majorem quantitatem vel plus constituens, quam principali obligatione continebatur, obligetur in id, quod principali obligatione comprehensum est?*
8. *An constitui possit, quod debitum ab eo, qui ab hostibus captus aut deportatus est?*
9. *Sine principali debito non consistit constitutum: sufficit tamen subfuisse debitum, cum constitueretur, licet tempore existentis conditionis constituto apposita evanuerit. Cur sortem debens non possit constituere usuras sortis; & tamen sortem debens constituere possit, se daturum pignora aut fidejussores?*
10. *Potest constitui alteri, quam cui debitum: quod Titio & Mævio tanquam correis, aut tanquam principali & adjecto debetur, soli Titio recte constituitur, sic ut postea adjecto vel alteri reo non utiliter solvatur. Potest & aliud pro alio constitui creditori volenti.*
11. *Actio de constituta pecunia cui detur, contra quem? constituentes habere possunt beneficium ordinis, divisionis, cedendarum actionum. Quid si constituerit quis* a se & Titio, *vel* a se aut Titio dari? *Quid si impersonaliter constituerit?*
12. *Quid petatur per hanc actionem? si creditor debitum ex constituto sibi oblatum acceptare nolit, non habens justam recusandi causam, non amplius ex constituto, sed tantum ex principali negotio agere potest. Nulla constituto novatio fit.*
13. *An legatus constituens id, quod in provincia debet, Romæ tempore legationis actione de constituta pecunia conveniri possit, per distinctiones explicatur?*
14. *Constitutum hodie convenit cum fidejussione.*

1. CONstitutum in jure nostro duplex notum est, aliud possessorium, dum is, qui hactenus suo nomine possedit, constituit se velle alieno nomine possidere, & ita alienæ possessioni præbere ministerium, *l. quod meo* 18. *ff. de acquir. vel amit. possess.* aliud obligatorium, de quo hic, conventio scilicet prætoria, seu pactio a prætore confirmata, qua quis sine stipulatione promittit quod ipse vel alius debet, *§. de constituta* 9. *Instit. de action.* sive inter præsentes, sive inter absentes nuncio vel literis, *l. qui autem* 14. *§. ult. l.* 15. *ff. h. t.* cum solus hic consensus sufficiat, licet verba desint; contra quam in fidejussione servatur propter requisitam verborum solemnitatem, contrahentium præsentiam desiderantem, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Hujus formula non una in jure occurrit, præcipue epistolis emissa; veluti, *scripsi secundum mandatum Seji, si quid tibi debitum approbatum erit, me tibi cauturum & soluturum sine controversia.* Vel, *remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo idibus Maiis probos*, vel, *habes penes mensam meam denarios mille, quos vobis numerare debebo pridie Calendas Majas*, ut &, *decem, quæ Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat, salva ratione usurarum, habes penes me, domine*, *l. eum, qui* 5. *§. Julianus* 3. *l. Titius Sejo* 24. *l. quidam* 26. *ff. h. t. l. ult. ff. de instit. action.* eoque etiam pertinet illud Apostoli Pauli, epistola ad Philemonem data pro Onæsimo servo intercedentis *vers.* 18. 19.

2. Quod si quis alienum debitum, quasi suum, per errorem constituerit, nulla talis constituti vis est, *l. ult. ff. h. t.* ut nec si constituat, alium soluturum, *l. eum, qui* 5. *§. sed si quis* 4. *ff. h. t.* neque secum pugnare Ulpianum credendum est, cum conventionem illam, qua quis constituerat, *certam personam fidejussuram pro se*, obligatoriam asserit, *l. qui autem* 14. *§. sed & si* 2. *ff. h. t.* eo quod formula tali re ipsa comprehensa est facti proprii promissio scilicet, *se fidejussorem creditori daturum*, ut satis innuunt verba prope finalia *d. §.* 2. & connexio paragraphi primi cum secundo dum in primo constituit, se pignora daturum; in secundo, se fidejussoribus satisdaturum. Sed & si quis, cum stipulari vellet, non servaverit formam stipulationis, id quod actum est non valet jure constituti, *l.* 1. *§. eum, qui* 4. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod acceptilatio inutilis valeat ut pactum utile, *l. si unus* 27. *§. pen. ff. de pactis*, *l. an inutilis* 8. *ff. de acceptilatione*; cum ita non de obligatione sed liberatione quæstio sit, & leges longe magis liberationi faveant, quam obligationi.

3. Constituere possunt omnes, qui & alias se possunt obligare, patresfam. & filiifam. *l.* 1. *§. sed si* 3. *ff. h. t.* masculi & fœminæ, si modo fœminæ non intercedant, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Constituitur vero illis, quibus aliquid est debitum, vel etiam aliis, quibus debitum non est, ex creditoris ipsius voluntate; qua ratione Titio ex consensu Mævii recte constituitur quod Mævio debitum erat, sic ut ipsi Titio obligatio & actio de constituto quæratur, *l. eum, qui* 5. *§. quod exigimus* 2. *& §. Julianus* 6. *ff. h. t.* Sine consensu ejus, cui principalis obligatio competebat, alteri constitui jura non patiuntur, in tantum, ut ne procuratori quidem, adeoque nec ei, qui solutioni tantum adjectum fuerat in prima oblatione (dum Mævius sibi aut Titio dari stipulatus erat) recte constituatur, licet ei recte solvatur, *l. sed & filios* 7. *§.* 1. *ff. h. t.* junct. *§. si quis alii* 4. *Instit. de inutil. stipul.* Et quia regulariter alteri per alterum obligatio non acquiritur, hinc ineptum quoque constitutum est, si mihi constituas, te Sempronio soluturum, *l. eum, qui* 5. *§. item si* 5. *ff. h. t.* nisi ego non procuratoris, sed tantum nuncii ministerium præstem, *l. qui autem* 14. *§. ult. l.* 15. *ff. h. t.* ut tamen, sicut alias vulgo, ita & hic, alium solutioni adjectum constituto comprehendere, nihil impediat, veluti si quis mihi constituat, se mihi aut Titio soluturum; quo ipso efficitur, ut mihi quidem soli actio nascatur, sed solutio recte Titio fiat, *l. si vero* 8. *l. pen. ff. h. t.* junct. *l.* 7. *in fine ff. h. t. d. §.* 4. *Instit. de inutil. stipulat.* Quemadmodum etiam utilitatis gratia placuit, tutoribus, curatoribus, actoribus municipium valide constitui, *pupillo adolescenti aut municipibus solvi*, ut utilis inde actio muni-

cipibus, pupillo, vel adolescenti detur, d. l. eum, qui 5. §. item tutori 7. & §. si actori 9. ff. h. t. Denique æquum visum fuit, ad id, quod fiduciario heredi aut hereditatis possessori constitutum fuit, fideicommissario heredi vel hereditatem evincenti hanc de constituta pecunia decerni actionem, post restitutam aut evictam hereditatem, teste Paulo in l. si post constitutam 22. ff. h. t. licet idem Paulus alibi de summo juris rigore ex aliorum mente disserens, scripserit, plerosque putare, cum possessor alienæ hereditatis pactus est, heredi, si evicerit, neque nocere neque prodesse, l. si tibi decem 17. §. cum possessor 6. ff. de pactis, ac Mæciano Pauloque placuerit in casu non plane dissimili, fideicommissarium ipso jure ad exercendas actiones accessorias, per fiduciarium quæsitas, admittendum non esse, sed ex fideicommisso petere debere, ut sibi ab herede cedantur actiones recenter natæ, l. qui ita institutus 66. §. 2. l. si heres pecuniam 73. ff. ad Senatusc. Trebell. aliter Cujacius ad d. l. 17. §. pen. ff. de pactis, refutatus ab Ant. Fabro rursus aliud statuente, & Triboniani adjectionem in d. l. 22. arguente in rational. ad d. l. 17. §. pen. ff. de pactis.

4. Constitui potest omne debitum, proprium & alienum, sive corporalium sive incorporalium rerum, sic ut hic pecunia non stricte accipiatur pro sola numerata, uti id est in Macedoniano, sed pro omnis generis rebus in obligationem deductis, in latissima significatione, l. pecuniæ nomine 222. ff. de verbor. signif. l. 2. C. h. t. in tantum, ut & facta comprehendantur, quippe quæ etiam constituto promitti posse, colligitur ex l. si duo 16. §. 2. & ult. l. 17. ff. h. t. & res, quæ jam interierunt, si modo ante interitum mora facta sit, & ita obligatio perpetuata, l. promissor Stichi 21. l. promissor hominis 23. ff. h. t. Nec interest, ex qua causa debitum sit, sive ex conventione, sive ex delicto, veluti emtione, dote, legato, furto, injuria; sive certum sit debitum, sive incertum, forte ex tutelæ aut curæ administratæ rationibus necdum redditis descendens, l. 1. §. debitum 6. l. qui injuriarum 29. ff. h. t. aut, si quis constituat, se omnia Titii debita soluturum, quo casu etiam id, quod Titius non suo sed fidejussorio nomine debet, solvere obstrictus foret. Vide Responsa JCtor. Holland. part. 2. consil. 306. Sive quantitas certa constituto expressa fuerit, sive non; cum ex relatione ad præcedentem obligationem satis de quantitate constet, l. qui autem 14. pr. ff. h. t. junct. §. præterea 5. in fin. Inst. de inutil. stipulat. Sive naturale tantum subsit debitum, sive naturale & civile simul, si modo tale sit, quod per exceptionem enervari nequit, l. 1. §. pen. l. quod si maritus 3. §. 1. ff. h. t. Quamvis enim pacto posteriore redintegrari possit obligatio, cujus æquitas pacto priore de non petendo sic sublata fuerat, ut agens peremtoria potuisset exceptione repelli, l. si unus 27. §. pactus 2. ff. de pactis, tamen, quia tunc, cum pecunia summo tantum strictoque jure civili debita est, nullum apparet amplius aut superest æquitatis vinculum, arg. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis 4. ff. de solutionib. etiam nihil est, quo prætor moveretur ad hanc actionem ex suo edicto ex bono & æquo accommodandam, quippe quam non alia de causa introduxit, quam ut naturali faveret æquitati, ac confirmaret ea, quæ & ante constituti vinculum erant debita, l. 1. pr. & §. 1. 6. ff. h. t. at neque debita, neque creditores proprie esse intelliguntur, qui perpetua possent exceptione summoveri, l. creditor 55. l. debitor. 108. ff. de verbor. signif. d. l. 3. §. 1. in fin. ff. h. t.

5. Ex eo autem, quod sufficit, naturale subesse debitum, dubitatum fuit, an recte in constitutum deducatur, quod imperfecto testamento relictum est? Et quamvis Ant. Matthæo de obligationibus disp. 32. thes. 5. visum fuerit, efficacem ex tali constituto non nasci obligationem, quia ex imperfecto testamento neque civilis neque naturalis obligatio producta erat, sine qua constitutum non subsistit: tamen pro constituti validitate hic standum existimo. Si enim heres fideicommissa inutiliter relicta, ac post compertam defuncti voluntatem præstita, repetere nequeat, quia ex conscientia relicti fideicommissi satisfactum videtur defuncti voluntati, l. etsi inutiliter 2. C. de fideicommissis, si voluntatem defuncti, quæ circa legata vel fideicommissa legibus non erat subnixa, necessario implere compellatur, postquam eam sua sponte agnovit, l. non dubium 16. §. 1. C. de testamentis, si tunc, cùm solemnitas juris deest, heres ad solutionem urgeri possit, postquam amplexus voluntatem defuncti legatariis stipulantibus præstare relicta promisit, l. si veritas 23. C. de fideicommissis, si denique efficax & obligatoria sit promissio solvendi integra legata, licet non ultra dodrantem ob intervenientem legis Falcidiæ rationem potuissent peti, quoties apparet, heredem plenam voluisse fidem testatori exhibere, ac voluntatem ejus sequi, l. ult. C. ad leg. Falcid. arg. l. patrem 19. l. 20. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit. nulla sane videtur subesse ratio sufficiens, cur non & constituto eorum, quæ imperfecta fuerant voluntate relicta, similem tribuamus obligandi potestatem: præsertim cum in aperto sit, prætorem æquitate rei motum, suo quoque edicto non raro imperfectas sustinuisse ac confirmasse voluntates, data secundum tabulas bonorum possessione, l. posthumus 12. ff. de injust. rupt. irrito testam. §. non tamen 6. inst. quib. mod. testam. infirm. tot. t. ff. de bonor. possess. secund. tab. Nam quod objicitur, nullam hic naturalem subesse obligationem, quam constitutum prærequirit, id vero gratis assumitur, tunc saltem, cum heredi comperta satis est defuncti voluntas, dum vel ei condendæ ipse interfuit, vel ita perspectam habet testium, intra numerum solemnem aut sine subscriptione vel signatione adhibitorum fidem atque integritatem, ut de veritate eorum, quæ per illos asseruntur defuncto placuisse, dubitare secum haud sustineat, arg. §. ult. inst. de fideicom. hered. l. ult. C. de fideicommissis, Fachineus controv. lib. 4. cap. 5. Jul. Clarus §. testamentum quæst. 90. etsi non omnem juris effectum, naturalibus alioquin obligationibus per leges tributum, hæc sortiatur, ac propterea soluta per errorem ex imperfecto testamento legata vel fideicommissa repeti possint indebiti condictione, l. fideicommissum 7. C. de condict. indeb. quemadmodum id etiam in obligatione, quam pupillus sine tutoris auctoritate promittendo contraxit, contingit, l. quod pupillus 41. ff. de condict. indeb. qualem tamen pupilli obligationem novari, in constitutum deduci, fidejussores ac pignora admittere, extra dubium est.

6. Sed nec refert, purum sit debitum quod constituitur, an ex conditione dieve certo vel incerto suspensum; & quamvis pro debito in diem vel sub conditione fidejussor pure inutiliter fidejubeat, nec ullatenus obligetur, §. *fidejussores* 5. *instit. de fidejussor.* aliter tamen in constituto servatur, ubi eum, qui ex certo die debet, si se die citeriore soluturum constituat, teneri Paulus libro vicesimo nono ad edictum adnotavit, *l. quod si* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.* non ita, ut constituens cum effectu maturius conveniri posset; sic enim durior foret accessoria obligatio, quam principalis, contra *l. Grace* 8. §. *illud* 7. *ff. de fidejuss.* sed magis, ut tunc demum, cum appositus obligationi principali dies extiterit, ex constituto cum eo agatur: eo quod ex eodem Paulo in iisdem ad edictum libris discimus, id quod sub conditione debetur, sive pure sive certo die constituatur, eadem conditione suspendi; ut, existente conditione, teneatur; deficiente, utraque actio depereat, *l. id, quod sub.* 19. *pr. ff. h. t.*

7. Simili ratione, si centum debens, ducenta constituat, in centum tantum tenebitur, quia ea pecunia debita est, & quod supra eam quantitatem solutum ex constituto fuerit, condici posset tanquam indebitum; nisi sciens prudensque plus constituisset & solvisset, quia tunc ratione ejus, quod principale debitum excedit, non alia quam donationis conjectura capi potest, *l. bactenus* 11. §. 1. *ff. h. t.* junct. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris*, *l. Campanus* 47. *ff. de operis libertor.* Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 32. *n.* 6. Dissent. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 10. Sed &, si decem debeantur, & *decem & Stichum* quis constituat, potest dici, in decem tantummodo eum teneri, *l. sed & si* 12. *ff. h. t.* Quibus porro & illud consentaneum est, eum, qui & sortem, & usuras quæ non debeantur, constituit, in sortem duntaxat ex constituto teneri, *l. bactenus* 11. §. 1. *in fine ff. h. t.* atque ita de usuris ex præcedente obligatione non debitis accipiendum Marcelli responsum in *l. Titius Sejo* 24. *ff. h. t.* uti ex adverso de usuris debitis Scævola in *l. quidem* 26. *ff. h. t.*

8. Quod si is debeat, qui ab hostibus captus est, hoc quoque constitui ab alio, nihil impedit, cum maneat obligatio non obstante captivitate; sive enim captivus postea revertatur, atque ita jure postliminii fingatur in urbe perpetuo fuisse, ipse tempore constituti celebrati debitor erat: sive contra apud hostes decesserit, ex legis Corneliæ fictione primo captivitatis momento pro mortuo habitus, etiam ex eo tempore heredes habuisse fingitur, ex captivi, quasi defuncti, capite tunc, cum constituebatur, obligatos; sic ut non defuerit eo casu obligatio principalis, *l. bactenus* 11. *ff. h. t.* Alia debitoris deportati causa est; pro cujus debito, quod deportatione vetustius est, alius neque constituere neque fidejubere potest; quia tota obligatio contra eum, nec postliminii nec legis Corneliæ fictione juvandum, extincta est; bonis ejus omnibus una cum oneribus in fiscum translatis, *l. si debitori* 47. *ff. de fidejussoribus*.

9. Ubi ergo in universum deficit principale debitum, non valet constitutum, nec erronea constituentis confessio ei nocet, *l. eum, qui* 5. §. *quod exigimus* 2. *l. ult. ff. h. t. l.* 2. *C. h. t.* arg. *l. si quis*, *postquam* 37. *ff. de fidejussor.* Ut tamen sufficiat ad constituti validitatem, quod subfuerit principalis obligatio tempore constituti, licet post evanuerit, antequam existeret conditio apposita, vel dies, quo quis constituerat se soluturum; quia retrorsum se hæc actio refert; veluti, si quis constituerit, se pœnam ex injuriæ rapinæ aut alterius similis delicti obligatione temporali seu annali debitam soluturum post triennium, aut sub conditione demum post annum existente, *l. item illa* 18. §. *quod adjicitur* 1. *ff. h. t.* Neque etiam requisitum illud principalis debiti impedit, quo minus debitor constituat, se in debiti illius securitatem fidejussores aut pignora daturum, licet ad neutrum ante obstrictus esset, *l. qui autem* 14. §. 1. 2. *ff. h. t.* Et tamen, sortem debens non recte constituit usuras principaliter non debitas, *l. bactenus* 11. §. 1. *l. Titius Sejo* 24. *ff. h. t.* Si quæras, quorsum hæc tam varie? meminisse oportet, accessorias obligationes in duriorem quidem causam inutiliter concipi, *l. Grace* 8. §. *illud* 7. *ff. de fidejussor.* duriorem vero causam esse, si quis augeat sortis debitum additamento usurarum, arg. *d. l.* 11. §. 1. junct. *l.* 12. *ff. h. t.* Sed jura non intercedere, quominus accessoria obligatio vinculo arctiore aut fortiore, quam principalis, adstringatur; ita fidejussorem vel constitutorem pro debito naturali intervenientem efficaci actione ex stipulatu vel de constituta pecunia ad solutionem compelli posse, dum principalis, qui tantum natura debitor est, nulla potest actione conveniri. Cum ergo per fidejussoris aut pignoris dationem etiam obligatio non augeatur, sed tantum magis in tuto collocetur (uti ex adverso per pignoris remissionem debitum non minuitur, *l.* 1. §. 1. *ff. de liberat. legata*, arg. *l.* 1. §. 1. *ff. quibus mod. pig. vel hypoth. solv.*) consequens erat, eum, qui fidejussores aut pignora pro debito principali se daturum constituerat, eo ipso in duriorem causam non esse obligatum; uti quidem obligaretur, qui constitueret non debitas ex negotio principali usuras.

10. Quin & amplius, præsupposito principali debito, necesse non est, ut eidem, cui ab initio debitum, constituatur: nam & id, quod Titio debebatur, Mævio recte constitui ex Titii voluntate, ante dictum est: & quod Titius sibi aut Mævio dari stipulatus erat, quodve Titio & Mævio tanquam duobus credendi reis promissum erat, soli deinceps Titio constitui, subducta Mævii adjecti vel correi persona, nihil vetat, *l. si vero mihi* 8. *in fin. l.* 9. & 10. *ff. h. t.* adeo ut debitor deinceps adjecto vel alteri credendi reo solvens non liberetur, sed Titio teneatur, repetiturus id, quod adjecto vel correo solvit, per indebiti condictionem; quia loco ejus, cui jam solutum est, is haberi debet, cui constitutum est, *d. l.* 8. 9. 10. *ff. h. t.* Nec secum pugnat Paulus JCtus in *l. si ita stipulatus sim.* 59. *ff. de solution.* cum intersit, utrum debitor constituerit *se soli Titio* soluturum, an vero, cum prius Titio promisisset se Titio aut Mævio soluturum, postea Titio simpliciter constituat, *se Titio soluturum*; priori enim casu, quo se *soli Titio* soluturum constituit, revocatum censetur mandatum, de solutione adjecto facienda, & de eo agit *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.* posteriore casu videri non potuit revocatum mandatum, nec exclusa adjecti persona ad solutionem recipiendam, sed magis simpliciter repetita in gratiam Titii obli-

gatio, quæ ante suberat, ac soli Titio non autem adjecto fuerat ex priore stipulatione quæsita. Sed nec requiritur, ut præcise constituatur, idem solvi, quod debitum est; sed cum forte Stichus aut Pamphilus deberetur, solus Stichus in constitutum deduci potest, *l. illud aut illud* 25. *ff. h. t.* Et quemadmodum aliud pro alio volenti creditori recte solvitur, ita & aliud pro debito, pro pecunia frumentum, constitui, nihil prohibet, *l.* 1. *§. an potest* 5. *ff. h. t.* Aliter quam in fidejussione receptum est; in qua in aliam rem, quam quæ credita est, (veluti in frumentum, cum pecunia deberetur) fidejussor non obligatur, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus*, forte, quia naturalem æquitatem magis in constituto considerari prætor voluit, quam juris civilis apices ac scrupolositates fere nimias, in fidejussione ac stipulationibus generaliter probatas.

11. Ex constituto nascitur honorario jure actio de constituta pecunia, perpetua, licet olim quibusdam casibus annalis esset, *l.* 2. *C. h. t.* competens ei, cui constitutum est, & heredi, nec non utiliter pupillo, adolescenti, furioso, aut municipio, cujus tutoribus, curatoribus, actoribusve promissum erat ex constituto, quod ipsi erat debitum, *d. l. eum, qui* 5. *§. si actori* 6. *ff. h. t.* Contra constituentem & heredem ejus. Si plures constituerint, divisionis beneficio locus est, si unus eorum in solidum conveniatur, exemplo fidejussorum, *l. ult. C. h. t.* Neostadius *Cur. supr. decis.* 97. Nec dubitandum videtur, quin & ad exemplum fidejussionis ac tutelæ administratæ in constituto beneficium cedendarum actionum admittendum sit; uti & ordinis seu excussionis, quoties quis non proprium sed alienum debitum constituit, arg. *novell.* 4. *c.* 1. *l. ult. Cod. de divid. tutela*, *l. Modestinus* 76. *ff. de solutionibus*, Pyrrhus Maurus *de fidejussor. partis secundæ princip. sect.* 6. *cap.* 3. *num.* 6. & *cap.* 5. *num.* 16. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 28. *n.* 1. Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. numer.* 5. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 13. *defin.* 1. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 21. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 32. *thes.* 19. 20. Perezius *Cod h. t. n. qui se pro alio* 14. licet etiam habiturus sit ad fidejussorum similitudinem actionem mandati vel negotiorum gestorum adversus principalem, pro quo constituit, ac satisfecit, arg. *§. si quid autem* 6. *Instit. de fidejussor. l. ex mandato* 20. *§.* 1. *ff. mandati*. Si quis in constituendo dixerit, *a se & Titio dari*, pro parte dimidia; sin, *a se aut Titio dari*, in solidum tenetur: nullo vero modo obligatur, si impersonaliter (ut loquuntur) dicat, *satisfiet*, *auth. si quando C. h. t.* quamvis aliud in stipulatione servetur; in qua, cum præcedat solemnis interrogatio, facilius etiam verbi istius *satisfiet* applicatio fieri potest, quam ubi interrogatio haud antecessit, ut accidit in constituto, arg. *l.* 1. *§. si quis ita* 2. *ff. de verb. obligat.* Groenewegen *ad d. auth. si quando C. h. t.* Perecius *C. h. t. n.* 4.

12. Agitur autem hac actione ad id, quod constitutum seu promissum est; indultis tamen modicis ad solvendum induciis, non minoribus quam decem dierum, ut exactio celebretur, etiamsi sine die constitutum sit, *l. promissor Stichi* 21. *§. si sine* 1. *ff. h. t.* ut tamen liberetur constituens, si sine mora aut culpa debitoris res perierit, aut casu impeditum sit facti constituti implementum, *l. qui autem* 14. *§. sed & si* 2. *l. si duo* 16. *§. ergo ff. h. t.* Estque singulare in constituto, quod, si creditor tempore faciendæ solutionis in mora fuerit acceptandi totum debitum oblatum, vel etiam ante aut post diem constituto appositum acceptare recusaverit, nullam habens probabilem recusandi causam, postmodum ultra nequeat hac de constituta pecunia actione experiri, sed sola principalis obligatio ei deinceps supersit; cum alioquin mora prior per posteriorem purgetur, *l. qui duo* 16. *§. ult. l.* 17. *l.* 18. *pr. ff. h. t.* Beulkelman *ad Pandect. h. t. num.* 9. Prætor scilicet sibi visus fuit satis invigilasse ac favisse tuitioni fidei datæ, quam fallere grave putabat, si suo edicto jussisset implementum ejus, & debitor edicto parens, secundum fidem interpositam paratus fuisset promissa præstare; nec amplius deinde post moram creditoris tantam deprehendere potuit æquitatis rationem, ut præter jus civile remedium accommodaret ei, qui propriæ debebat moræ imputare, quod non haberet, quæ sibi licuerat edicti prætorii beneficio oblata habere: & non potius eundem ad merum remitteret jus civile, quo ante constituti interpositionem adversarium suum sibi tenuerat devinctum. Advertendum enim, nullam constituto novationem fieri, sed obligationi priori aliam ex constituto accedere, & si quis pro alio constituat, adhuc eum, pro quo intervenit, manere obligatum, perinde ut in fidejussione, *l. ubi quis* 28. *ff. h. t. l. si filiusfamilias* 15. *ff. de in rem verso*, *l. curatores* 3. *§. in eum* 2. *ff. de administr. rer. ad civit. pertin.* Perezius *C. h. t. nu. ult.* Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 32. *num.* 12. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disp.* 27. *nu.* 1. Usque adeo, ut ne per incentatam quidem seu contestatam hanc de constituta pecunia actionem, prior obligatio evanescat, sed demum per solutionem, *l. item illa* 18. *§. ult. ff. h. t.* nec careat competentiæ beneficio hac conventus actione, qui ex priore obligatione ad solvendum compulsus eo opposito se potuisset tueri, *l. quod si maritus* 3. *pr. ff. h. t. l. qui id, quod* 33. *ff. de donationibus*.

13. Quia vero constituto æque ac aliis conventionibus locus addi potest, sive principali debito inveniatur appositus, sive non, *l. eum, qui* 5. *l. si duo* 16. *§. ff. h. t.* operæ pretium fuerit, distinctionibus adhibitis definire, quis constituti effectus sit, si legatus municipii constituerit quod ante legationem debebat; adeoque, quo tempore, quove in loco actione hac de constituta pecunia queat conveniri. Aut enim ante legationem Romæ obeundam adhuc in provincia existens, simpliciter constituit, *se soluturum*: aut 2. ante legationem constituit, *se Romæ soluturum*: aut 3. adhuc in provincia subsistens, constituit, *se tempore legationis Romæ soluturum*: aut 4. Romæ legationis caussam jam degens simpliciter *se soluturum* constituit sine loci vel temporis adjectione: aut denique 5. Romæ legatione jam fungens, constituit, *se Romæ soluturum*. Primo casu, cum nempe ante legationem simpliciter constituit, *se soluturum*, non potest Romæ legationis tempore conveniri; quia nec id actum, ut Romæ, nec ut legationis tempore solvat, arg. *l. cum quæritur* 3. *ff. de legationibus*. Sed nec in secundo casu, quando in provincia constituit *se Romæ soluturum*, legationis causa postea Romæ existens, ibidem tempore legationis hanc pati tenetur actionem, *l. eum, qui* 5.

§. *Julianus* 1. *in med. ff. h. t.* (ubi pro *sed* & *si*, legendum, *sed si* cum Haloandro & aliis) idque ex ratione, quia nec hic id actum fuit ut legationis tempore solutio fiat; quod exigit *d. l.* 3. *ff. de legationibus*. Tertio vero casu, ubi in provincia constituerat, *se tempore legationis Romæ soluturum*, recte legatione durante Romæ ad solutionem compellitur; eo quod id ita nominatim actum erat, *d. l.* 4. *ff. de legat.* Quarto casu, quo Romæ tempore legationis simpliciter sine loci aut temporis adjectione constituerat, *se soluturum quod in provincia debet*, non cogitur Romæ legationis tempore judicium pati secundum Gajum *l. si quis in legatione* 8. *ff. de judiciis*; iterum, quia id actum non erat, ut legationis tempore satisfierit, juxta *d. l.* 3. *ff. de legation.* Nec ei contrarius est Ulpianus in *d. l. eum, qui* 5. §. *Julianus* 1. *in pr. ff. h. t.* nam cum ait, *legatum Romæ constituentem, quod in provincia acceperat, conveniri debet*, intelligendus est de legato Romæ constituente, se Romæ soluturum; idque propter oppositum isti casui casum alterum in verbis sequentibus, *sed si, cum non Romæ esset, sed in provincia adhuc, constituat se Romæ soluturum*; cum oppositorum eadem esse ratio debeat & eædem qualitates. Non etiam repugnat Papinianus, qui legatum Romæ fidejubentem ait non uturum privilegio, *l. cum furiosus* 39. §. *ff.* 1. *de judiciis*, differentiæ enim ratio in eo est, quod non ita rigide agendum cum eo fuerit, cum quo ex sola æquitate prætoria actio ex pacto erat, qualis est constituens, atque quidem cum fidejussore, qui ipso jure civili ex contractu stipulationis tenebatur. Quinto denique casu propter expressam conventionem iterum expedita est, legatum scilicet tempore legationis hanc cogendum subire actionem, *d. l.* 3. *ff. de legation.*

14. Ceterum hodie constituti & stipulationis eadem vis est, ex quo placuit ex pacto serio prolato actionem dari; unde & pro alio constituens, effectu a fidejussore non differt. Gudelinus *de jure noviss. libr.* 3. *cap.* 11. *vers. fidejussores*, Groenewegen *ad rubr. C. h. t.* parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 8. *Instit. de action. num.* 5.

TITULUS VI.

Commodati vel contra.

SUMMARIA.

1. *Quomodo commodatum differat a precario, locatione, usufructu, usu, pignore cum pacto antichresios. Quales res commodato dari possint? an aliena, furtiva, vi possessa?*
2. *Quid sit directa actio commodati? datur & furi ac prædoni. Quid si cum his concurrat verus dominus? Quid, si quis rem alienam commodato dederit ea lege, ut illa domino reddatur?*
3. *Datur contra commodatarium. An, & quatenus contra pupillum, qui sine tutore commodatum accepit? An & quando singuli in solidum, aut pro parte, conveniri possint, si plures sint commodatarii, vel plures unius commodatarii heredes?*
4. *Ad quid teneatur commodatarius? Quid si res perierit aut deterior sit reddita, quam culpam præstet? Quid si orto incendio, aut casu alio, cum posset commodatas res salvas facere, suas prætulerit? Quid si is, qui tric inium sternebat, argentum commodaverit, & id negligentius a commodatario custoditum perierit?*
5. *Non tenetur de casu fortuito. Casus fortuitus & tunc est, cum res deterior fit ipso illo usu, ad quem concessa; vel facto tertii; nisi ipse potuisset rem custodire; vel ipse sua culpa tertium concitaverit; vel factum commodatarii sit.*
6. *An commodatarius teneatur commodanti ex culpa nuncii, per quem commodatum restituit?*
7. *Cessat directa actio, si commodans culpam remiserit, vel deteriorem receperit sine protestatione, cum deterioratio patens esset.*
8. *Contraria commodati actio ad quid tendat? si commodatarius ob rem amissam præstiterit æstimationem ejus, & postea res in potestatem commodantis redierit, an res an æstimatio reddenda sit, & cui hic electio competat?*
9. *Petitur & id quod interest, usum ante tempus non esse ablatum, licet commodans doceat, se re ex nova causa ad proprios usus indigere. Quando fieri possit repetitio commodati, si illud sine modi & temporis adjectione concessum sit?*
10. *Jure compensationis commodatarius consequi potest quod contrario petitur judicio, si termini habiles compensationis sint. An corpora ipsa commodata retineri possint, donec impensæ in ea factæ restitutæ fuerint, jure civili & hodierno?*

1. Commodatum est contractus bonæ fidei, re constans, quo res alteri gratis ad certum tempus & modum utenda traditur ea lege, ut finito tempore vel usu, restituatur in specie. In precario quidem, & locatione, & usufructu, & usu & pignore cum pacto antichresios, rem etiam ad usum concedi palam est; sed diversimode, dum in locatione & antichresi non gratis, in precario non ad certum tempus, in usufructu non per contractum tantum, sed & per ultimam voluntatem & legis dispositionem, alteri tribuitur utendi jus. Commodato autem dari possunt res mobiles, immobiles, incorporales, velut habitatio, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* & prædiales servitutes, arg. *l. veluti* 3. & *l. habet* 15. §. *precario* 2. *ff. de precario.* Adde *t. de usu & habit. num.* 6. Non tamen res fungibiles, quæ usu consumuntur, nisi dicis gratia, ad pompam forte vel ostentationem, *l. sed mihi videtur* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.* De cetero nihil interest, an propriæ sint ejus qui commodato concedit, an alienæ; cum enim dominium non transeat ex commodato, sed sola naturalis possessio seu detentio & usus, *l. rei commodatæ* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* sequitur, non modo dominos, sed & fructuarios, & alios quosvis, qui rei utendæ jus habent, nec usum istum in alios transferre legibus prohibeatur, posse commodato dare; sic ut nec verus dominus tunc usum istum avocare queat, quamdiu durat concedentis jus, arg. *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Plane prædones etiam ac fures posse rem furtivam aut vi raptam aliis commodare, dubium non est, at non ita, ut domino præjudicent, quo minus ille ante tempus vel usum finitum rem suam vindicet, quin & furti actionem aut condictionem furtivam commodatario moveat, si is, sciens rem furtivam esse, eandem ex commo-

dati titulo suscepit ac contractavit, *l. si servus* 14. *l.* 15. *l.* 16. *ff. h. t.*

2. Nascitur ex hoc contractu commodati actio directa & contraria. Directa datur commodanti, etiam furi vel prædoni: tametsi enim his pœnalis furti actio, meram pœnæ persecutionem continens, denegata est, ne ex sua improbitate lucrum sentiant, *l. itaque* 12. §. 1. *ff. de furtis*, tamen hæc rei persecutoria danda fuit; cum eorum intersit rem sibi restitui, quo suis eam dominis reddant, *d. l.* 14. & 16. *ff. h. t.* Nisi cum ipsis, hac commodati actione agentibus, verus concurrat rei dominus rem suam vindicans; nam cum non alia de causa prædonibus hæc commodati actio detur, quam ut tandem eorum opera ad dominum res furtiva revertatur, his nullum jus in re habentibus, & ad rem ipsi domino reddendam devinctis, dominum vindicatione concurrentem postponi, iniquum foret, arg. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. depositi.* Quod si quis rem alienam ea lege commodato dederit, ut non sibi sed vero rei domino restituatur, jure quidem stricto nulla inde commodati actio domino rei nasci potuit; ob æquitatis tamen rationem, quæ rem domino reddi suadet, utilis concessa est, *l. pen. C. ad exhibendum.*

3. Convenitur hac actione directa commodatarius, & heres ejus: etiam pupillus, si tutore auctore commodatum receperit: etenim, si tutoris defuerit auctoritas, commodati actione non tenetur, quoniam ita nec constitit commodatum in pupilli persona, nisi quatenus inde locupletior factus est, secundum D. Pii rescriptum, *l.* 1. §. *ult. l.* 3. *pr. ff. h. t.* usque adeo, ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione conveniri nequeat, quia ab initio non constitit, *d. l.* 1. §. *ult. in fine ff. h. t.* Unde tamen perperam educitur, nullam ergo ob dolum post pubertatem commissum actionem dari. Cum enim inficias iri nequeat, quin post pubertatem ita rem sine titulo justo tenens, nec domino restituens, pro possessore possideat, dubium vix esse potest, quin, si rem ita commodatam dolo malo possidere desierit, ad exhibendum actione & rei vendicatione conveniri possit, dum dolus pro possessione est, *l. in autem* 37. §. *sed & it* 3. *ff. de rei vind. l. Celsus scribit* 5. §. *idem Julianus* 2. *l. si vir* 11. *ff. ad exhibend. l. qui dolo* 131. *l. ad ea, quæ* 157. §. 1. *ff. de reg. jur.* sed & ex lege Aquilia, si dolo vel culpa reddiderit deteriorem, arg. *l. si quis hominem* 17. *ff. ad exhibendum*, cum ætas minores legis Aquiliæ actioni non subducat, uti nec aliis ex delicto descendentibus, sed ad id unum proficere possit, ut restituantur, si ex ea lege conventi sese dupli pœnæ per inficiationem reddiderint obnoxios, *l. si ex causa* 9. §. *nunc videndum* 2. *ff. de minorib. viginti quinque ann.* Si pluribus simul res commodata sit, contra singulos in solidum actio hæc datur, nisi aliud ab initio placuerit; uti placuit, dum convenit, ut res esset commodata pluribus *communi periculo*, idest, ut unusquisque partem præstaret, *l. rem mibi* 21. §. 1. *ff. h. t.* Pacius *enant. cent.* 4. *num.* 41. Tali ergo deficiente conventione, singuli in solidum obstricti sunt, sic ut duo quodammodo rei habeantur, & si alter conventus præstiterit, liberetur alter electione commodanti tributa, quem convenire velit, *l. si, ut certo* 5. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. in duobus* 3. *l. reos promittendi* 11. *ff. de duob. reis constituend.* Cujacius *lib.* 26. *observ.* 26. nisi unus solus pro re commodata, sibi furto subducta, furti egerit, permittente secundum jus novissimum commodante & furti actioni renunciante: tunc enim, si alter conveniatur, qui furti non egit, & paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, audiendus ac absolvendus est, *l. unde quæritur* 7. *pr. ff. h. t.* Quin &, si unus ex duobus ejusdem rei commodatariis solus rei in solidum restituendæ facultatem habeat, alterum de rei ipsius restitutione conveniri, æquum non est: nam & cum plures ejusdem commodatarii heredes sunt, unus autem eorum rem totam possidet, atque ita solidæ rei restituendæ facultatem habet, solus in id damnari debet, quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat; uti & tunc, cum unus eorum non ex defuncti, sed proprio facto, hac actione interpellatur: licet alioquin ita jus sit, ut heredes ejus, qui commodatum accepit, singuli pro ea tantum parte, qua heredes sunt, conveniendi sint, *l. sed mibi* 3. §. *heredes* 3. *l. in commodato* 17. §. *si ex facto* 2. *ff. h. t.* Quod si filiofamilias aut servo commodatum sit, contra patrem vel dominum de peculio actio est; cum ipso filiof. etiam hæc commodati, *l. sed mibi* 3. §. *filiof.* 4. *ff. h. t.*

4. Tendit hæc actio directa ad id, ut restituantur res commodatæ cum accessionibus; adeo ut, si equum tibi commodato dedi, quam pullus comitabatur, etiam pulli te custodiam præstare, atque ita eum quoque cum equa reddere debere obtinuerit, *l. si, ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *ff. h. t.* Non tamen ad furti pœnam, si commodatarius furtum in re commodata passus, duplum aut quadruplum a fure per actionem furti consecutus sit, *l. ult.* §. *sed cum* 3. *Cod. de furtis & servo corrup.* Duabus rebus commodatis, recte de una restituenda agitur, si modo commode separari possint: nam eum, qui carrucam vel lecticam commodavit, non recte de singulis partibus acturum, responsum est, *l. in commodato* 17. §. *pen. ff. h. t.* Si res perierit, præstanda æstimatio ejus; adeo ut ob dolum commodatarii non restituentis etiam in litem jusjurandum deferri possit, *l. sed mibi* 3. §. *in hac* 2. *ff. h. t.* ob culpam nudæ æstimationis, & ejus quod interest, condemnatio sequatur, *l. in commodato* 17. §. *ult. ff. h. t.* quod & placuit, si res deterior reddita sit, *d. l. sed mibi* 3. §. *si reddita* 1. *ff. h. t.* aut alio, quam convento loco & tempore restituatur, *d. l. si, ut certo* 5. *pr. ff. h. t.* Culpam sane omnem a commodatario ex commodati natura præstari oportet, nisi aliud actum sit: aut nisi contrahentis utriusque, vel solius commodantis utilitas in commodato vertatur: tunc enim illo quidem casu de sola levi, hoc vero de sola lata culpa ac dolo commodatarium teneri, certum est, & exemplis docetur in *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. & §. *interdum* 10. *l. in rebus* 18. *ff. h. t.* §. 2. *Inst. quib. mod. re contrah. obligat.* Culpæ vero & illud adscribendum est, si quis, cum & propriis & commodatis rebus a vi latronum, incendio, ruina, naufragio, tumultu, damnum immineret, ac posset res commodatas salvas facere, suas prætulerit, *l. si, ut certo* 5. §. *quod vero senectute* 4. *ff. h. t.* arg. *l. tutor secundum* 13. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* non enim salva fide minorem rebus alienis suæ fidei commissis, veluti depositis multoque magis

commodatis, diligentiam quis præstat, quam suis, *l. quod Nerva* 32. *ff. depositi, cap.* 2. *extra de deposito.* Imo, in commodatis commodatarium exactiorem præstare debere diligentiam, quam in suis, Paulus notat, *l. custodiam* 3. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Cumque inter magis & minus pretiosas lex non distinguat, nec nostrum erit in hisce distinctionem adhibere. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 10. *num.* 15. diss. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 12. Wissenbach. *ad Pand. t. depositi, vol.* 1. *disp.* 31. *num.* 26. Sed & culpæ merito adnumeraveris, si per negligentiorem rei commodatæ custodiam res illa perierit; etiamsi ipse commodans circa applicandum rei commodatæ usum suam ipse commodatario operam ac ministerium præstitisset. Qua ratione in nobili facti specie ab Ulpiano responsum fuit, si de me petiisses, ut triclinium tibi sternerem, & argentum ad ministerium præberem, & fecero; deinde petiisses, ut idem sequenti die facerem, & cum commode argentum domi referre non possem, ibi hoc reliquero & perierit, custodiam eum debere præstare penes quem res relictæ erant, nisi aliud nominatim convenerit, *l. si, ut certo* 5. *§. fide me* 14 *ff. h. t.*

5. Casum fortuitum in re aliena uti nemo ex contractu præstare solet, ita nec commodatarius, nisi ita convenerit; vel forte rem æstimatam commodato receperit ea lege, ut aut rem commodatam restitueret, aut æstimationem ejus; vel culpa quædam commodatarii præcesserit, quæ casui subsecuta causam dedit, *d. l.* 5. *§.* 3. 4. 7. *ff. h. t. d. §.* 2. *Inst. quib. mod. re contrah. oblig. l.* 1. *C. h. t.* Accensendum autem casui fortuito tum illud, quod res deterior reddita sit ex eo usu, ad quem concessa; cum sit, quod sibi imputet commodans, quod verbigratia equum in tam longum iter commodaverit, qui eum laborem sine deterioratione sustinere non potuit, *l. eum, qui* 10. *pr. l. ult. ff. h. t.* tum etiam factum tertii, dum is forte rem commodatam citra commodatarii culpam nullo jure retinet; veluti si res ad id commodata sit, ut per commodatarium pignori daretur creditori ejus, & creditor repignorationem seu luitionem pignoris non patiatur, quo posset commodanti restitui, vel debito jam soluto reddere detrectet; tunc enim commodatarius liberari potest cedendo suas actiones commodanti contra creditorem, commodatum tenentem: ita tamen, ut sumtum istius litis, cæteraque impendia similia agnoscere debeat, qui commodatum accepit, *l. si, ut certo* 5. *§. rem sibi dedi* 12. *ff. h. t.* Sed & si tertius rem commodatam corruperit ac deteriorem reddiderit, non commodatarii sed commodantis domini damnum est, nisi commodatarius ipse rem potuisset custodire, ne damnum ei per tertium inferretur, *l. ad eos* 19. *ff. h. t.* junct. *l. sed de damno* 41. *ff. locati, l. si ut certo* 5. *§. si me rogaveris* 13. *ff. h. t.* (ad quam vide Ant. Fabrum in rational.) vel nisi ipse sua culpa aut imprudentia præbuerit tertio damni dandi occasionem, arg. *l. lectos* 12. *l.* 13. *l.* 14. *ff. de peric. & commodo rei vend. l. si merces* 25. *§. culpæ* 4. *ff. locati.* Adde *t. de leg. Aquil.* vel denique ex pluribus commodatariis unus damnum rei commodatæ intulerit; ex illo enim unius facto non eum solum, sed & reliquos teneri placuit, regressum habituros, actione sibi per commodantem cessa, adversus eum, qui damnum dedit, *l. unde quæritur* 7. *§.* 1. *ff. h. t.* quia plures ejusdem rei commodatarii quodammodo correi habentur, *l. si, ut certo* 5. *§. ult. ff. h. t.* factum autem unius correi alteri nocet, *l. pen. ff. de duob. reis constituendis.*

6. Unde dubitatum, an & ex culpa nuncii per quem commodati restitutio fit, commodatarius commodanti teneatur? Si ipse nuncii operam elegerit, vel alius sese mandato commodantis de re recipienda instructum finxerit, & commodatario nimis credulo persuaserit, est quod commodatarius suæ imprudentiæ in eligendo nuncii ministerio, vel credulitati nimiæ imputet, si alter corruperit rem, aut cum ea in fugam sese dederit; etsi forte is vere commodantis famulus, aut aliter ei a ministeriis fuisset, vel etiam gratia commonendi, ut referretur res commodata, missus esset. Si vero commodans mandaverit, per quem res a commodatario remittenda sit, periculum omne commodantis foret, *l. eum, qui* 10 *§.* 1. *l.* 11. *l.* 12. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* arg. *l. unic. §. servi vero* 5. *ff. furti adversus nautas, l. apud Labeonem* 20. *§. ult. ff. de præscript. verbis, l. cuicunque* 5. *§. idem Labeo* 9. *ff. de institor. act.* Plane, si quis rem sibi commodatam tam idoneo servo suo, vel commodantis, tradidisset ad commodantem perferendam, ut non debuerit quis æstimare, futurum, ut a quibusdam malis hominibus deciperetur, non commodatarii, sed commodantis detrimentum fore, si eam mali homines intercepissent, Juliano placuit, *l. argentum* 20. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 20. *§. ult. ff. de præscriptis verbis*, si modo perferentis ipsius malitia aut culpa notabilis conjuncta non sit, Vide Berlichium *conclus. practicab. part.* 5. *concl.* 58. *n.* 25. 26. 27. Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. Carpzovium *defin. for. part.* 5. *constit.* 41. *defin.* 12. 13. Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 13. Ant. Matthæum *de oblig. disp.* 10. *n.* 14. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 32.

7. Cessat tamen hæc actio, si commodato dans culpam in re commodata commissam remiserit: quam & tacite remisisse præsumendus est, si rem commodatam culpa commodatarii deterioratam receperit sine deteriorationis æstimatione, nec de eo protestatus sit: dummodo depretiatio patens fuerit, atque adeo potuerit recipienti nota esse: secus, si latens: argumento eorum, quæ de latente vel patente vitio tractantur, *t. ff. ædilit. edicto*, Anton. Matthæus *de obligat. d. disput.* 10. *n.* 11. Wissenbach *ad Pand. h. t. vol.* 1. *disput.* 27. *n.* 13.

8. Contraria commodati actio commodatario datur, adversus commodantem ad id, quod ei abest ex vitio rei commodatæ, dum servus, qui fur erat, aut dolia mucida, quibus vinum corruptum, a sciente ad usum concessa sunt, *l. in commodato* 17. *§. sicut* 3. *l. in rebus* 18. *§. item qui sciens* 3. *l. pen. ff. h. t. l. sed addes* 19. *§.* 1. *in fine ff. locati.* Confer Hug. Grotium *manud. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 17. *& seqq.* Ut & ad impensas graviores in rem commodatam factas non modicas; quippe quas cum usu commodatarius pensare, & ipse ferre debet, *d. l. in rebus* 18. *§. possunt* 2. *ff. h. t.* Præterea ad pretium recuperandum, quod commodatarius commodanti rei amissæ loco præstiterat, si ea postmodum in commodantis reversa sit potestatem; aut ad rem ipsam velut ex titulo emptionis tradendam; cum litis æstimatio similis sit emtioni, *l. in commodato* 17.

§. *ult. ff. h. t.* junct. *l. litis aestimatio* 3. *ff. pro emtore*, sic ut ipsius commodantis, hac actione alternatim instituenda conventi, electio sit, utrum rem commodatario praestare malit, an id, quod accepit, reddere *d. l.* 17. §. *ult.* Ut tamen in commodatarii potestate sit hanc commodanti tollere eligendi facultatem, dum non hac, sed aliis actionibus a jure sibi concessis, adversus commodantem experitur. Cum enim rei commodatae pretium post rem ad commodantem reversam sine causa penes eum sit, secundum jus commune patet commodatario condictio sine causa, non ad rem, sed pretium datum recuperandum, *l. si fullo* 2. *ff. de condict. sine causa*. Rursus, cum litis aestimatio secundum jam dicta emtioni similis sit, sic ut oblatam litis aestimationem suscipiens, rem offerentis faciat, velut emtione translatam, *l. si ut certo* 5. §. *si quis hac* 1. *ff. h. t.* utili rei vindicatione commodatario adversus commodantem experiundi potestas est, qua mota, non facile is audiendus est, si non rem, sed pecuniam, restituere velit, arg. *l. si culpa* 63. *ff. de rei vindic.* junct. *l. iudi positi* 12. *ff. de re judicata*.

9. Comparata denique etiam est haec actio contraria ad persequendum a commodante, id, quod interest commodatarii, si usus ei ante tempus sit ablatus, sive ab ipso commodante, sive ab extraneo, dum forte res aliena commodato data est sine domini voluntate, & is jure dominii sibi vindicavit usum rei suae, arg. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. locati*, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. t.* Nec commodantem, ante tempus aut usum finitum rem commodatam auferentem, excusat quod doceat, se re commodata ante tempus contractu definitum ex inopinata causa proprios in usus indigere. Id enim etsi in locatione probatum sit, *l. ade quam* 3. *C. de locato*, ad commodatum tamen trahendum non est: cum conductor, usu carens, mercedem vicissim retineat, atque ita levius damnum sentiat; at commodatarius per ablatum maturius gratuitum rei usum graviorem esset subiturus laesionem; ut proinde dispar ratio sit. Quod si ita res commodato concessa sit, ut neque modus, neque tempus certum, a commodante adjiceretur, ipse postea modum finemque utendi sua voluntate constituere non potest; sed potius arbitrio judicis aut viri boni definiendum, quo usque usus commodatario ex aequitate relinquendus sit; neque enim permittendum videtur commodanti, ut intempestive auferat rei commodatae usum, atque ita eveniat, decipi potius commodatarium, quam adjuvari beneficio commodati. Unde, si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; &, si feceris, contrario mihi judicio utiliter devinctus fores: nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad insulam fulciendam tigna commodasti, deinde protraxisti, *d. l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. h. t. l. Lucius Titius* 38. *ff. mandati*.

10. Ceterum haec omnia, quae commodatarius contrario petit judicio, etiam jure compensationis sibi servare potest, si vicissim ob damnum, in re commodata datum, commodanti quid debeat, atque ita inveniantur termini habiles compensationis, debita utrinque quantitate, *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. h. t.* Quamvis corporum ipsorum commodato concessorum retentionem exercere, & ita praetextu debiti restitutionem commodati recusare non possit, *l. ult. C. h. t.* Etsi enim olim jurisconsultis placuerit, pro impensis in rem commodatam factis, praecipue necessariis, commodatario competere rei ipsius retentionem, re quasi pignoris loco apud eum remanente donec impensae redderentur, *l. creditoris* 15. §. *ult. l. si is, qui rem* 59. *ff. de furtis*, eo modo, quo & dotis retentiones olim marito datae pro impensis in dotem factis, §. *item si de dote* 37. *Instit. de action. l. un.* §. *taceat* 5. *C. de rei uxor. act.* & creditori retentio pignoris, si quid in ejus conservationem necessario depensum esset, *l. si necessarias* 8. *ff. de pignorat. act.* bonae etiam fidei possessori, aliisque pluribus postea tamen Imperatoribus Diocletiano & Maximiano aequius justiusque visum fuit, praetextu cujuscunque debiti, absque ulla distinctione, restitutionem commodati non probabiliter recusari, atque adeo sufficere commodatario oportere contrariam commodati actionem, *d. l. ult. Cod. h. t.* Et sane perquam durum fuerit, commodanti, qui per commodati concessionem beneficium commodatario praestare intelligitur (juxta *l.* 17. §. 3. *ff. h. t.*) hanc referri beneficii accepti gratiam, ut quaesito impensarum factarum colore defraudaretur in posterum rerum suarum fruitione per retentionem ab eo factam, cui ulterius utendi jus non est. Quin &, quae rationes pro eo adducuntur, ne in deposito compensatio admittatur, etiam pro retentionis exclusione in causa commodati stringunt, dum non minus, imo magis fidem frangit, qui accepto ac finito beneficio non reddit, quod se restituturum promiserat, uti id in commodato contingeret, quam qui nullo accepto beneficio, sed potius praestito officio, declinat rei ex conventione reddendae restitutionem; quod in deposito fieret. Interim non desunt, qui putant, adhuc jure posteriori salvam esse commodatario, pro impensis necessariis retentionem commodati; & accipiunt *d. l. ult. C. h. t.* de debito extraneo; quod non occasione commodati, sed alia ex causa natum est; nec contrario commodati judicio exigi potest, uti post alios Vinnius *select. quaest. libr.* 1. *cap.* 51. *in med.* Sed vix est, ut verbis sine distinctione positis ea restrictio satis apte applicetur: praesertim considerata superius allegata ratione apparentis in commodati retentione iniquitatis. Plane hodiernis moribus commodatarium praetextu non modo impensarum in rem commodatam factarum, sed & debiti cujuscunque alterius velamento rem commodatam retinere posse, dubium non est, dum adhibita judiciali auctoritate cuique liberum est rem debitoris, quam possidet, sub se sistere ac penes se includere, quo aliud sibi debitum ab eo consequatur. Quamvis & verum sit, commodantem interposita cautione impetrare posse arresti laxationem, & rei commodatae restitutionem, Groenewegen ad *l. ult. C. h. t.*

TITULUS VII.

De Pignoratitia actione.

SUMMARIA.

1. *Quotuplex sit pignus, & quid sit contractus pignoris, quando expresso emtionis titulo tamen vere pignus sit? quae actiones inde nascantur?*

2. *Cui detur directa pignoratitia, an & furi vel prædoni, qui rem alienam pignori dedit?*
3. *Contra quos detur? an primo debitori contra secundum creditorem, cui pignus pignori datum? Quid si plures creditores simul pignus susceperint, vel plures unius creditoris heredes convenien-di sint?*
4. *Tendit ad restitutionem pignoris & accessionum. Quid si thesaurum invenerit in fundo pignorato? quid si pignoris surrepti furtum passus aut vim metumve, pœnam consecutus sit? Quid si pignus distraxerit, & pretium superfluum fœnori collocaverit, aut inde rem aliam emerit?*
5. *Præstanda per creditorem lata & levis culpa, non casus. An levissima, uti in commodato? Cui hic incumbat onus probandi culpam & casum?*
6. *Ut locus sit huic actioni, totum debitum debet solutum esse, aut eo nomine satisfactum. Quid si plures unius debitoris aut creditoris heredes sint, & singuli solverint vel singulis soluta sit sua pars? An sorte soluta, pignus pro usuris necdum solutis retineri possit?*
7. *Plenius adstruitur, juri luendi pignoris non posse præscribi ullo tempore.*
8. *Recensentur casus, quibus pignoratitia directa datur, licet creditori necdum solutum aut satisfactum sit.*
9. *Cogi non potest creditor ut pignus vendat, licet nunc pluris vendi possit, quam unquam postea, sed vendit tunc debitor; & si creditor tunc patiatur, rem emtori tradi & sibi de debito solvendo caveri, humanitatis id potius quam necessitatis est.*
10. *Quid sit actio contraria pignoratitia? de impensis necessariis & utilibus repetendis, & pignore pro necessariis retinendo. De damno, quod creditor ex pignore passus est, reparando; & præstando eo quod interest ex variis causis.*
11. *Actio pignoratitia directa & contraria etiam in hypothecis locum habet, ex quo creditor per actionem hypothecariam nactus est hypothecæ possessionem.*

1. QUintuplex in jure nostro pignus occurrit, puta, conventionale, legale, prætorium, judiciale, ac testamentarium. Conventionale vel mediante traditione contrahitur, vel nuda conventione seu pacto per prætorem confirmato, *l.* 1. *ff. h. t.* Quod traditione perficitur, est contractus bonæ fidei re constans, quo creditori res traditur in securitatem crediti, ea lege, ut soluto debito, vel alia satisfactione interveniente, eadem in specie restituatur: uti plenius tradunt interpretes ad §. *ult. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio*, qualis contractus pignoris, licet subinde per contrahentes veletur emtionis titulo vel dationis in solutum, non tamen ideo minus pignus manet, quoties circumstantiæ concurrentes id suadent, ut Responsum ab Hugone Grotio Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 177. Cum autem hoc loco pignus non consideretur, quatenus inde nasci solet creditori jus in re & actio hypothecaria, sed tantum tanquam causa actiones in personam, pignoratitiæ scilicet directæ & contrariæ; consultum erit, omnem de pignoribus & hypothecis tractationem rejicere in librum vicesimum Pandectarum, velut propriam istius materiæ sedem, nec aliud hoc loco excutere, præter ipsam personalem, tum directam tum contrariam, pignoratitiam actionem.

2. Directa actio pignoratitia est personalis, bonæ fidei, competens debitori, & generaliter ei, qui pignus dedit, sive pro suo debito, sive pro alieno; cum unusquisque non modo personam suam fidejubendo, sed & res suas pignoris jure pro alieno possit debito devincire, *l. item quæritur* 13. §. *ult. ff. locati* arg. *ult.* §. 1. *ff. ad senatusc. Vellejan.* Nec refert, an dominus sit, qui pignus dedit, an emphyteuta, vel superficiarius, vel fructuarius, vel creditor qui pignus pignori dedit, vel qualiscunque alius, qui jus in re tale habet, quod non respuit pignorationem, arg. *l. tutor* 16. §. *ult. l.* 17. *ff. h. t. l. si is, qui bona* 11. §. *usufructus* 2. *ff. de pignorat. & hypot.* Quid quod & ei hæc actio danda est, qui rem prorsus alienam pignori dedit, & ita accipientem ad restituendum obligavit; sive ex consensu aut ratihabitione domini pro proprio vel tertii debito rem obligaverit, arg. *l. aliena res* 20. *ff. h. t.* sive pro debito ipsius domini, tanquam procurator ejus, mandato instructus, *l. stultum* 11. §. *ult. l.* 12. *ff. h. t.* sive denique tanquam fur aut prædo rem alienam possederit, & pignori dederit, etsi enim fur aut prædo jure pignoris rem furtivam cum effectu nequeat creditori devinctam efficere; quia tamen ejus interest, eam sibi reddi, ut domino restituat, repetitionem ei per hanc actionem dari æquum fuit, *l. si pignore* 22. §. *si prædo* 2. *ff. h. t.* arg. *l. commodare* 15. *l.* 16. *ff. commodati*.

3. Agendum hac actione contra creditorem, qui pignus ex contractu suscepit; quive illud accepit, quasi nummos daturus, si forte postea numerati non sint; vel conditio debiti, pro quo pignus datum, defecerit, atque ita nunquam vere creditor factus sit, *l. solutum* 11. §. *si quasi* 2. *ff. h. t.* Adhæc contra tutorem, curatorem, procuratorem, cui in domini mandantis, aut pupilli, vel adulti securitatem pignus obligatum est, *d. l. solutum* 11. §. *per liberam* 6. *ff. h. t.* Contra dominum quoque vel patrem, cujus servo aut filiofamilias peculiari nomine pignus traditum, *l. si creditor* 28. §. 1. *ff. h. t.* arg. *l. sed mihi* 3. §. *si filiosfamilias* 4. & 5. *ff. commodati*. Non tamen contra fidejussorem, cum forte prædiis & prædibus per debitorem cautum esset, atque si fidejussor pignora vel hypothecas susceperit, atque ita pecuniam solverit; sed potius cum eo mandati judicium est, *l. fidejussor* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* Non etiam primo debitori contra secundum creditorem, si pignus pignori datum ponas, ac primum debitorem suo creditori, quod debet, exsolvisse: nisi debitori primo per creditorem primum pignoratitia actio contra creditorem secundum cessa sit; eo quod alioquin inter primum debitorem & secundum creditorem nullus contractus intercessit: sed magis primo debitori contra primum creditorem pignoratitia danda foret; vel etiam ad exhibendum actio, ad id, ut is rem a pignoris vinculo liberatam restituat, arg. *l. petenti* 27. *in fine, l. si, cum venderet* 13. *ff. h. t.* contra secundum autem rei vindicatio, vel Publiciana, aliave similis, quæ secundum jus commune contra tertios possessores competere solet ex jure in se, arg. *d. l.* 13. *ff. h. t.* Eoque Papinianum respicere puto, cum in *l. debitor* 40. §. *ult. ff. h. t.* scripsit, si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domi-

no solvente pecuniam, quam debuit, *secundi pignoris retentionem non relinqui*, isti scilicet secundo creditori, qui jus omne suum ex primi creditoris jam dimissi jure metiri debebat, ac propterea post resolutum jus primi creditoris tanquam iniquus rei pignoratæ possessor, rei vindicatione per dominum rei pignoratæ conventus, nullo ulterius se potest retentionis jure tueri. Si plures simul eodem pro debito pignus susceperint, exemplo commodati contra singulos in solidum actio videtur danda; cum & hic duo quodammodo rei intelligantur, nisi aliud actum sit, arg. *l. si, ut certo* 5. §. *ult. in fine ff. commodati*, junct. *l. rem mibi* 21. §. 1. *ff. eod. t.* Nec contradicit Paulus *l. a ienares* 20. §. 1. *ff. b. t.* cum tantum de jure pignoris & plurium creditorum ad illud concursu, non hac pignoratitia, tractet, eoque sensu asserat, æqualem omnium, quibus res simul pignori data est, causam esse. Contra plures creditoris unius heredes actio non nisi pro rata parte datur, qua quisque heres est; nisi unus solus restituendæ rei facultatem habeat; vel non ex defuncti sed proprio facto conveniatur, arg. *l. sed mibi* 3. §. *beres* 3. *l. in commodato* 17. §. *si ex facto* 2. *ff. commodati* Addit *t. commodati num.* 3.

4. Competit hæc actio ad id, ut creditor restituat pignus, una cum fructibus, etsi prædo agat, *l. si pignore* 22. §. *si prædo* 2. *ff. b. t.* (nisi pactum antichresios sit interpositum, de quo plenius *t. de pignor. & bypotb.*) nec non accessionibus rei pignoratæ, qualis est alluvio, ususfructus qui accrevit, partus ancillæ pignori obligatæ, & similia, arg. *l. si convenerit* 18. §. *si nuda* 1. *ff. b. t. l.* 1. & *tot. t. C. de partu pignoris & omni causa*, *l. grege* 13. *l. Paulus* 29. §. 1. *ff. de pign. & byp.* denique omni eo, quod pignoris occasione ad creditorem pervenit. Unde, si in fundo pignorato thesaurum non data opera invenerit, dimidiæ quidem partis dominium sibi, non qua creditori, sed qua inventori, jure occupationis servat; alteram vero partem, quasi quandam prædii accessionem, reddere compellitur, *l. si is, qui in* 63. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* Et si pignoris intuitu furtum vel metum passus, actione quod metus causa vel furti duplum aut quadruplum, aliamve pœnam similem, consecutus sit, hoc totum deducto solo debito, debitori restituit; si modo ab extraneo furtum metumve passus sit: nam si ab ipso debitore, pœnam lucratur, ne ei suum maleficium alioquin impunitum sit, *l. si pignore* 22. *pr.* & §. 1. *ff. b. t. l. creditoris* 15. *pr. l. si debitor* 79. *ff. de furtis*, *l. si inter* 21. §. *ult. ff. de pignor. & bypotb. l. id, quod* 74. *ff. de solution.* Quod si creditor pignus jam distraxerit, etiam in id hæc actio comparata est, ut si vendendo fraudem fecerit, id quod interest debitori præstetur, *l. creditor* 4. *C. de distract. pignor.* ac restituatur, quod supra debiti quantitatem ex pignore redactum, una cum usuris, si superfluum creditor fœnori collocaverit, aut in suos usus converterit, aut moram fecerit in restituendo, *l. quamvis* 6. §. *si creditor* 1. *l.* 7. *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *l. pen. ff. b. t.* Nec liberatur suas, quas adversus pignoris emtorem habet, actiones cedendo debitori, aut emtorem ei delegando; cum in venditione, quæ fit ex *facto*, (vel *pacto* ut Cujacius) suum creditor negotium gerat, *l. pen. ff. b. t.* ut tamen debitor petere possit, sibi eas a creditore cedi; sed ipsius creditoris periculo exercendas, *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *ff. b. t.* nisi nulla creditori culpa possit imputari, quod ab emtore pignoris servari pretium non potuerit; quippe quo casu non creditoris vendentis, sed debitoris id damnum foret, *l. quæsitum* 9. *ff. de distract. pignor.* Plane, si ex superfluo creditor rem comparaverit, ea in pretii locum non subintrat, nec ejus, sed solius pecuniæ, persecutio debitori datur, ubi aliud actum non est, *l. ult. C. de distract. pignor.*

5. De cetero non dolum tantum & latam culpam circa rem pignori acceptam, sed & levem, per creditorem oportet præstari; quia utriusque utilitas, tam debitoris, quam creditoris, plerumque hic vertitur, *l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati*, §. *ult. Instit. quib. mod. re contrab. oblig.* sive omissionis culpa sit; dum forte servitutes prædii pignorati per non usum & negligentiam creditoris extinctæ sunt, *l. creditor cum pignus* 15. *ff. b. t.* sive commissionis; dum in prædio pignorato arbores excidit, domos dejecit, servos pignoratos sævitia debilitavit, corrupit, ad peccandum coegit, *l. creditor.* 7. *C. b. t. l. eleganter* 24. §. *ult. ff. b. t.* De casu fortuito non tenetur, nisi id actum appareat expresse vel tacite, quo pertinet conventio, ut interitus pignoris liberet debitorem, *l. si creditor* 5. *l.* 6. *C. b. t. d.* §. *ult. instit. quib. mod. re contrab. obligat.* Ubi nec de culpa levissima; nisi solius creditoris gratia pignus datum sit, atque ita pignus simile sit commodato; quod puto velle Ulpianum in *l. si, cum venderet* 13. §. 1. *ff. b. t.* cum scripsit; *venit autem in bac actione & dolus & culpa, ut in commodato: venit & custodia*, supple, ut in commodato, *vis major non venit*. Et ad talem casum, quo solius creditoris utilitas in pignore erat, restringendum quoque existimo rescriptum Diocletiani & Maximiani, quod est in *l. sicut vim* 19. *C. de pig. & byp.* plenis prope verbis ipsum Ulpiani responsum comprehendens: ajunt enim; *sicut vim majorem pignorum præstare creditor non babet necesse; ita dolum & culpam, sed & custodiam, exbibere cogitur*. Scilicet id unum Ulpiano propositum videtur fuisse, ut doceret, in pignore circa culpæ præstationem nihil singulare inveniri, uti quidem in mandato, negotiis gestis, tutelæ administratione, similibusque repetitur; sed communem oportere servari juris regulam in *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati* propositam, quæ vult, vel latam, vel levem vel etiam levissimam debere culpam præstari, pro ut vel dantis solius, vel solius accipientis, vel utriusque commodum in contrahendo appareret. Quamvis ergo verum sit, in commodato frequentius, in pignore rarius, solius accipientis utilitatem verti; tamen id Ulpianus voluit pignori eum commodato commune esse, ut, deprehensa utriusque contrahentis utilitate in commodato ac pignore, non nisi levis utrobique culpa veniret præstanda; at quoties solius accipientis gratia pignus ac commodatum contractum constitisset, etiam datum levissima culpa damnum utroque in negotio reparandum esset. Quæ eo probabiliora sunt, quo & a Gajo hæc inter commodatum ac pignus comparatio proposita invenitur circa levis culpæ præstationem, cum commodatum utriusque gratia contractum esset; etsi nulli incertum

esset, quia pignus frequentius, commodatum rarius, utriusque contrahentis contineret utilitatem; *l. in rebus* 18. *in pr. vers. at si utriusque ff. commodati*, Cujacius *lib.* 19. *observ.* 24. Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur, cum non debitor, sed tertius pro debitore, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret; tamen, si contractum pignoris spectes, quod jam non inter creditorem & debitorem, sed inter creditorem & tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, & inde pignoratitia experiuntis, pignus celebratum apparet. Porro, etsi culpæ probatio incumbat debitori, de læsione, per culpam creditoris rei pignoratæ illata, agenti, tamquam actori & affirmanti, arg. *l. qui accusare* 4. *C. de edendo l. quotiens* 18. *§.* 1. *ff. de probat.* tamen si creditor rem pignoratam casu amissam aut peremtam dicat, leges ei imposuerunt amissionis per manifestas rationes probandæ necessitatem, *l. si creditor* 5. *C. h. t.* arg. *l. si quis domum* 9. *§. Imperator* 4. *ff. locati*. Vide Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 37. *num.* 18. 19. 20. Hugonem Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 9. 10. & alios a Groenewegio ibidem in notis allegatos, Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 11. Adde *tit. ad leg. Aquil. n.* 20.

6. Non aliter tamen huic actioni directæ locus est, quam si integrum debitum creditori, aut ex ejus voluntate alteri, solutum sit: vel per eum steterit, quo minus solveretur; aut aliter ei satisfactum fuerit; non, si pro parte tantum, *l. si rem alienam* 9. *§. omnis* 3. *l. solutum* 11. *§. si quasi* 2. *& §. solutam* 5. *ff. h. t. l. aliena res* 20. *§. si per* 2. *ff. h. t.* licet debitum personale inter plures debitoris vel creditoris heredes ipso jure divisum fuisset, & unus eorum suam solvisset aut accepisset debiti partem; in quantum reliquis creditoris heredibus, quibus necdum solutum est, totius pignoris retinendi ac distrahendi potestas superest, oblato debitori eo, quod is coheredi eorum solvit, & vice versa; quia individua pignoris causa est, *l.* 1. 2. *C. si unus ex pluribus heredibus debitoris vel cred. part. suam solv. vel accep. l.* 1. 2. *C. de luit. pign. l. solutum* 11. *§. si creditori* 4. *ff. h. t. l. rem hereditariam* 65. *ff. de evictione.* Quod si sors jam soluta sit, non item usuræ, si quidem in solam sortem pignus obligatum fuerit, ea soluta, pignoratitiæ locus est, nec pro usuris retineri pignus potest, *l. solutum* 11. *§. si in sortem* 5. *ff. h. t.* Etenim pro debita quidem sorte chirographaria pignoris in aliam causam obligati retentio est, *l. unic. C. etiam pro chirographario debito pignus retin. posse.* pro usuris chirographariis non æque, *l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, quod non est correctum per d. l. unic. quippe quæ novum jus continens, strictam recipit interpretationem, nec stare prohibendum est, quod non invenitur expresse per eam correctum. Sin & in usuras pignus obligatum sit, retentio ejus permissa est, donec & usurarum solutio impleta fuerit, sive in stipulatum deductæ sint, sive pacto nudo promissæ: cum enim hæ saltem naturaliter deberi cœperint, & ita solutæ retineri potuerint, consequens fuit, ut & pignoris pro his obligati, ac penes creditorem existentis, retinendi jus esset, *d. l. solutum* 11. *§. sin in sortem* 5. *ff. h. t. l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, Cujacius *lib.* 5. *observ.* 28. Quibus vero modis satisfiat creditori, ut pignoris vinculum evanescat, & pignoratitia nascatur, intelligi potest ex enarratione modorum, quibus pignus vel hypotheca dissolvi solet, quos vide *tit. quib. mod. pignus vel hypoth. solv.*

7. Juri autem huic solvendi debiti ad pignus recuperandum, atque adeo luendi pignoris, præscribi nequit: etsi contrarium placuerit Bachovio, Negusantio & aliis a Vinnio allegatis, atque ipsi etiam Vinnio *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 6. ea præcipue ratione, quod omni actioni personali, omnique juri, atque ideo etiam juri luendi pignoris & actioni pignoratitiæ, annis triginta vel quadraginta præscribatur, utcunque nec justus titulus nec bona fides præscribentis concurrat, *l. sicut in rem.* 3. *l.* 4. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor. l.* 1. *§.* 1. *Cod. de annali except.* Quæ tamen tanti non est, ut quem jure moveat; cum tantum locum habeat illa de jurium & actionum præscriptione definitio, quoties termini habiles præscriptionis inveniuntur, arg. *l. emti actio* 21. *C. de evictione.* quales in nostro casu non sunt. Quod ut manifestius appareat, in antecessum necesse est, ut intelligamus, quid sit pignus luere, quid pignoris luitio, quid jus luendi pignoris & jus luendi: præsertim, cum deprehendam, jus luendi pignoris & jus pignoratitiæ actionis instituendæ confundi, ac pro iisdem accipi; dum interim ista duo a se invicem longe diversa sunt. *Luere pignus* est rem pignori vel hypothecæ obligatam liberare a vinculo illo, sive solvendo naturaliter debitum illud, pro quo res obligata est, sive alio modo satisfaciendo creditori, ut res libera penes dominum esse queat, aut in alium sine onere transferri atque transire, *§. sed & si rem.* 5. *Instit. de legatis*, *l. prædia* 6. *C. de fideicommissis*, quo modo & filius patrem, pater filium, imo quisque se ipsum, cum ab hostibus redemtus esset, & quasi jure pignoris teneretur, aluit suo redemtore, *l. si patre* 15. *ff. de captiv. & postlim. l. qui status* 8. *ff. de re milit.* Qualem pignoris luitionem & illi faciunt debitores, qui rem devinctam possident, nec ulla repetitione indigent aut pignoratitia actione, dum forte hypothecæ tantum rem obligarunt, possessione in creditorem non translata. Quin & illi, qui debitores non sunt; in quantum solutione debiti jus pignoris evanescere certum est, *l. in omnibus* 43. *ff. de solut. pr. Inst. quib. mod. tollitur oblig.* solutio autem, atque adeo luitio quoque pignoris, non modo per debitorem, sed & per alium, eo jubente vel ignorante, vel invito, fieri potest: qui tamen solventes, ac pignus luentes, non ideo pignoratitiam actionem habent, aut movere possunt, ex contractu quippe natam, qui per extraneos pro debitore solventes celebratus non est. Unde & sponte sequitur, ipsum illud pignoris luendi jus ex contractu non esse, sed magis natura cuivis patere, etiamsi luens nullo ex contractu obligatus sit. Ne dicam, pignus etiam legale lui, quod non ab homine ex conventione, sed a lege, constitutum est. Adeoque, uti per viam publicam ire cuivis permissum est, ita & debiti solutione pignus luere cuivis licet, qui modo debitoris negotia gerere vult, ut quisque potest. Quibus præmissis, ajo, juri luendi pignoris nullo unquam tempore præscribi posse; licet actioni pignoratitiæ præscribi possit annis triginta, compu-

tandis ex eo tempore, quo totum debitum solutum, vel aliter creditori satisfactum fuit, & ita nata facultas re ipsa instituendi pignoratitiam pro pignoris repetitione actionem. Cujus opinionis illud quidem fundamentum debilius est, quod ab aliis adductum video, ac a Vinnio propterea recte confutatum, nullo scilicet modo natam videri actionem pignoratitiam, antequam totum debitum exsolutum fuerit, aut eo nomine satisfactum; agere autem non valenti non currere praescriptionem. Quod enim attinet regulam, agere non valenti non currere praescriptionem; procedit demum ea, si jus agere vetet, non item, si ab arbitrio ejus, qui acturus est, dependeat ea facere, quibus praestitis actionis exercitio destitutus non est. Nec satis apte defendi potest, actionem pignoratitiam debito demum soluto nasci; cum potius ipsius pignoris constituti tempore jam nata fuerit in actu primo, ut loquuntur, suspensa tantum respectu actus secundi, seu ipsius institutionis in judicio faciendae, quae praecedentem requirit debiti solutionem: eo modo, quo id etiam in emtione venditione sit; quippe ex qua emtor actione ex emto non aliter experiri potest, quam si prius ipse ex suo latere contractum impleverit, pretio numerato, reliquisque praestitis quae ex contractus natura pactisve adjectis praestanda sunt, *l. Julianus* 13. *ff. offerri* 8. *l. qui pendentem* 25. *ff. de act. em.*, arg. *l. aediles etiam* 25. *§. ult. ff. de aedilit. edict.* licet actio utrimque jam tum eo tempore, quo mutuo consensu perficiebatur venditio, nata esset, arg. *tit. Instit. de oblig. ex consensu pr. Instit. de emt. venditione.* Magis pro asserenda sententiae nostrae veritate stringit, quod praescriptionem non patiantur ea, quae rebus merae facultatis accensentur, quatenus, & in quantum, res merae facultatis sunt, *l. viam publicam* 2. *ff. de via publica & itinere publ.* In vanum autem laboratur, ut doceatur, rem merae facultatis non esse hanc pignoris luitionem. Possum, inquit Vinnius d. loco, uti coenaculo meo, & licet longissimo tempore non sim usus, jure meo non excludor, nec tamen ideo illud jus meum est res merae facultatis: nam si alter re mea usus fuerit, & ego uti prohibitus, procedet usucapio. Jure libertatis licet cuique tam alte, quam vult, nullo statuto intercedente, in suo aedificare; & quamvis aliquis per triginta annos non aedificaverit, non ideo jus altius tollendi amittit; nec tamen est res merae facultatis: nam si te altius aedificantem vicinus prohibuerit, & ex eo tempore altius aedificatum non habueris per spatium praescriptioni statutum, procedet contra te praescriptio servitutis. At horum exemplo, inquam & ego, potest debitor solutionem offerre creditori quandocunque, etiam post longissimi temporis spatium, ex quo primitus pignus est constitutum, ita ut res pro debito devincta, liberetur ab eo pignoris nexu: quod hactenus duravit pro tali obligatione principali, quae medio tempore per debitorem solutione usurarum aut aliter agnita, praescripta non est. Sed si debitor creditori debitum obtulerit, ut pignus luat, isque accepto oblato rem pignoratam non restituat, dum vel non pignoratam sibi, sed suam esse, bona malave fide obtendit, vel ad reddendum non interpellatus, eam jam liberatam penes se retinet, perdet inde per annorum triginta praescriptionem jus omne repetendi pignoratitia actione rem, quam olim pignoris nexu devinctam, jam inde a soluto debito totis triginta annis liberatam creditor velut suam possedit, vel saltem animo sibi habendi. Sed nec alio respectu id ipsum, quod in *d. l.* 2. *de via publ. & itinere pub.* dicitur, *populum viam publicam non utendo amittere non posse*, res merae facultatis est, quam si nullus postea actus interveniat, factum nullum, quo usus impediatur: nam si quis via publica velut re propria, usus fuerit, in eaque aedificaverit, severit, plantaverit, foderit, sepimenta posuerit, aut alia quacunque ratione impedimento fuerit, ne populus illac transiret, & ex eo tempore annorum quadraginta spatium effluxerit, populo non contradicente, neque usum viae vindicante, nemo dubitabit, ut opinor, quin & tunc viae istius publicae usum populus praescriptione amiserit, dum nullum jus privatum vel publicum ex quacunque causa vel quacunque persona, quod quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveri deinceps potest, *l. omnes* 4. *in med. C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor.* Cui consequens est, ut dicamus, non minus rem merae facultatis esse, altius in suo aedificare, re sua uti, pignus luere, quam viae publicae usum a populo exerceri; eodemque modo in istis praecedentibus, ac in viae publicae usu, admissam fuisse aut denegatam secundum jam dicta praescriptionem. Et sane, ni ita statuamus, sed cum Vinnio aliisque jure luendi pignoris adhuc praescribi posse existimemus; edoceri velim, quid utilitatis jurisve creditor ex ista praescriptione consecuturus sit; cum praescriptio nulla sit, ex qua non commodum aliquod praescribenti accedat. Sive illud in liberatione a debito, sive in acquisitione rei alienae consistat. Liberationem certe a debito creditori non nasci, intelliget facile, quisquis considerat, ipsum praescribentem non debitorem, sed creditorem esse, cui debetur, cuique solvendum, ut pignoratitia adversus eum actio detur. Si a pignoratitia actione creditorem ita liberari dicas; aut id erit, quia a vinculo pignoris res simpliciter liberata est; aut quia insuper dominium directum vel utile rei pignoratae in creditorem translatum fuit. Si ideo tantum, quia jus pignoris evanuit, obfuit sibi magis sua praescriptione, quam profuit creditor, extincto jure illo, ex quo solo retentio rei obligatae ei competebat; quo fit, ut iniquus in posterum sine ullo possidendi aut detinendi titulo vel colore detentor existens, actionibus ex jure dominii profluentibus efficaciter conveniri posset per debitorem, cui hactenus ista praescriptione suo non excidit dominii jure. Sin post triginta vel quadraginta annos a pignore primitus obligato elapsos rem pignoratam jure dominii creditori acquiri, & apud eum deinceps in perpetuum mansuram contendas; non jam juris, sed corporis praescriptio & acquisitio erit; atque tunc explicandum fuerit, qua ratione corporis illius praescriptio perfici potuerit ab eo, qui neque bonae neque malae fidei possessor est. Eo enim, quod ad temporis longissimi praescriptionem nec justus titulus desideretur, nec bona fides, continuatam tamen possessionem praescriptioni corporalium adesse oportere, nullus, ut opinor, ibit inficias. At quae, quaeso, creditoris circa pignus possessio est? qui, quantum ad usucapionem aut praescriptionem attinet, nudus rei pignoratae detentor, non possessor, intelligitur, *l. officium* 9. *ff. de rei vindic.* alienae possessioni pro usucapione vel

præscriptione implenda ministerium præbens, utpote in quem quidem possessio transire dicitur, quatenus ea naturalis est, *l. cum & sortis* 35. §. 1. *l. si pignus mihi* 37. *ff. h. t. l. res pignoris* 37. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* neutiquam vero ad effectum usucapionis aut præscriptionis, cujus intuitu ipse debitor dicitur possidere, *l. servi nomine* 16. *l. non solum* 33. §. *qui pignori* 4. *ff. de usurp. & usucap. l.* 1. §. *per servum* 15. *l. qui pignoris causa* 36. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Eos sane solos præscriptione dominium sibi sine justo initio posse acquirere, qui sibi potius, quam alteri possederunt, eleganter declaratum *l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* ubi emphatice Imperatores, *male agitur cum dominis prædiorum, si tanta precario possidentibus prærogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia, qualibet ratione decursa, inquietare non liceret: cum lex Constantiniana jubeat, ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius, quam alteri, possederunt. Eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant præstare mercedem. Nemo igitur, qui ad possessionem conductor accedit, diu alienas res tenendo jus sibi proprietatis usurpet; ne cogantur domini aut amittere quæ locaverunt, aut conductores utiles sibi fortassis excludere, aut annis omnibus super dominio suo publice protestari.* Quibus non absimilia proponuntur de emphyteutis in *l. cum notissimi* 7. §. *ult. C. eod. tit. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* Quæ autem ratio militat in conductoribus & emphyteutis, qui ultra annos quadraginta prædia conducta tenuerunt, in creditore quoque pignus tam diu tenente locum invenit; nam & cum debitore male ageretur, si tanta creditoribus deferretur prærogativa, ut eos post annorum quadraginta decursum inquietare pro restitutione non posset, oblato eo quod debet; atque ita cogeretur aut creditorem commodum forte sibi, minusque gravem, pignoris recipiendi causa maturius dimittere, aliumque novum ac repertu sæpe difficilem quærere creditorem; aut annis omnibus super dominio suo publice protestari, ne eo cadat. Gratis interim ab adversariis ponitur, precarii repetitionem non ultra annos triginta durare; cum e contrario magis sit, ut tam diu non currat præscriptio, quamdiu eo est animo qui precario accepit, ut precario tenere velit, *arg. d. l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. in pr.* ac demum incipiat, ex quo ille non amplius precario, sed sibi suo nomine, utut mala fide, possidere constituit, perficienda per eum, non jam amplius precarii jure tenentem, sed mala fide possidentem. Quod & in pignore obtinere, jam supra monitum. Tuentur hanc sententiam, etiam praxi firmatam, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 18. Bronchorst *enant. cent.* 4. *assert.* 4. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 16. *in fine*, Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disp.* 40. *n.* 32. Adde elegantem Rogerii dialogum inter ipsum & jurisprudentiam de hac quæstione in *tractatu tractat. tom.* 17. *fol.* 49. *verso.*

8. Ceterum quandoque etiam hæc pignoratitia directa debitori datur, antequam solutum creditori vel satisfactum fuerit; puta si quis quasi daturus pecuniam pignus acceperit, nec postea numeraverit, *l. solutum* 11. §. *si quasi* 2. *ff. h. t. l.* 1. 2. *Cod. si pignoris conventionem numeratio pecun. secuta non sit.* Uti &, si creditor pignore abutatur, vel impediat, quo minus debitor in re pignorata utatur jure suo, aut non exhibeat debitori, cum manifesta subesset æquitas exhibitionis. Quibus in casibus non tam ad pignoris restitutionem, quam potius ad id, quod interest debitoris, actio comparata est, *l. ult. pr. ff. h. t.* sorte & ad cautionem interponendam de re incorrupta restituenda, *arg. l. creditor* 15. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 15.

9. Non tamen hac actione compelli creditor potest, ut pignus vendat, licet multo minus sit quod debeatur, quam ex pignore redigi potest, & hodie pluris venire possit pignus, quam postea, sed potius is, qui pignus dedit, vendere illud potest, ut accepta pecunia solvat, quod debet; impositurus etiam creditori necessitatem ostendendi emturis rem pignoratam, si mobilis sit, & idoneam ipse creditori de indemnitate cautionem præstet, *l. quamvis* 6. *ff. h. t.* Sane ut rem per debitorem venditam creditor patiatur emptori tradi, debito necdum accepto, sed cautione ei per emtorem data de parte pretii usque ad summam debiti ipsi solvenda, officii magis & humanitatis, quam necessitatis est, arg. *l. sicut* 8. §. *tutius* 10. *quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.*

10. Contraria pignoratitia actio creditori datur ad repetendas impensas necessarias; pro quibus etiam, debito principali jam soluto, retentio pignoris permissa est; cum impensæ tales sortem augeant, & in summa debiti computandæ sint, *l. si necessarias* 8. *pr. ff. h. t. l. in summa* 6. *C. de pign. & hypoth.* Necessariis autem impensis & illa adnumeranda videtur, si creditor vendens pignus, cum aliter non posset, evictionis nomine duplum repromiserit, ac evictione secuta, duplum solvere compulsus fuerit, *l. si pignore* 22. §. *ult. ff. h t.* Utilium quoque sumtuum per hanc actionem repetitio fit, si modo debitori non nimis graves sint, *sicut enim negligere creditorem, dolus & culpa, quam præstat, non patiatur; ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum.* Ac proinde *media hac dispicienda erunt a judice, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur, l. si servos pignoratos* 25. *ff. h. t.* junct. *l. in fundo alieno* 38. *ff. de rei vindic.* Damna quod attinet, quæ creditor ex rei pignoratæ vitio passus est, hoc etiam judicio recuperantur: ut tamen liberum sit debitori, qui vitium ignoravit, rem pignoratam apud creditorem pro noxa relinquere, *l. si servus pignori* 31. *ff. h. t.* Sed & id quod interest has actione continetur, quoties æs pro auro, vel res aliena, aut alteri jam ante obligata, pignori data est creditori ignoranti; quibus in casibus & stellionatus crimen est, *l.* 1. §. *ult. l. tutor* 16. §. 1. *ff. h. t. l. si in pignore* 54. *ff. de fidejussor.* vel si creditor quasi recepturus a debitore continuo pecuniam, reddiderit ei pignus, isque per fenestram id miserit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerat, nec solutio secuta sit, *l. si quasi* 3. *ff. h. t.* vel, cum aurum offensum esset, velut pignori futurum, aut vere etiam datum, æs deinde subjectum fuerit, *l.* 1. §. 1. *l. quis in pignore* 36. *ff. h. t.* Quod si debitor a creditore pignus precario rogaverit, vel conduxerit, nec restituat possessionem, placuit contrario eum ob id etiam judicio teneri, *l. si pignore* 22. §. *si post* 3. *ff. h. t.*

11. Licet autem Actio pignoratitia directa & con-

traria proprie ex contractu pignoris, rei traditione perfecto, nascatur; tamen & in hypothecis eam locum invenire dicendum est, postquam creditor actione hypothecaria possessionem nactus est; quia tunc res in causam pignoris in specie videtur transivisse. Qua ratione locatorem ædium propter corruptionem culpa ejus in invectis illatisque præclusis pro pensione datam, pignoratitia teneri, colligere licet ex *l. inquilino* 33. *l.* 34. *ff. de damno infecto.*

LIBER QUARTUSDECIMUS.

TITULUS I.

De exercitoria actione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit magister & promagister? unus ex exercitoribus potest magister esse: quod & expedit.*
2. *Quid sit exercitor; quid navem per aversionem conducere? qui possint vel non possint navem exercere?*
3. *Magister contrahendo obligat exercitorem. An & quando moribus nostris possit mutuum accipere, navim obligare, armenta vendere, quin & merces vectas? An ex consensu majoris partis exercitorum navigare, invita parte minore?*
4. *Quid sit exercitoria actio, quibus detur? an & illis, qui cum nautis contraxerunt?*
5. *Datur contra exercitorem: si plures, contra singulos in solidum jure civili; at moribus non ultra partem, ex qua exercitores sunt; qui & in totum liberari possunt, si suam portionem pro derelicto habeant.*
6. *Ut actioni huic locus sit, debet magister contraxisse ejus rei gratia, cui præpositus est: & quid si plures ejusdem navis magistri sint? necesse etiam, ut res eo in loco comparari possit, in quo creditur; ac navis tali ac tanto sumtu indigeat. Nocet exercitori, si magister recte credita inutiliter absumpserit. Quid moribus nostris in hisce obtineat?*
7. *An exercitores teneantur ex delictis magistrorum? quid si magister piraticam exercuerit? quid si præfecti navales, qui prædam in hostes agere debuerant, sociis & fœderatis noceant, an eo nomine Respublica teneatur?*
8. *Datur etiam contra exercitorem actio mandati; potest & ipse magister, homo liber & ex suo contractu conveniri. Exercitor non agit ex contractu magistri, nisi in subsidium. Quæ sit pœna magistri fallentis in rationibus nauli accepti & expensarum?*

1. IN navibus exercendis is, cui quotidiana totius navis cura demandata est, seu qui navigio præpositus est, magister appellatur; sive homo liber sive servus sit, sive paterfamilias sive filiusfamilias, sive pubes sive impubes; cum sibi imputare debeat qui præposuit, si quid neglectum aut minus recte curatum sit, *l.* 1. *§.* 1. & *§. cujus autem* 4. *ff. h. t.* Sed & magistrum accipere debemus in exercitoria actione eum, quem magister suo loco substituit vicarium, promagistrum vel submagistrum vulgo appellatum, sive voluntate primi præponentis, sive contra prohibitionem ejus a magistro surrogatus sit, ita suadente navigantium utilitate, *l.* 1. *§. magistrum* 5. *ff. h. t.* Nec refert utrum magister extraneus sit, an ex parte dominus navis; cum nihil vetet, vel unum ex exercitoribus præfici, *l. si tamen* 4. *§. sed si plures* 1. *ff. h. t.* Adeo ut hodie fere consultius tutiusque judicetur, magistrum navis simul cum aliis etiam pro parte exercitorem esse, quippe de quo præsumptio est, quod magis pro salute navis, & utilitate vigilaturus sit; sive navis dominium pro parte ad eum spectet, sive nulla ex parte navis dominus sit, sed pro rata proventuri ex navigatione quæstus mercedem sibi pactus; quo tamen casu posteriore non tam operas suas elocasse, quam potius societatis jure contulisse, ac lucri partem ferre, credendus est, arg. *l. si merces* 25. *§. vis major* 6. *in fine ff. locati.* Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 23. *in pr.* Jac. Coren *observ.* 40. *num.* 3. 4. 5.

2. Exercitor ex adverso est, qui magistrum navigio præposuit, & ad quem quotidianus navis quæstus pertinet; sive navis dominus sit, sive eam per aversionem conduxerit, vel ad tempus vel in perpetuum, *l.* 1. *§. exercitorem* 15. *ff. h. t. §. eadem ratione* 2. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate;* id est, ita, una mercede conduxerit, ut omne quæstus quotidiani periculum in se averti voluerit, sive quæstus ille mercedem promissam superet, sive ea minor sit. Confer Rævardum *varior. lib.* 2. *cap.* 7. Petrum Gregor. Tholos. *synt. jur. civil. libr.* 29. *cap.* 9. *num.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 9. & 27. *pag.* 250. Vinnium *ad Peckium de re nautica ad l.* 1. *§.* 15. *ff. h. t.* Quale navis exercitium etiam filiusfamilias, & servus ex peculio suo facere potuit, *l.* 1. *§. si is qui navem* 19. & *seqq. ff. hoc tit.* parvique refert, masculus sit an fœmina, pubes an impubes concurrente tutoris auctoritate, *l.* 1. *§. parvi* 16. *ff. h. t. l. verum si* 9. *ff. de institor. act.* Præsidi tamen, aut procuratori Cæsaris, navim ædificare, aut habere, atque adeo exercere, in ea provincia, in qua administrat, interdictum fuit, *l. aufertur* 46. *§. quod a præside* 2. *ff. de jure fisc.* atque ipsis etiam senatoribus ex lege Julia, *l. hiqui naves* 3. *ff. de vacat. & excus. numerum*, ibique Gothofred. *in notis.*

3. Quisquis autem magistrum navigio præficit, jussisse eo ipso censetur, ut cum eo ejus rei gratia, cui præpositus est, contrahatur, sic ut præponens reddatur obligatus, *§. ult. inst. quod cum eo, qui in alien. potestate, l.* 1. *§. sed si cum* 2. *ff. h. t.* Quod hodiernis moribus ulterius extensum, dum placuit, non personam tantum exercitoris ex contractu, navigationis intuitu celebrato, teneri, sed & magistrum posse in casu necessitatis ita mutuum accipere in

usus navigationis ut navem mutuanti obliget pignori, navigaturam deinceps periculo mutuanti, eoque nomine usuras graviores, velut periculi pretium, promittere (vulgo, *op Bodemerye*) quin &, deficiente mutui accipiendi occasione, funes & navis instrumenta minus necessaria (non tamen ipsam navem) distrahere, ut magis necessarium emat alium navigationis apparatum: denique, si illa quoque desint, merces ipsas navigio vectas pro parte divendere, ita ut domino mercium ad aestimationem earum teneatur, perinde ac si mercium illarum jactus in tempestate navis levandae gratia factus fuisset, *Wisbuysche Zeerechten art.* 35. 41. 69. 70. *Placc. van Kon. Philippus* 1563. *t. van de Zee Rechten van den Schippers en Kooplieden art.* 12. *vol.* 1. *pl. Holland. pag.* 808. *in fin.* Hugo *Manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 21. & *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 47. & *cap.* 11. & *cap.* 20. *n.* 15. & *cap.* 23. *n.* 4. Ut tamen non aliter magistro haec permissa censeri debeant, quam si peregrinis in locis versetur: praesentibus enim exercitoribus, nihil horum ei licet, nisi ex consensu partis majoris exercitorum; aut nisi id magistro tempore praepositionis mandatum sit, ut necessaria conquirat ac curet; vel quidam ex exercitoribus non subministrent necessarium navigationi sumtum, quippe quo casu, ne navigatio impedita maneat, magistro jus est mutuum accipiendi, & pignori obligandi deficientium exercitorum partes maxime cum placuerit, etiam magistrum posse iter ex consensu majoris partis exercitorum suscipere viri boni arbitratu, licet contradicente parte minore, *Wisbuische Zee Rechten art.* 65. *Placc. van Koning. Philippus anno* 1563. *d. t. van. Schippers en Poopluyden art.* 12. Grotius *lib.* 3. *cap.* 23. *n.* 3. & 4. Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 52.

4. Cum ergo secundum jam dicta tacitus praepositioni jussus inesset, ut cum magistro contrahatur, aequum etiam praetori visum fuit, exercitoriam inde actionem dare in id, quod magistri contractu comprehensum est: quae est actio perpetua, personalis, competens iis, qui contraxerunt cum magistro vel vicario ejus, etiam contra praeponentis prohibitionem substituto, & eorum heredibus, *l.* 1. *§. magistrum* 5. *l. si tamen* 4. *§. ult. ff. h. t.* licet is, qui cum magistro contraxit, sit unus ex pluribus navis ejusdem exercitoribus, *l. si eum* 5. *§. ult. ff. h. t.* vel magistrum in sua patria vel dominica habuerit potestate, eo quod non tam magistri, quam exercitoris, finem secutus est, *d. l. si eum* 5. *pr. ff. h. tit.* Non tamen ei datur, qui cum servi sui, navem exercentis, magistro contraxit; quippe cui sola directa in servi sui magistrum actio est, *d. l.* 5. *§.* 1. *ff. h. t.* Sed nec illis, qui cum nautis, id est, sociis nauticis, contraxerunt; eo quod nautam adhibens exercitor, contrahi cum eo, jussisse non intelligitur, *l.* 1. *§. sed si cum* 2. *ff. h. t.*

5. Datur adversus exercitorem, *l.* 1. *§. pen. ff. h. t.* qui si filiusfamilias sit, ipse quidem conveniri potest; sed nihilominus & in patrem actio datur in solidum, si consenserit; de peculio, si consensus desit, *d. l.* 1. *§.* 19. 20. 22. *ff. h. t.* Quod si plures exercitores sint, vel servus pluribus communis voluntate omnium navim exerceat, contra singulos in solidum actionem hanc dari, Romanis placuit, ita ut unius praestatione caeteri liberentur, & solvens recuperare judicio societatis queat ab iis pro rata, quod supra suam partem praestare compulsus fuit; idque, ne in plures adversarios distringeretur, cui cum uno contraxit, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *§.* 2. *ff. h. t.* Nisi singuli per se navem exerceant sine magistri ministerio: tunc enim, quia invicem sui magistri non sunt, pro portionibus exercitionis singuli convenien di forent, *d. l.* 4. *pr. ff. h. t.* Quod postremum moribus nostris aequius visum etiam tunc, cum per magistrum plures navem exercuerunt; ut scilicet singuli non ultra eam partem, qua exercitores sunt, ex magistri contractu teneantur. Cui & illud insuper accessit, quod in universum liberari possint a debitis ex magistri contractu natis, si totam partem suam totumque jus, quod in navi ejusque apparatu habent, derelinquere, ac creditoribus cedere, parati sint, dum durum nimis creditum, ex alieno alium contractu factove teneri ultra id quod ejus fidei curaeque permisit; atque insuper metuendum foret, ne ea ratione in praejudicium negotiationis maritimae absterrerentur mortales a navibus exercendis, si quasi in infinitum possent obstringi ex contractu magistri, per emergentem tandem celatam diu morum improbitatem dissipaturi forte dolo malo pecunias, in usum navigationis non perperam creditas, Grotius *de jure bell. ac pac. libr.* 2. *cap.* 11. *num.* 13. & *manuduct. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 1. *num.* 38. 39. 45. 44. Jac Coren *observ.* 40. *num.* 26. 27. Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 8. *in med.* Groenewegen *ad §.* 2. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate.*

6. Non aliter tamen huic actioni exercitoriae locus est, quam si magister contraxerit ejus rei gratia, cui fuit praepositus, veluti, ut sociis nauticis mercedes solvat, satisfaciat illis, qui crediderunt in navis refectionem, navim armet, instruat, socios exhibeat, alat, *l.* 1. *§. non autem* 7. 8. 9. 11. *ff. h. t.* Unde & si plures ejusdem navis magistri sint, inquirendum ultra foret, utrum divisis, an non divisis officiis praepositi essent; cum praepositio certam contrahentibus legem det: nam si divisis, dum alter locando, alter exigendo praeest, non obligatur exercitor, nisi quatenus unusquisque eorum intra muneris demandati terminos contraxerit: sin conjunctim, ex singulorum contractu conveniri posset, nisi in pluribus simul praeficiendis id actum sit, ne alter sine altero quicquam gerat, *l.* 1. *§. igitur* 12. 13. & 14. *ff. h. t.* Necesse insuper, ut res illa, in cujus emtionem mutuum magistro numeratum est, eo in loco comparari possit; ac denique navigatio tali ac tanto sumtu indigeat: nam si ad navim armandam quis crediderit, quae jam satis armata erat, nihil ab exercitore recuperat: & si plus justo crediderit, id solum repetit, quod credi necesse fuit; nisi in pretiis rerum magister creditorem dolo decepisset, *l.* 1. *§. sed & si* 10. *junct. l. ult. pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* Quod si concurrentibus hisce requisitis, magistro navis recte creditum sit, is autem mox, voluntate mutata, in suos illud usus converterit, aut inutiliter absumserit, non creditoris sed exercitoris damnum erit; quippe cui imputandum, quod talem praeposuerit, jusseritque ei credi: non enim oportebat, creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat, & negotium domini gerat, sed sufficiebat, quod sciret, necessariam refectioni pecuniam esse, *l.* 1. *§.*

unde quaerit 9. *l. ult. ff. h. t.* Quamvis ne hoc quidem nostris moribus usque adeo scitu ac probatu necessarium sit, ut actioni exercitoriae locus fiat; sed id unum requiri videatur, ut quis sciens, magistrum illum esse, ei, qua tali, bona fide crediderit in usus navigationis, supina nulla ignorantia laborans, Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 42. 43. 44. tum, quia secundum ante dicta non jam in infinitum ex magistri facto obligantur exercitores, sed liberantur navis & apparatus navalis cessione: tum quia non adeo multis notum, ad quem modum, quot, quantis, qualibus, instrumentis & apparatu navis unaquaeque opus habeat, atque ita navigatio impediretur, paucis tali cum crediti periculo in navis usum magistro credituris: tum denique, quia etiam Romanis placuit, exercitorem obligari, quando magister in pretiis rerum emtarum fefellit creditorem, *l.* 1. §. *sed & si* 10. *ff. h. t.* an autem falso rerum emtarum pretio dicto, an mendaci reparationis necessariae obtentu, circumveniatur a magistro creditor, quid, quaeso, refert? culpa certe majore penes exercitorem existente, quod tam malignum navigio suo praefecerit impostorem.

7. Haec ita si magister contraxerit: quod si deliquerit, si quidem ipso officio, cui erat praepositus, dum forte data opera, vel culpa atque imprudentia manifesta, in navigium alienum impegit suum, aut merces sibi ad transvehendum datas surripuit, dolove corrupit, exercitores ex quasi delicto teneri constat, §. *ult. inst. de oblig. quae quasi ex delicto*, ita tamen, ut hodie liberari possint navim totam noxae dando, ut dictum *t. nautae caup. stabul. ut recepta restituant num. ult.* Ex ceteris delictis a magistro extra officium perpetratis, non ultra in exercitores actio datur, quam quatenus inde locupletiores facti sunt, arg. *l. dolus* 3. junct. *l.* 4. *ff. quando ex facto tut. minor. agere vel conven. poss.* nisi vel mandassent ipsi talia maleficia, vel ope aut consilio ea juvissent, arg. §. *interdum* 11. *Instit. de oblig. quae ex delicto*, *l. saepe ita* 43. §. *ult. ff. de verbor. signific. l. consilii* 57. *ff. de reg. jur.* Quod ipsum etiam insigni firmatur responso Pauli in *l. cotem* 11. §. *dominus* 2. *ff. de publican. & vectigal. & commiss.* quod ita habet; *dominus navis, si illicite aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro, vel gubernatore, aut proreta, nautave aliquo factum sit, ipsi quidem capite puniuntur commissis mercibus, navis autem domino restituitur*, nisi aliud ob publicam utilitatem statuto diserte cautum esset. Confer responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *vol.* 2. *consil.* 336. (*rectius* 236.) *pag.* 681. & *seqq.* Hinc &, si magister navis piraticam exercuerit, eo nomine exercitores non teneri, judicatum fuit, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 45. 46. ibique Groenewegen *in notis*, Wamesius *cent.* 2. *consil. civil.* 86. eo modo, quo non tenentur ad damni reparationem Principes aut Respublicae, si cum indulsissent quibusdam mari praedam in hostes agere, illi piraticam in amicos aut confoederatos exercuerint; sed tantum ad id, ut, si capere delinquentes possint, de iis supplicium sumant: prout aliquando responsum a Juridica Facultate Leydensi, inter Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 1. Grotius *de jure bell. ac pac. lib.* 2. *cap.* 17. *numer.* 20. Quod & jure gentium justum esse, vel inde potest colligi, quod nonnunquam nominatim inter diversarum regionum Principes aut Proceres pactis publicis id actum fuit, ut centuriones, aliique, qui naves bellicas ad nocendum hostibus sumtu suo exercent, ac parant, cautionem ad certam usque quantitatem pecuniariam praestent, de non offendendis aut laedendis per piraticam, aut aliter, amicis aut foederatis. Quae sane cautio non multum proficeret, si ipso jure principes aut exercitores ex suorum magistrorum aut praefectorum navalium piratica devincti essent. Vide *Tractaat de Marine met Vrankryk* 27. *April.* 1662. *art.* 37. 38. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2915. item *Tractaat de Marine met Engelant* 1. *Decembr.* 1674. *art.* 10. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 355. in qua tamen posteriore inter Anglos et Belgas conventione id jure singulari adjectum, ipsam quoque navem pro damno dato obligatam fore.

8. Praeter actionem exercitoriam insuper creditores exercitorem actione mandati contraria convenire possunt, ad recuperandum id quod magistro in usus navigii crediderunt, cum praeponens creditum tale jussisse intelligatur, §. *ult. instit. quod cum eo qui in alien. potestate*. Possunt et cum ipso magistro experiri, si is homo liber sit, *l.* 1. §. *est autem* 17. *ff. h. t.* licet ex adverso exercitor convenire nequeat eum, qui cum magistro contraxit, nisi in subsidium et extra ordinem: dum forte nequit a magistro per actionem mandati, locati, aut similem, id consequi, quod sibi ex navis suae exercitio debitum est, *d. l.* 1. §. *sed ex contrario* 18. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *l.* 2. *ff. de institor. act.* junct. *leg. & si* 4. *C. de institut. & exercit.* Sciendum enim, magistros, ad instar mandatariorum, obstrictos esse, ut exercitoribus, id desiderantibus, rationem reddant nauli accepti, et sumtuum vicissim factorum, et reliqua restituant; adeo ut, si quaedam accepta dolo malo celaverint, mulctandi veniant ducentis florenis, exercitori applicandis, praeter id, quod ejus interest, fraudem in rationibus non esse commissam, *Placcaat van Kon. Philippus ann.* 1563. *t. van den Schipper ende Kooplieden art.* 10. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 808. *Ordinantie van Keyser Carel op de Zee-Rechten* 19. *Julii* 1551. 45. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 793. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 23. *num. ult.*

TITULUS II.

Ad Legem Rhodiam de jactu.

SUMMARIA.

1. *Rhodienses multis fuerunt celebres. Explicatio* l. 9. ff. h. t.
2. *Quid fuerint cautum lege Rhodia de jactu? quae aequitas hujus legis, quae non jactum, sed mercium conservationem considerat? locus est legi & contributioni, sive consentientibus sive invitis mercium dominis jactus sit factus; sive alii in eodem periculo projecerint, nec ne; sive in mari sive in portu; serena vel turbida tempestate; si modo periculi amovendi causa?*
3. *Multa jactui similia habentur, quid sit avaria, quae vulgo in* magnam *seu* grossam & communem *dividitur?*
4. *Quae pertineant ad avariam magnam? ubi de*

mercibus aspersione aquæ corruptis, mercibus in scapham conjectis & ita pereuntibus, de armamentis navis dejectis aut amotis, de mercibus datis, ut navis a piratis redimeretur, vel pretio redemtionis promisso.

5. *Recensentur plura alia ad avariam magnam pertinentia; inter quæ, si navis vado hærens pereat, cum nauta jactu facto potuisset navim salvam facere, sed maluit adhibitis scaphis merces educere, ut omnes salvæ essent; item si quis consulto navim in littus impegerit; & alia.*

6. *De variis impensis & damnis, quæ ad avariam magnam spectant; ubi & de damnis cum navigandi societas coita esset* (Admiraalschap) *reparandis vel non.*

7. *Qui sumtus pertineant ad avariam communem?*

8. *Impensæ factæ in scaphas onerarias,* (Lichters) *& tributum, quod appellatur* Last gelt, *pro qua parte gravent dominum navis & mercium?*

9. *Recensentur casus, quibus damnum gravat ipsos mercium dominos, cessante contributione; ubi de mercibus effluentibus aut aliter corruptis; damnis navi per violentiam tempestatis illatis; nave post jactum pereunte, dum merces in scapham conjectæ salvæ sunt, & quid juris, si merces jactæ, vel cum navi mersæ, per urinatores eductæ sint?*

10. *De damnis dolo vel culpa magistri datis per ipsum aut exercitores reparandis; ubi de non assumtis vadorum peritis* (Lootsen) *de navi plus justo onerata, aut mercibus male collocatis.*

11. *Qua via, & quibus actionibus, domini mercium salvatarum obtineant contributionem, & quamdiu hodie durent actiones ad eam impetrandam?*

12. *Qui debeant contributionem facere? an & dominus navis? An & illi, qui mutuum numerarunt sub pignore carinæ,* op Bodemerye? *An & domini mercium jactarum? & quid si jactæ, cum necdum medium itineris absolutum esset?*

13. *Nihil refert, quales res jactu servatæ sint, an magni an parvi ponderis? & quid in eo, quod socii nautici ex more sine naulo transvehunt? Quid juris, si merces jactæ, quæ non ab initio, sed post emensam itineris partem fuerant navi impositæ? Si ignaro navis totius conductore magister merces alias imposuerit, et hæ jactæ sint, an et tunc conductor ex suis salvatis contribuere debeat?*

14. *Non contribuendum ex esculentis et poculentis in dies proximos commeandi, nec hodie ex vestibus quotidianis, esculenta non fieri ipso jure communia in navi in casu necessitatis.*

15. *Non contribuendum ex salvatis, si postea casu perierint, antequam ad locum destinatum perlata essent, æstimandæ sunt merces jactæ et salvæ, jactæ quanti emtæ, salvæ quanti vendi possunt; quo ipso [illegible] observari æqualitatem demonstratur.*

16. *Quo modo hodie salvæ et jactæ æstimentur?*

17. *Etenim pecuniæ jactæ vel salvatæ intuitu contributio locum habet, et æstimatur non ex valore imposito, sed secundum internam materiæ bonitatem; sarcinæ jactæ æstimantur, prout extrinsecus apparent, non item pretiosa, quæ clam iis inclusa, nisi magister fuerit ita monitus, vel nisi pretiosa illa non jacta, sed salvata probentur.*

18. *An ædibus dirutis ob ortum incendium, ne latius serpat, vicinis domino ædium id reparare debeant?*

19. *De aliis legis Rhodiæ capitibus, remissive.*

1. QUantam olim nominis celebritatem insula Rhodus rapiente in admirationem Colossi structura ac operum aliorum nobilitate, gymnasio Asiaticæ eloquentiæ ac mathematicarum artium studiis clarissimo, navalibus victoriis, aliisque, adepta fuerit, non est quod hic pluribus prosequamur. Id unum sufficerit adnotasse, usque adeo navigandi peritia atque solertia, & legum nauticarum æquitate gloriam sibi peperisse urbis hujus ac insulæ incolas (uti quondam etiam Veneti, teste Julio Cæsare lib. 3. de bello Gall.) ut & Antonini Imperatoris meruerint assensum ac comprobationem, *l. 9. ff. h. t.* Cujus legis nonæ ut sensus evidentior sit, & evitentur ex geographia petitæ difficultates, dum intelligi non satis apte potest, qua ratione Eudæmon, in Italia naufragium passus, a publicanis Cyclades insulas inhabitantibus direptus fuerit; in Eudæmonis quidem supplicatione non improbabiliter quandam tentatam puto emendationem, ut pro ἐν τῇ Ἰταλίᾳ reponatur ἐν τῇ Τήλῳ, scilicet θαλάσσῃ, id est in mari Telio, quod circa Telum insulam est, vel ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ, id est in Icario mari: sic enim facilius concipi poterit, per publicanos, Cyclades insulas inhabitantes, direptum fuisse Eudæmonem, in Icario Teliove mari, non adeo distantibus, naufragium perpessum. Ipsum autem Antonini rescriptum quod attinet, considerandum id, quod Latinis *jus*, Græcis νόμον esse, ac proinde uti jus & injuria varie accipitur, *l. pen. & ult. ff. de justit. & jure pr. Inst. de injuriis*; ita & vocabulo νόμος frequenter quidem *legem*, subinde & *consuetudinem*, quandoque etiam *jus* denotari, veluti cum dicitur νόμῳ πολέμου, jus belli, ut videri potest apud Stephanum in lexico Græco sub verbo νόμοις unde & in Institutionibus ἀνομία καὶ ἀδικία pro injustitia & iniquitate accepta fuit, *pr. Inst. de injuriis.* Quibus præmissis, si, demto puncto post vocabulum θαλάσσης, continuata serie legamus rescriptum Imperatoris, & vocabulum νόμος priore loco positum reddamus Latine per *jus*, nulla amplius hærebit ambiguitas, obscuri nihil. Scilicet ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ &c. id est; *ego quidem mundi dominus* (supple *sum*) *jus autem maris lege Rhodia nautica judicetur, quatenus nulla nostrarum legum adversatur.* Quasi diceret; ego quidem mundi dominus sum, sic ut negotiis nauticis meo possem arbitrio leges ponere ut summus legislator; cujus solius est & condere leges & interpretari. Sed, quia jam extat æquissima, & velut usu frequenti ad examen justitiæ revocata, lex Rhodia, eam comprobandam censeo, atque adeo constituo, ut jus maris circa quæstiones navales definiatur, decidatur, judicetur, secundum hanc ipsam Rhodiorum legem, quatenus nulla nostrarum legum adversatur. Quod autem Imperator se mundi dominum appellat, id de mundo seu orbe Romano accipi oportere, colligi potest ex *l. in orbe 17. ff. de statu homin.* in qua omnes, qui *in orbe Romano* sunt, ex

constitutione Imp. Antonini cives Romani dicuntur effecti. Quæ interpretatio eo magis admittenda erit, si consideres, Antoninum illum, cujus mentio est in *d. l.* 17. non fuisse Antoninum Caracallam, sed vel Antoninum Pium, vel Marcum Antoninum philosophum, ut demonstravi *t. de statu homin. n.* 2. hujus quoque rescripti præsentis auctorem alium esse non posse, quam vel Pium, vel Marcum Antoninum, neutiquam Caracallam, cum Volusius Macianus hujus meminerit rescripti secundum suprascriptionem *legis* 9. *ff. h. t.* quem ante tempora Caracallæ scripsisse ac floruisse certum est. Sic ut nec improbabile sit, eundem Antoninum sive Marcum, sive Pium, auctorem esse, tum constitutionis, qua omnes in orbe Romano cives Romani effecti sunt, tum hujus de naufragio & direptione rescripti; eique quasi in consuetudinem quandam abiisse, quod se mundi vel orbis Romani dominum jactaret, scriberet, profiteretur. Alias hujus legis explicationes & emendationes vide apud Vinnium ac Peckium de re nautica ad *d. l.* 9. *ff. h. t.* Jacobum Gothofredum, *libello peculiari ad d. l.* 9.

2. Præcipua inter leges Rhodias est ea, quæ de jactu & contributione agit; qua cautum, *ut si navis levandæ gratia jactus mercium factus sit, omnium contributione sarciatur* damnum, *quod pro omnibus datum est*, *l.* 1. *ff. h. t.* æquissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent, *l. si laborante* 2. *in fine pr. ff. h. t.* Unde apparet, non ex jactu sed ex subsecuta ad jactum conservatione aliarum mercium natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de jactu actio esset: eoque conferendum, quod ab Ulpiano rescriptum est, eum, qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla teneri actione: sed si sine causa id fecisset, in factum; si dolo, de dolo actione obstringi, *l. qui servandarum* 14. *ff. de præscript. verbis*. Etsi legem illam alii aliter explicent, & Vinnius velit, id tantum ibi definiri, quis ex jactu teneatur; scilicet, non eum, qui projecit, sed illum cujus intererat projici, dum merces suas salvas habet, licet ipse non projecerit, *ad Peckium de re naut. ad l.* 2. *pr. ff. h. t. lit. b.* Quæ tamen interpretatio minus convenit verbis *d. l.* dum ibi quæritur de eo, qui non simpliciter projecit, *sed suarum servandarum causa alienas projecit*. Nec refert, utrum consentientibus mercium dominis, an illis invitis, actus factus sit; modo sociorum nauticorum judicio periculum imminens jactum desideret, & quoad ejus fieri potest curetur, ut gravioris ponderis pretiique minoris merces projiciantur, *Wisbuysche Zee-Rechten art.* 20. 21. 39. *vel* 40. *Zee-Rechten van Kon. Philippus* 1563. 1. *van Schipbrekinge en Zeevverpinge art.* 4. 5. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 814. 815. Neque inquirendum, an & alii in eodem periculo constituti jactum fecerint, aut armamenta amoverint, nec ne; sed magistri & sociorum istius navis æstimatio ex bona fide est, atque judicium, quæ sufficiens imminentis periculi magnitudo sit, qua quantitate oporteat salutis ergo jacturam facere, Weitsen *van Avarye vers. daaromme*. Non etiam interest, quo in loco jactus fiat, sic modo commune periculum immineat, & ejus amovendi gratia jactus necessarius judicatus fuerit; sive in pleno mari, sive in portu; sive tempestatis violentia jactum suaserit, sive etiam sereno cœlo alia quæpiam causa non prævisa, ut magistri culpa non sit; cum leges nullam locorum intuitu distinctionem faciant, & ex mox dicendis pateat, multa alia extra ventorum vim contributioni locum facere, quoties communis periculi amovendi intuitu merces quædam perierunt dominis, ut ceteræ salvæ sint, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 65.

3. Jactui enim alia plura inveniuntur comparata, partim jure Romano expressa, partim ex usu navigantium, & tum antiquioribus tum recentioribus legibus nauticis paulatim recepta: quæ omnia per contributionem sarcienda *avariæ* appellatione venire solent, vulgo *Avarye*. De cujus denominationis origine, ac ratione, conjecturæ variæ occurrunt apud Weitsen *tract. van Avarye in pr.* Vinnium ad Peckium *de re nautica ad l.* 1. *ff. h. t. in fin.* Sciendum autem, non unius generis nunc avariam esse, sed in *magnam*, seu *grossam*, & *communem* dividi. *Magna* dicitur, quoties non modo mercium salvatarum, sed & ipsius navis, dominus tenetur contributione damnum pro rata resarcire. *Communis*, cum soli mercium, non item navigii ipsius domini, hac gravantur contribuendi necessitate. Et si Gallis nunc avaria magna & communis pro eodem accipiatur. *Ordonnance de Louis XVI. touchant la marine livre* 3. *t.* 6.

4. Ad avariam magnam præter damnum ex jactu datum pertinet etiam, si jacturæ occasione merces aliæ detectæ, atque ita aspersione aquæ corruptæ fuerint: si modo plus sit in corruptione seu damno per aspersionem aquæ dato, quam est in contributione: nam si plus sit in contributione quam est in damno per aspersionem illato, ipsi mercium corruptarum domini adhuc aliis, quorum res projectæ, pro rata contribuunt, *l. navis onustæ* 4. §. *ult. ff. h. t.* Cui non absimilem aliam facti speciem exhibet Weitsen *tract. van Avarye, versu, nemaar hebbe*, si forte aquæ superfluentis exonerandæ gratia apertura quædam in navi fiat, quæ corruptioni per aspersionem occasionem præbet. Sed & jacturæ simile est, si merces quædam in scapham conjectæ sint, ut navis portum facilius intraret, & scapha perierit, *d. l.* 4. *pr. ff. h. t. Zee-Rechten van Kon. Philippus ann.* 1563. *t. van Schipbrekinge art.* 10. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 816. idque mercium pereuntium non item scaphæ ipsius pereuntis intuitu, Weitsen *van Avarye circa med. vers. voorts sois de vrage*, vel si communis periculi amovendi causa armamenta navis, veluti anchoræ, rudentes, mali, antennæ, aliaque similia dejiciantur, cædantur, removeantur, navigantium, aut saltem sociorum navalium consilio ac voluntate, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l. amissæ* 5. §. 1. *ff. h. t. Wisbuysche Zee Rechten art.* 12. 21. vel navis a piratis, datis quibusdam mercibus, una cum reliquis rebus navigio impositis redemta sit, *l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h. t.* sive mercium pars data fuerit, sive lucrum promissum, magistro velut pignoris jure retento, donec illud solutum sit, Weitsen *van Avarye circa med. vers. ende uyt 't gunt*, Vinnius *ad Peck. de re nautica ad l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h. t. lit. a*, etsi tales cum piratis transactiones superiore seculo vetuerit Philippus Hispan. Rex *placito* 20. *Januar.* 1570. *art.* 27. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 835. Non item, si piratæ arbitrio suo res quasdam ex navi abstulerint, vel u-

nus suas merces a piratis redemerit; *l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h. t.* uti nec, si ipsa navis violentia tempestatis damnum senserit, ictu fulminis deustis forte armamentis, & arbore, & antenna, etsi tumultuariis armamentis ad præsens comparatis instaurata onus integrum pertulerit ad locum destinatum, *l. amissa* §. *l.* 6. *l.* 7. *ff. h. t.* Weitsen *van Avaryen fere in pr. versu, notanter*, Grotius *manud. ad jurisrpud. Holl. lib.* 3. *c.* 29. *num.* 20. Ut tamen contributioni locus esse debeat, si malus ventorum vi dejectus, ita tamen suis funibus cohæreat navigio, ut periculum sit, ne navis in malum fluctuantem identidem concussione maris impingens rimosa fiat, ac mergatur, ideoque discriminis illius amovendi causa funes ejus rescindantur, Weitsen *van Avarye, vers. ende boevvel hier vorem geseyis*, Groenewegen *ad Grotii manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *n.* 20. Vinnius *ad Leckium de re naut. ad l.* 2. §. 1. *ff. h. t. lit. b.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 29. *numer.* 3. *vers. sed quod*. Quemadmodum etiam pro redemtione a piratis haberi debet, si piratæ citra ullam conventionem res quadam surripuerint, secundum demonstrationem sibi a navis magistro factam: quippe qui præsumendus est res demonstrasse viliores ad diripiendum, ut illis captis reliquas relinquerent, ideoque periculi communis amovendi causa, Weitsen *d. tract. van Avarye fere in med. vers. nu is de questie offer eenig*, Vinnius *ad Leckium de re nautica ad l.* 2. §. *si navis* 3. *ff. h. t. lit. c.*, Leeuwen *d. loco versu præterea*.

5. Præterea ad avariam magnam pertinet, quod magister navis mercedis nomine solvit scapharum onerariarum locatoribus, cum, nave majore vado hærente, periculi avertendi causa merces exonerandæ, *Zee-Rechten van Kon., Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 10. *d. volum.* 1. *placit. Holl.* 816. Sed &, si sine culpa nautæ navis vado hæret, ac is jactu facto navem servare valens, consultius crediderit, scaphis adhibitis salvare merces, post plerasque autem salvatas, oborta subito tempestate, navis collisa fuerit; damnum illud, tanquam periculi communis amovendi causa illatum, de communi sarciendum foret: non enim navis levandæ gratia merces in scapham videntur impositæ, ut navis cum mercibus reliquis salva esset; sed magis ipsa navis discrimini remansit exposita, ut merces scapharum ope possent conservari. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 153. Cui proximum, si communi peritorum consilio navis ad mercium conservationem consulto in littus impulsa fuerit, atque ita salvatis mercibus ipsa perierit, *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *d. t. van Schipbreken art.* 4. Hugo Grotius *manuduct. ad Jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 12. & 14. Quin &, si tempore difficilioris ac impeditæ navigationis ob hostium aut piratarum vim, magister navis, comitibus reliquis vela facientibus, funes anchoræ rescindat, dum educere non potest, ne alias solus sine comitatu iter faciat, vix dubium, quin navis & mercium servandarum, atque ita periculi avertendi intuitu id detrimentum factum, communiter reparandum sit, Weitsen *van Avarye vers. t. wertkwel. apparentie beest*. Porro, etsi scapha nec pars nec instrumentum navis sit, *l. scapham* 44. *ff. de evict. l. ult. ff. de instruct. vel instrum. leg. l. Marcellus* 3. §. 1. *ff. de rei vind.* tamen, si oborta tempestate magister navis resecuerit fluctuantis scaphæ funem, ne navi noceretur impacta in navem scapha, vel aliter, cum sat amplum scaphæ in transtro navis reponendæ spatium esset, hanc quoque scaphæ amissionem contributione sarciri, usu obtinuit, Weitsen *d. tract. van Avarye, versu, nu is de questie of de boot*. Et quamvis hominum liberorum navi vectorum nulla æstimatio sit, ac proinde eorum salvatorum aut pereuntium intuitu contributio locum non inveniat, *l.* 2. §. *cum in eadem* 2. *in med. ff. h. t.* hactenus tamen hodie ei locus est, ut, si in defensione navis adversus piratas, aut in amovendis periculi evitandi causa armamentis, socii nautici peremti aut mutilati fuerint, peremtis honesta sepultura fiat, mutilatis æstimatio operarum, quibus carituri sunt, viri boni arbitrio præstetur, communi sumtu eorum, qui navis merciumque domini sunt, *Zee-Rechten van Konink Philippus, anno* 1563. *t. van Schipbrekinge art.* 2. *d. vol.* 1. *pag.* 814. *Ordonn. van Keyzer Carel op de Zee-Rechten art.* 28. *d. vol.* 1. *pag.* 790. Weitsen *van Avarye circa med. versu, voorts so hebbe ik*.

6. Plura insuper impendia, etiam non insolita, vel ob inexpectatum casum facienda avariæ magnæ adscribi communiter fere placuit; veluti, id quod naves non armatæ contribuunt armatis pro sui tuitione, si navigandi societas inita sit, (vulgo *Admiraalschap.*) *Placitum Ordinum General.* 1. *Sept.* 1643. *art.* 46. *vol.* 1. *Placit. Holl. pag.* 882. & *placito* 4. *Junii* 1622. *art.* 4. *d. vol.* 1. *pag.* 928. quod erogatum in piscatores vel vadorum peritos, ut navis in tutum portum deferatur, si sex librarum Flandricarum quantitatem excedat, *Zee-Rechten van Kon. Philippus t. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 816. quod solutum visitatoribus navium, inquirentibus, an navis secundum præcepta legum nauticarum satis armata atque instructa sit, *Zee-Rechten van Kon. Philipp. t. van toerustinge van Schepen art.* 16. *d. vol.* 1. *pag.* 803. Denique ad avariam magnam & illud pertinet, si, cum plures navigandi societatem contraxissent, (*Admiraalschap.*) navibus quibusdam damnum a piratis illatum fuerit, aut pro defensione pulvis pyrius ac globi consumti, nisi se turpiter hostibus aut piratis magister cum sociis nauticis dediderit; vel naves quædam velocitati fidentes, & ob id a classe reliqua separatæ, damnum perpessæ sint; cum id, quod quis sua culpa sentit, damnum non intelligatur, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de regul. juris*, Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 22. *n.* 2. & *seqq.* & *n. ult.*

7. Ad avariam communem, solas merces vectas non naves gravantem, reduci solet, quod vadorum peritis ac piscatoribus pro deductione navis in tutum locum penditur, si sex libras Flandricas non excedat, *Zee-Rechten van Kon Philippus tit. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 8 6. quodque pro more præstandum gubernatoribus castellorum, quæ navis prætervehitur; vel mercenariis solvitur, pro navigio ex portu, vel in portum ex flumine, vel in flumen, trahendo aut reducendo, in quibus juratæ magistri assertioni credi solet, Weitsen *van Avarye fere in pr.*

8. Præter hæc ad avariam magnam aut communem hactenus relata tum damna tum impendia, alia insuper tributa sunt, qua proprie ad neutram ava-

nis speciem reduci possunt, etsi per mercium naviumque dominos pariter ferantur, dum non servata proportione æstimationis rerum & navigii, sed simpliciter certa tributi portio navium dominis, alia mercibus imponitur: quale est quod pro rata capacitatis navium pendendum est, (vulgo *Lastgelt*) cujus partem tertiam seu trientem navis dominus, bessem domini mercium vectarum ferunt, *Placit. Ordinum General.* 18. *Januar.* 1633. *&* 27. *Julii* 1645. *volum.* 1. *placit. Holland. pag.* 916. *&* 918. quemadmodum etiam mercedis bessem magister, trientem domini mercium ferre tenentur, quoties ob id, quod navis plena portum intrare non potuit, scapharum onerariarum conductione opus fuit, (*Lichters*) quo navis levata deinde subintret. *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 10. *d. vol.* 1. *pag.* 816.

9. Sunt denique & damna quædam, quæ nullo modo per contributionem ex mercibus salvatis reparanda sunt, sed vel ipsis mercium læsarum dominis nocent, vel ab aliis, quam mercium salvarum dominis sarciri debent. Ipsos mercium læsarum dominos gravat, si merces vasorum vitio effluxerint in navi, aut aliter sine culpa magistri eorumque, quorum opera utitur, sua natura corruptæ sint, arg. *l.* 2. *§. servorum* 5. *ff. h. t. Zee-Rechten van Keyser Carel* 19. *Julii* 1551. *art.* 44. *d. vol.* 1. *pag.* 793. vel aspersione aquæ, non occasione jactus contingentis, deteriores redditæ, Vinnius *ad Peckium de re naut. ad d. l.* 4. *§. ult. ff. h. t. lit. d.*; ut ante dictum, navis vi tempestatis, non periculi communis amovendi causa ex consilio, exarmata sit, aut merces ex navi suo piratæ abstulerint arbitrio *l.* 2. *§. si navis* 3. *l. amissæ* 5. 6. 7. *ff. h. t.* si, navi per maris quassationem vitium faciente, seu rimosa facta, aut aliter merces quædam aquæ intrantis aspersione corruptæ sint, non jactus occasionem, *l. navis onusta* 4. *§. cum autem* 2. *l. ult. §.* 1. *in fine ff. h. t.* Si, non obstante jactu, navis nihilominus alio in loco perierit; quia jactus non nisi nave salva in tributum venit, *d. l. navis onusta*, 4. *pr. ff. h. t.* adeo ut si merces jactæ, vel in scapham transpositæ levandæ navis gratia, postmodum salvæ apparuerint, suis debeant cedere dominis sine ullo onere collationis; cum in navi mersa relictæ merces non perierint pro jactarum conservatione, nec (ut Callistratus ait) videri possunt merces servandæ navis causa jactæ, quæ periit; *d. l.* 4. *§.* 1. *in fin. ff. h. t.* Plane, si ex navi, quæ periit, merces quædam eductæ sint, contributionem ex his fieri placuit; cum jactus has salvas fecerit; quippe non educendas, nisi jactu levata navis, nunc eo periisset in loco, ubi urinatorum opera utilis esse poterat; inutilis futura, si jactu non facto navis tractatius mersa periisset, *d. l.* 4. *§.* 1. *ff. h. t.* Quemadmodum etiam ex adverso, si merces jactæ vel cum scapha pereuntes, deinde urinatorum industria vel aliter servatæ apparuerint, exoneratur seu minuitur collatio, quæ salva nave fieri debuit, aut restituitur, quod jam supra modum per mercium salvatarum dominos collatum fuit, *l.* 2. *§. pen. ff. h. t.* Confer VVeitsen *de avariis*, *circa med.*

10. Quod si dolo culpave magistri, aut eorum quorum opera utitur, merces subductæ, corruptæ, læsæ fuerint, a magistro navis vel exercitore damnum illud oportere reparari, extra dubium est, *tit. ff. furti advers. naut. caup. stabular. tit. ff. naut. caup. stab. ut recepta restit.* arg. *l. cuicunque* 5. *§. idem ait* 8. *ff. de instit. act. Zee-Rechten van Keyser Carel anno* 1551. *art.* 43. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 793. Quemadmodum etiam magistri damnum est, si vadorum peritos (*Lootsen*) non adhibuerit in locis vadosis, ubi illos adhiberi moris est, arg. *l. item quæritur* 13. *§. si magister* 2. *ff. locati*. Unde & variis Ordinum Hollandiæ placitis eorum assumendorum necessitas invenitur imposita, usque adeo, ut, si magistri navium opera eorum oblatam respuant, salarium tamen præstare compellantur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus anno* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 816. *Placit. Ordinum Holl.* 19. *Decemb.* 1615. *art.* 7. *vol.* 1. *pag.* 1034. item 25. *Junii* 1621. *art.* 7. *vol.* 2. *pag.* 1034. item 10. *Sept.* 1638. *art.* 9. *d. vol.* 1. *pag.* 1040. Sed & si ob id, quod plus justo navis onerata fuit, vel merces male collocatæ, in transtro forte aut scapha, vel alteri navigio deteriori ignorante mercium domino impositæ jacturam vel aliter, oborta tempestate, perierint aut corruptæ fuerint, de damnis hisce magister tenebitur, *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schipbrekinge art.* 8. *d. vol.* 1. *pag.* 815. VVeitsen *van Avarye ante med. vers. nu is de questie of de boot*, & *in fine*, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *n.* 20. eo excepto, quod merces quasdam magni ponderis parvique pretii (*ruyge Wasen, van Oosten komende*) liceat in superiori parte navis reponere, sic ut & jactus earum in tributum veniret, Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 30. *art.* 43.

11. Nulla interim actio in jure nostro data est domino mercium jactarum, contra salvatarum dominos; sed ipse potius adversus magistrum navis experiri debet, actione locati, si merces vehendas locaverit, aut conducti, si loca quædam in navi conduxerit; vel, si incertum sit, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civili actione in factum, seu præscriptis verbis; ut is a ceteris contributionem exigat, vel per retentionem mercium salvatarum, vel per conducti aut locati aut præscriptis verbis actionem, *l.* 2. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§.* 1. *ff. de præscript. verbis*: non item per actionem hypothecariam contra tertios mercium salvatarum possessores; eo quod retentio quidem, at non pignoris taciti vel legalis jus, magistro in mercibus salvatis, a lege datum invenitur; secundum ea, quæ traduntur *tit. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Ut tamen magister navis audiendus videatur, ac absolvendus, si mercium jactarum dominis actiones suas adversus salvatarum dominos cedere paratus sit, arg. *l. quod debetur* 51. *ff. de peculio*, Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l.* 2. *pr. ff. h. t. lit. c.* præsertim, cum præstare non teneatur magister, ut ceteri solvendo sint, nec excutere & examinare teneatur facultates eorum, quorum merces vehit, arg. *l.* 2. *§. si quis ex* 6. *ff. h. t.* Quamvis autem actiones personales vulgo durent triginta annis, adeoque etiam hæ, quæ ad contributionem impetrandam comparatæ sunt, *l. sicut in rem* 3. *C. de præscr.* 30. *vel* 40. *ann.* hodiernis tamen moribus tempore breviori jus petendi contributionem circumscriptum est; puta anni, vel sesquiennii, vel triennii ex quo merces ad destinatum locum appulerunt, quo

varia locorum distantia, & transvectione mercium itinere terrestri vel maritimo peragendi; de quibus vide *placitum Philippi Hisp. Regis* 20. *Januar.* 1570. *art.* 24. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 834. *Ordonn. op 't stuk van Assurantie*, van Amsterdam *art.* 12. 15. 16. van Middelburch. *art.* 17. & 27.

12. Contribuere ad damni per jactum dati sarcitionem tenentur omnes, quorum res per jactum aliarum salvatæ sunt, etiam dominus navis, quoties secundum ante dicta damnum ad avariam magnam pertinet, *l.* 2. §. 2. *ff. h. t.* Ut tamen domini loco habendus non sit, qui fœnus nauticam magistro credidit, sub pignore carinæ (*de Bodemerye*) etsi navis naviget periculo sortis amittendæ, si pereat, adeoque etiam talis creditoris videri possit interesse, ut navis salva sit: nam & aliorum creditorum hypothecariorum interest, pignora salva esse, maxime, ubi pactio talis intercessit, ut pignoris interitu debitor liberetur, secundum *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* nec tamen uspiam in jure cautum, ea, quæ in pignoris conservationem impensa sunt, per hypothecarios creditores debere præstari. Unde & vulgatam parœmiam esse, *Bodemerye en is geen Avarye subject.* testatur Ant. Matthæus *disputat. de lege Rhodia*, (*quæ est inter extraordinarias disput.* 10.) *thes.* 13. Porro & ipse mercium jactarum dominus onere contributionis exemtus non est, quippe cui pro rata tanto minus tribuendum, quantum ceteris per contributionem decedit, vel abest; adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius quam septuaginta quinque ex contributione consequentur, quorum jactæ merces aureis centum æstimatæ sunt; uti id evidentissime colligi potest ex iis, quæ de mercibus per aquæ aspersionem occasione jactus corruptis ac depretiatis ante dicta, ex *l. navis onusta* 4. §. 2. *ff. h. t.* atque insuper evincitur ex eo, quod placuit, omnes, quorum interfuisset jacturam fieri, conferre oportere, *l.* 2. §. 2. *in med. ff. h. t.* interest autem æque dominorum, quorum merces jactæ, ac eorum, quorum res salvatæ sunt, ut ex sequentibus patebit, & adnotavit Ant. Faber *rational. ad l.* 2. §. 4. *ff. h. t.* Frustra dissentiente, ac a communi hac DD. opinione post Cujacium recedente Ant. Matthæo *disput. de leg. Rhodia*, (*quæ est decima inter disput. extraord.*) *th.* 16. Neque enim id probant allegatæ ab eo leges, simpliciter dominis mercium salvatarum contributionem imponentes; nam & jactæ in sui pretio, ex contributione conferendo, salvæ sunt. Neque stringit satis argumentum, ex *l. interdum* 5. junct. *l.* 6. *ff. qui pot. in pign.* quasi potiores esse deberent domini mercium jactarum, quam servatarum, quia illarum jactus salvam fecit harum causam. Diversus enim in d. ll. casus est. Potior scilicet merito esse debuit creditor posterior, qui cum pacto hypothecæ credidit in rei, jam aliis obligatæ, conservationem; quia is sine ullo damni periculo aut metu poterat non credere in pignoris conservationem; ut proinde præmio quodam, puta prælationis privilegio, invitari debuerit ad credendum in necessariam ac utilem prioribus hypothecariis pignoratæ rei refectionem. At mercium suarum jacturam sæpe absentes & ignorantes domini patiuntur, aut, si maxime præsentes consentiant, non modo propter alios, sed & sua gratia, jactum rerum suarum fieri sinunt; non modo, ut aliorum, sed & ut suas merces proprias per contributionem salvas habeant, non habituri, si jactu non facto navis periisset. Cum ergo jactum æque jactarum, ac servatarum mercium contemplatione fieri & æquale omnibus imminuisse periculum, in aperto sit; æquum, ut non minus illarum, quam harum, domini contributionis onerentur necessitate, & ita æquales sint in damno sarciendo qui antea æquale subierant periculum amissionis. Ex quibus etiam rationibus consequitur, minus recte hac in quæstione distinctionem adhiberi a Quint. Weitsen, dum scribit, ita demum merces jactas subesse contributioni, si post absolutam dimidiam itineris partem jactus contigerit, quia tunc naulum magistro solvendum, non item, si ante, *tract. van Avaryen post med. vers. al 't welke.* Sane enim an magistro merces solvi debeat mercium jactarum nomine, annon, quid, quæso, facit ad quæstionem de facienda per verum jactarum dominos contributione?

13. De cetero nihil interest, quales res salvatæ sint, an magni ponderis, an ex adverso leves ac navim haud magnopere onerantes, veluti annuli, gemmæ; cum æquissimum sit, commune fieri detrimentum eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut suas salvas habeant, *l.* 2. *in fine pr.* & §. 2. *ff. h. t. Zee-rechten van Kong. Philippus ann.* 1563. *tit. van Schipbrekinge art.* 7. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 815. Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 19. adeo ut ex summi juris ratione ipsi quoque socii nautici teneantur contribuere ratione mercium suarum, quas ex lege nautica vel consuetudine sine nauli solutione navigio licite imponunt (vulgo *Voeringe*), etsi plerumque mitius cum illis agi, & contributionem eo nomine non facile peti, moneat Weitsen *d. tract. van Avaryen post med. vers. en de all de Bootsgesellen.* Sed nec refert, an statim ab initio susceptæ navigationis, an itinere ex parte jam absoluto, impositæ merces fuerint, quæ jactæ sunt, dum forte ex portu solvens magister, nave minus plena, alias prioribus non ultra modum adjecit; cum utique liberum ei licitumque sit, post emensam viæ partem usque ad justum vecturæ pondus merces alias suscipere transvehendas, si modo non præter primam destinationem aliorsum deflectat oneris quærendi causa, sed recta iter continuet atque perficiat, Weitsen *d. tract. van Avaryen fere circa fin. vers. voorts soo is de vrage.* Quin &, si mercator totam navim quasi aversione, conduxerit ad mercium suarum transvectionem, magister autem alias insuper aliorum res receperit eadem navi transvehendas, ignaro priore totius navis conductore, & postea, oborta tempestate, hæ clam impositæ jactæ fuerint; conductor prior, cujus res per jactum clam receptarum salvatæ sunt, domino mercium jactarum ex suis salvatis contribuere tenetur; regressum habiturus adversus magistrum, qui præter fidem datam alienis insuper mercibus navem oneravit; non enim posterior in culpa est, quod de suis quoque mercibus transvehendis cum magistro convenerit, nec divinare potuit aut debuit quid inter magistrum primumque navis conductorem actum sit, Weitsen *tract. van Avaryen non longe a fine, vers. end uyt 't geene.*

14. Sola eximuntur contributionis necessitati esculenta & poculenta, consumendi causa navigio impo-

sita (quibus & ex usu addunt contra *l.* 2. §. 5. *ff. h. t.* vestes quotidianas quibus induti navigantes, Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 18.), ex ratione, quod, si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret, *d. l.* 2. §. 2. *in fine ff. h. t.* non, quod omnia in casu necessitatis ipso jure ad primævam redirent communionem; sed potius, quod æquitas suadeat, cibaria talia in navim consumendi gratia illata, communicari illis, qui diutius forte ac præter expectationem jactati pelago, vel in steriles, incultas, & humano ignotas vestigio regiones per naufragium rejecti, iisdem carent, & absque tali communicatione eo forte adducerentur, ut decimum quemque sortiti, alimentum haberent fame sævius, atque ita vel male perirent, vel pejus viverent; uti id de Cambysis exercitu commemorat Seneca *lib.* 3. *de ira cap.* 20. Sane, cum necessitas ex multiplicato humano genere induxerit dominiorum distinctionem, minus recte contenditur, necessitatem rursus abolituram esse illud *meum* & *tuum*, ac communionem reducturam; imo jure hic applicueris illud quod a Jacob Coren scriptum est circa statutariam bonorum communionem, nihil scilicet absurdius esse, quam quod eadem esset causa communionis admittendæ & excludendæ, *observ.* 30. *num.* 47. 48. Adde Ant. Matthæum *de crim. lib.* 47. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 7.

15. Ut tamen in contribuendo servetur æqualitas, æstimandæ res omnes tum jactæ, tum salvæ, quotquot obnoxiæ sunt oneri collationis; si modo per jactum salvatæ ad destinatum etiam locum salvæ delatæ sint; nam si post jactum, antequam perlatæ vel exoneratæ essent, casu perierint, dum servi aut animalia morbo in navi extincta, vina dolii vitio effusa, frustra fieret eorum æstimatio, quæ suis pereuntia dominis, ipso jure desinunt obnoxia esse contributionis necessitati, *l.* 2. §. *servorum* 5. *ff. h. t.* Et jactæ quidem, quanti emtæ sunt; salvæ vero, quanti venire possunt, *l.* 2. §. *porro* 4. *ff. h. t.* Quam æstimandi rationem, recte explicatam summa sese æquitate & æqualitate commendare puto; quippe qua efficitur, ut domini mercium jactarum etiam lucri, quod ex salvatis acquiritur, fiant participes, in compensationem ejus, quod ex suis, si salvæ fuissent, ipsi quoque potuissent lucrari; atque ita neque deterior, neque melior, sed plane par sit conditio eorum, quorum merces jactæ, quorumque servatæ sunt; ac generaliter lucrum & damnum æquale sentiant, qui æquale subierunt periculum amissionis. Merces mille aureis emtas navi vectas concipe; oborta tempestate, mediam earum partem quingentis emtam, jactura periisse; salvatas reliquas, quingentis itidem emtas, vendi nunc posse octingentis eo in loco, ad quem devectæ sunt: quadringentos utique mercium salvatarum domini tribuent jactarum dominis, seu mediam partem æstimationis mercium salvatarum, quia mercium navi vectarum pars media jactu periit. Finge ex adverso, minoris nunc valere mercium salvatarum pretia, quam quanti emtæ (uti sæpe incerta fert mercaturæ alea) adeoque rursus ex mercibus mille aureorum pretio comparatis, vectisque jactam fuisse partem dimidiam quingentis emtam; salvas, quingentis quidem etiam emtas, non nisi trecentis in destinato loco vendi posse; jactarum dominis sola centum & quinquaginta cedent, totidem remanebunt penes salvatarum dominos ex pretio praesenti. Fit scilicet contributio proportione jactus, seu collata inter se jactarum, & salvatarum mercium quantitate: jacta mercium vectarum parte dimidia, dimidia pars pretii salvatarum in solatium illis præstabitur, qui suas jactu perdiderunt: si pars quinta jacta, quinta quoque pars pretii, quo salvæ vendi possunt, jactarum dominis contribuendum, & sic in ceteris: computo instituto secundum schema subjunctum. Posito lucro ex mercibus salvis.

Merces jactæ æstimatæ quanti emtæ	500
Salvæ itidem æstimatæ primitus quanti emtæ	500
Sed cum salvæ octingentis vendi possint, addendum est lucrum trecentorum	300
Quæ summæ conficiunt	1300
Quia vero in dimidia parte mercium jacta erat damnum quingentorum	500
Hinc eo subducto supersunt	800
Et quia mercium omnium pars dimidia jacta proponitur, necesse, ut dimidium ejus, quod est in pretio salvatarum, præstetur dominis projectarum, adeoque	400

Idemque est, si minoris nunc valeant salvæ, quam quanti emtæ, eo solo immutato, ut pro lucro sorti addito in specie superiore, nunc subducatur sorti tum damnum ex jactu, tum damnum ex salvatarum depretiatione, atque ita, quod superest, pro rata dividatur.

16. Ab hac Romani juris computatione, sic exposita, effectu inspecto parum differt ea, quæ moribus hodiernis recepta, ac edictis stabilita est, etsi in computandi modo diversitas sit: dum cautum edicto nautico Philippi anno 1563. æstimandas esse res jactas & salvas, quanti vendi possunt in loco, ad quem salvæ appulerunt, deducto naulo reliquisque impendiis & tributis salvatarum intuitu adhuc præstandis (eo quod pro jactis nec tributa nec impensæ ulterius præstandæ sunt, ac ne naulum quidem, si jactus contigerit, antequam medium iter absolutum sit. Weitsen *van Averyen post med. vers. ende in dese sake*); istique æstimationis quantitati superaddi oportere navis ipsius salvatæ pretium, vel totum naulum mercium vectarum, si forte plus sit in naulo debito, quam navis pretio; idque arbitrio eorum, quorum merces vectæ sunt, *tit. van Schibrekinge art.* 6. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 815. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 14. 15. 16. Licet ipsi nautæ arbitrium illud tribuat, Weitsen *tract. van Avarye post med. versu, de gemeene Costuyme*, & Gallis nunc placeat, dimidiatam navigii æstimationem dimidiato naulo junctam, collationi subesse, *Ordonance de Louis XIV. de l'an* 1681. *touchant la Marine liv.* 3. *tit.* 8. *art.* 7.

7. Pecuniam jactam vel salvam quod attinet, licet omnia vulgo æstimet, & non vicissim æstimetur, l. *si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* & gravis aliquando disputatio fuerit, an pecuniæ numeratæ intuitu contributio ob jactum facienda esset, ut videri potest apud Weitsen *d. tract. fere in med. versu, que-*

tiie, of 't Gelt, tamen æstimationem ejus contributionis intuitu fieri oportere; non secundum valorem ejus externum seu impositum, sed secundum internam ipsius materiæ bonitatem, constitutum est, *Zee Rechten van Schipbrekinge art.* 7. *d. vol.* 1. *pag.* 815. Sed sciendum est, nullam in contributione rationem haberi pecuniæ aut aliarum mercium pretiosarum, jactis sarcinis aut cistis clam inclusarum, nisi mature, antequam jactus fieret & periculum immineret, magister ejus rei fuerit admonitus: cum alioquin sarcinæ projectæ æstimandæ tantum veniant secundum id, quod ex forma exteriore videri possunt continere, aut in contractu cum magistro navis inito (*de cognoscementen*) expressum est, *Zee-Rechten van Kon. Philippus d. tit. van Schipbrekinge art.* 5. *d. vol.* 1. *p.* 815. Weitsen *d. tract. van Avaryen prope finem, versu, quæritur in de meeste bitte*. Plane, si doceri possit, pretiosa illa magistro non indicata, sed vilioris formæ sarcinis clam involuta, salvata esse, eo nomine contributionem fieri æquitas suadet; ne alias melioris essent conditionis, qui mala, quam qui bona egerunt fide. Quod & nomine apud Gallos nunc ita sancitum, *Ordonnance de Louis XIV. de l'année* 1681. *touchant la Marine, livr.* 3. *tit.* 8. *art.* 8. & 9.

18. Jactus occasione quæri solitum, an, ædibus dirutis ob ortum incendium, ne latius illud serpat, vicinia domino ædium sic dejectarum teneatur damnum reparare? affirmantium quidem opinionem Britanniæ, consuetudine firmata invenio, *art.* 600. ubi Argentræus; eamque, ut communem, & æquissimam, tuentur Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 22. *num.* 4. 5. Sande *dec. Frisic. lib.* 5. *tit.* 7. *defin.* 3. Vinnius *ad Peckium de re nautica ad l.* 1. *ff. h. t. lit.* B. Sed, uti lege destituitur, ita æquitate non sustinetur; cum non eadem incendii, quæ jactus, ratio sit. Contributionem fieri ob jactum ab omnibus, æquum erat, quia jactu non facto periculum imminebat æquale rebus omnibus navi vectis, tam salvis, quam jactis. At non ita exorto incendio æqualis ad omnem viciniam spectat damni metus, sed ad proximos maximus, minor ad remotiores. Ut proinde rectius dicatur, vel a nullo refici tale damnum oportere, si ad depositas ædes jam ignis pertigerit; vel, si necdum eo pervenerit incendium, ab eo solo, qui dejecit; ut dictum *tit. de lege Aquil. num.* 28. Tuldenus *ad tit. C. de lege Aquil. num.* 3. Ant. Matthæus *disp. ad leg. Rhodiam* (*qua est miscell.* 10.) *thes.* 23. Wissenbach *ad Pand. h. t. n.* 6.

19. Quæ vero aliis legis Rhodiæ nauticæ capitibus cauta fuerint, disci potest ex jure navali Rhodiorum, quod Græce & Latine post Peckium & Vinnium de re nautica, & jure Græco-Romano recusum exstat.

TITULUS III.

De institoria actione.

SUMMARIA.

1. *Qui veniant appellatione institorum?*
2. *Quibus detur actio institoria? an & ei, qui cum substituto contraxit? Contra quos? & quo usque obligentur pupilli sine tutore præponentes, aut præponentis heredes existentes? Si plures præposuerint, quo modo teneantur jure civili, ac moribus? quo modo liberari possint tabernam derelinquendo?*
3. *Tendit ad id, quod institoris contractu continetur, modo ejus rei gratia, cui præpositus est, contraxerit. Quid si contraxerit post mortem præponentis, mortis non ignarus?*
4. *Obligat institor præponentem & contrahendo & delinquendo; quod exemplis monstratur libitinarii, pistoris, & pharmacopolæ, tradendo transfert dominia rerum, recte ei pretia rerum venditarum solvuntur, de pretio fidem habet, etsi prohibente domino, modo emtor in bona fide sit. An a se ipse emere possit rem præponentis?*
5. *Cessat, si mandatum palam revocatum sit; & quid si institor tabellam revocationis corruperit &c. quid si præponens ex contractu post revocatum mandatum inito locupletior factus sit?*
6. *An, & quando institor ipse conveniri possit ex suo contractu, secundum jus civile & hodiernum?*
7. *An præponens ex contractu institoris agere, rerum venditarum pretia exigere, res institori venditas & traditas vindicare possit, si doceat suis nummis eas per institorem emtas esse?*
8. *Ad quid institor præponenti teneatur.*
9. *Ad quid præponens teneatur institori? an cogi possit, ut patiatur sibi ab institore rationes reddi? an compensatione servare expensas? An retentione mercium sibi commissarum sibi consulere, cum eas ipse præponens vendidisset ac tradi mandasset.*

1. Institor appellatus ex eo, quod negotio gerendo instet, *l. institor* 3. *ff. h. t.* est omnis ille, qui tabernæ vel alteri cuicunque negotiationi, ideoque ad emendum vendendumque, etiam sine loci vel tabernæ certæ designatione, præpositus est, sic ut & illos institores dici placuerit, quibus vestiarii vel lintearii dant vestem circumferendam & distrahendam, vulgo circitores, *l.* 3. *l.* 4. *l.* 5. *pr.* & *§. sed etiam* 4. *l. institor est* 18. *ff. h. t.* quique receptioni pecuniæ, fructibus colligendis & distrahendis, pecuniis mutuo accipiendis & fœnerandis, ex mandato incumbunt, ut saltem utili actioni locus inde fiat, *l. si cum villico* 16. *l. pen. ff. h. t.* sive a domino, sive a procuratore domini præpositi sunt, *l. cuicunque* 5. *§. ult. l.* 6. *ff. h. t.* Nec interest, cujus sit conditionis qui præponitur, liber, an servus; masculus, an fœmina; pubes, an impubes; cum sit quod sibi imputet præponens, si quid per eos minus recte curatum sit, *l. sed & si* 7. *§.* 1. 2. *l.* 8. *ff. h. t.* & cum institore contrahentes non tam institoris, quam potius præponentis fidem secuti intelligantur.

2. Ab hoc institore nomen accipit actio institoria, exercitoriæ in plerisque similis; quæ contra præponentem, sive masculum sive fœminam, datur ei, qui cum institore contraxit, *l. sed & si* 7. *§.* 1. *ff. h. t.* non item cum substituto ejus, eo quod nuspiam id de hac actione cavetur; & quod de promagistro per magistrum substituto, exercitorem obligante, jure singulari propter utilitatem navigantium constitutum invenitur, in *l.* 1. *§. magistrum* 5. *ff. de exercit. act.* ad consequentias producendum non est. Si pupilli præposuerint, si quidem auctore tutore, in solidum, sin sine auctoritate ejus, duntaxat in quantum locupletiores sunt facti tenentur. Plane si præ-

ponenti hæredes extiterint, æquissimum est, eos teneri ex facto institoris, quamdiu is præpositus manet; cùm removendus fuisset a tutoribus, si nollent ejus operis uti, *l. verum si* 9. *l.* 10. *l.* 11. *pr. ff. h. t.* Minor præponens per integrum restitutionem, causæ cognitione interveniente juvatur, *d. l.* 11. *§.* 1. *ff. h. t.* Si filiusfamilias aut servus præfecerit, domino vel patre sciente & permittente, patrem dominumve non in solidum, sed tributoria actione reddunt obligatum; in quo rursus ab exercitoria hæc diversa est, *l.* 1. *§. licet autem* 20. *ff. de exercit. act.* Si plures ejusdem institoris præponentes sint, singulos in solidum conveniri obtinuit, exemplo exercitorum, nisi is casus, in quo inter plures præponentes cessat societatis & communi dividundo judicium; tunc enim singulos pro parte tantum condemnari placuit, *l. habebat* 13. *§. ult. l.* 14. *ff. h. t.* Sed quemadmodum moribus hodiernis exercitores singulos tantum pro rata parte, & non in solidum ex magistri facto obstringi, dictum fuit *t. de exercit. act. num.* 5. ita quoque in pluribus ejusdem tabernæ vel negotiationis exercitoribus, ex institoris facto obligandis, idem jus est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 1. *num.* 39. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 5. *numer.* 8. *in med.* Quin imo, uti exercitores hodie ex contractu vel facto magistri conventi liberari possunt derelinquendo seu cedendo jus suum, quod in navi habent, secundum tradita *d. t. de exercit. act.* ita & ab obligatione, ex institoris facto nata, liberari præponentes, cedendo quicquid institoris fidei commiserunt, usu receptum ait Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 3. *num.* 10.

3. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur, quod institoris contractu comprehensum, si modo ejus rei gratia contractum fuerit, cui institor præpositus est, *l. cuicumque* 5. *§. non tamen* 11. *l. sed si pupillus* 11. *§. conditio* 5. *ff. h. t.* Proinde (ut eleganti sermone Ulpiani continuato utar) si præposui ad mercium distractionem, tenebor nomine ejus ex emto actione. Item, si forte ad emendum præposuero, tenebor duntaxat ex vendito. Sed neque, si ad emendum, & ille vendiderit: neque si ad vendendum, & ille emerit, debebo teneri. Sed &, si pecuniam quis crediderit institori, ad emendas merces præposito, locus est institoriæ. Idemque est, si ad pensionem pro taberna exsolvendam; si modo prohibitum non fuerit mutuari. Et si ei, quem ad vendendum emendumve oleum præposui, mutuum oleum datum sit, dicendum erit institoriam locum habere. Item si institor, cum oleum vendidisset, annulum arrhæ nomine acceperit, nec eum reddat, dominus institoria tenetur: nam ejus rei causa, in quam præpositus fuit, contractum est: nisi forte mandatum ei fuit præsenti pecunia emere. Quare, si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriæ locus erit. Quin & fidejussori, qui pro institore intervenit, pro recuperando eo quod solvit, institoria competit; quia fidejussio sequela ejus rei est, cui dominus institorem præfecit, *d. l. quicunque* 5. *§. proinde* 12. 13. 14. 15. 16. *ff. h. t.* Adde *l.* 1. & 3. *C. h. t.* Nec multum interest his in casibus, utrum vivo præponente, an eo jam mortuo, institor contraxerit, cum id hic negotiationis seu *promiscui usus* favore, præter naturam mandati, receptum sit, quod morte præponentis non evanescit, ipso jure institoris officium, sed demum revocatione per heredem facta; sic ut ex contractibus ejus, ante revocationem mandati celebratis, utili saltem institoria heredes teneantur; licet mortem præponentis non ignoraverit institor, quique cum institore contraxit, *l. si quis mancipiis* 17. *§.* 2. 3. *ff. h. t.* junct. *l. sed si pupillus* 11. *pr. ff. h. t.* Et quamvis Ulpianus scripserit, æquum esse, *ignoranti* mortem præponentis institoriam dari, *l. cuicunque* 5. *§. pen. ff. h. t.* quod ita obtinebat ex jure communi, arg. *§. item si* 10. *instit. de mandato*, non tamen negat, jure singulari propter utilitatem promiscui usus, etiam scienti utilem saltem ex æquo & bono oportere concedi; ac proinde quod isti deest legi, aliunde supplendum ex *d. l.* 17. *§.* 3. *ff. h. t.* Quia vero hæc utilitas promiscui usus, seu commerciorum, non ita apparebat in eo, qui tantum calendario præpositus erat, etsi is etiam sub latius sumto institoris nomine comprehendi possit, *l. quicunque* 5. *§.* 2. 3. *ff. h. t.* visum magis fuit, in eo non jus singulare sed ordinariam mandati naturam servandam esse, ac solos mortis præponentis ignaros, non item scientes, debere juvari & excusari, *l. pen. ff. de rebus cred.*

4. Porro, ut institor contrahendo præponentem obligat, ita & delinquendo in officio cui præpositus est: nam si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta præsenti, *ut per dies singulos illis panem præstaret*, conturbaverit, id est, decoxerit, dubitari non oportere, quin, si permisit, ei ita dari summas, teneri debeat, a Labeone responsum est, *l. cuicunque* 5. *§. idem Labeo* 9. *ff. h. t.* Et si libitinarius id est mortuorum sepultor, servum pollinctorem habuerit, utilem, seu quasi institoriam actionem, in eum dari placuit, *d. l. cuicunque* 5. *§. quidem ait* 8. *ff. h. t.* quod extendendum ad pharmacopolas, si hi, quos suis præfecerunt officinis, venena pro medicamentis errore vendiderint. Facit eo *l.* 1. *C. ad leg. Jul. repetund. l. cum si exhibuissent* 3. *ff. de publicanis*, *l. si servus servum* 27. *§. si fornacarius* 9. *ff. ad leg. Aquil.* Andr. Gayl. *de pignoration. observ.* 5. *numer.* 4. Sed & aliis quam plurimis modis institor præponenti per factum suum nocet: ad vendendum enim constitutus tradendo rerum distractarum dominia in emtores transfert; pretia conventa recte accipit: sic ut emtor, qui ea bona fide præstitit, iterato solvere domino non compellatur, si institorem inidoneum fieri aut foro cedere contigerit, & ob id dominus servare ab eo rerum pretia non potuerit; nec etiam dominus convenire possit eos, ad quos rerum suarum pretia, institoris facto, pervenerunt, dum is forte suos proprios ex istis pecuniis dimisit creditores, bona fide easdem recipientes. Quin imo, si mores spectes, quibus vulgatum est, mobilia non habere sequelam, venditio per institorem facta tenebit, transibit rerum venditarum dominium, & numeratione pretii institori facta emtor liberabitur, etsi institor prohibente domino res distraxisset ementi bona fide; vel eas suo creditori, in bona fide constituto, dedisset in solutum, aut pignori obligasset; adeo ut hoc casu creditor institoris eas non nisi post luitionem, sed debiti solutionem, reddere omnino præponenti teneatur, *statut. Antverpiens. tit.* 58. *art.* 5. Neostadius

Curiæ supr. decis. 85. Anton. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *numer.* 9. *in fine*, & *Paræm. Belgar. Jurisc.* 7. *numer.* 7. *in med.* Sed &, si fidem de pretio habuerit rerum emtoribus, dominium transfert, licet ei mandatum fuerit, ut parata pecunia merces vendat: cum sit, quod in his omnibus sibi imputet præponens, quod tali commiserit rerum suarum curam & tractationem; regressus tantum habiturus adversus institorem, si is mala fide res aut rerum pretia interverterit, aut aliter in alienandis rebus mandati fines prætergressus sit, arg. *l.* 1. §. *unde quærit* 9. *ff. de exercit. act.* Etenim, an jure institor periculo præponentis de pretio fidem habere; an transigere; an merces, certo loco vendendas, alio mittere inspiciendas ac distrahendas; an ipse res sibi ad vendendum traditas emere possit; & quæ hujus sunt generis alia plura, partim ex forma mandati seu præpositionis, partim ex generalibus regulis in mandato recepit, definienda sunt, *l. sed si pupillus* 11. §. *conditio* 5. *ff. h. t.* Sane fidem de pretio per institorem haberi potuisse, nisi nominatim ei mandatum fuerit, ut parato pretio merces vendat, Romanis placuit, dummodo secundum mandati naturam diligens ac cautus fuerit in admittenda ac probanda emtoris fide, arg. *l. cuicunque* 5. §. *item si institor* 15. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 4. & *in confirmatione addita.* Neminem autem a se ipso emere potuisse, ne per interpositam quidem personam, adeoque nec institorem, nec tutorem, res domini præponentis vel pupilli vendentem, earundem posse emtorem existere, constat ex *l. si in emtione* 34. §. *ult. ff. de contr. emt. l. pupillus obligari* 5. §. *sed si per* 3. *ff. de auctorit. tut. l.* & *qui sub* 10. *C. de distract. pign.* nisi secundum usus hodiernos institor statim ab initio, quam primum merces sibi ad vendendum missas recepit, eas sibi emtas habere constituerit, præsente pretio, seu tanto, quanti tunc res valebant, illudque eodem tempore rationibus domini præponentis accepto tulerit, seu in ejus rationes bona fide transcripserit, sic ut præponentis non intersit, alium, quam institorem, mercium suarum habere emtorem, arg. *l. tutor rerum* 56. *ff. de admin.* & *peric. tut.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *quæst.* 7. & *in confirmatione addita in fine.*

5. Cessat tamen hæc actio institoria, si quis novaverit hanc ex facto institoris natam obligationem, vel ab institore, vel ab alio, novandi animo stipulando, *l. habebat* 13. §. *meminisse* 1. *ff. h. t.* uti &, si præponens palam, affixa ad tabernam tabella, prohibuerit cum institore contrahi. Sed si institor aut alius tabellam corruperit aut amoverit, vel ipsa tabella vetustate, pluvia, aut alia ex causa legi non potuerit, & ita cum ignorantibus institor adhuc contraxerit, præponentis damnum erit, isque obligabitur, *l. sed si pupillus* 11. §. *de quo palam* 2. 3. 4. *ff. h. t. l. quotiens in taberna* 47. *ff. de peculio.* Si tamen ex contractu, post revocatum mandatum per institorem celebrato, locupletior sit factus præponens, æquum non est, eum cum aliena lucrari jactura, ac proinde exceptio revocati mandati per creditorem doli replicatione elidi potest, *l. si quis mancipiis* 17. *Proculus* 4. *ff. h. t.* junct. *l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.*

6. Præter institoriam, in præponentem & heredes ejus dandam, etiam directa ex ipso contractu in institorem actio competit, si ille homo liber sit, arg. *l. item si filiusfam.* 7. §. *interdum* 11. *ff. de senatusc. Macedon. l.* 1. §. *est autem* 17. *ff. de exerc. act.* idque durante adhuc officio, non eo finito, nisi institor insuper se ut fidejussorem obligasset, *l. ult. ff. h. t.* Peckius *de jure sistendi cap.* 4. *num.* 12. 13. Rodenburch *de jure conjugum t.* 3. *cap.* 1. *nu.* 18. *pag.* 339. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 192. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *numer.* 35. licet, officio deposito, hactenus adhuc obstrictus maneat, ne contra suum factum veniat; nec rem a se venditam traditamque vindicet, si forte suam, tamquam præponentis propriam, vendiderit ac tradiderit, *l. servum Titii* 49. *ff. mandati.* Sunt tamen, qui censent, secundum mores hodiernos, ei, qui cum institore contraxit, electionem non esse, utrum contra præponentem, an potius adversus institorem agere velit, sed tantum contra præponentem agendum esse: nisi quis cum institore, non qua tali, contraxerit, ignorans forte, eum institorem esse, quia tunc non alterius, quam ejus, quocum contraxit, videri potest fidem secutus; vel nisi præponens neget, hunc, cum quo contractum est, suum institorem esse; vel denique institor sese nominatim pro præponente obstrinxerit, Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 7. *defin.* 1. Jac. Coren *observat.* 28. *num.* 47. & *seqq.* Christinæus *vol.* 3. *dec.* 33. *numer.* 9. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Berlichius *par.* 1. *concl.* 75. *num.* 38. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 3. *num.* 6. 7. 10.

7. Licet autem jure Romano præponens agere non potuerit ex institoris contractu, institorio nomine cum aliis inito, nisi in subsidium, cum suum consequi nequit ab institore, *l.* 1. 2. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. §. *sed ex contrario* 18. *ff. de exercit. act.* tamen ex quo moribus invaluit, alteri per alterum non certis in casibus exceptis, uti quidem jure civili, sed passim obligationem quæri posse, vix amplius dubitari potest, quin ex contractu institoris, qua talis, valida præponenti actio danda sit. Ac proinde actione venditi recte præponens rerum suarum per institorem distractarum emtorem convenerit ad pretium, quod necdum institori persolutum est, sibi potius, quam institori solvendum; dum is forte foro cessit, aut incipit suspectus esse: si modo probet, se rem institori vendendam commisisse; quod ipsum juri quoque Romano conveniens est, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de act. emt.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 1. *numer.* 56. Roseboom *Costuymen van Amsterdam cap.* 37. *art.* 28. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 3. & *consil.* 6. *circa med.* & *part.* 4. *cons.* 3. & *cons.* 6. *ibique subjuncta confirmationes.* Quemadmodum ex adverso etiam actione ex emto utiliter petere potest res suo mandato per institorem institorio nomine emtas, *d. l. Julianus* 13. §. 25. *ff. de act. emti*, quin & tales, institori jam traditas, vindicare, etiamsi forte institor foro cesserit; cum ipsum quoque jus Romanum probaverit, ministerio procuratoris posse nobis dominium acquiri, *l. si procurator* 13. *ff. de acquir. rer. domin. l. qui mibi* 13. *ff. de donation.* §. *pen. Instit. per quas person. cuique acquiritur*, Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 1. *nu.* 52. si modo doceat præponens; non mandato tantum suo, sed & suo pre-

tio res illas emtas esse; quod, deficientibus aliis, ex eo probari poterit, quod institor eas retulerit in præponentis ratione, licet in contrahendo non expressisset, se ex mandato ac institorio nomine comparare, Jacob. Coren *observ.* 25. Kinschot *Responso* 99. *nu.* 5. *in editione ann.* 1653. Francisc. Kinschot *responso* 13. *numer.* 5. Mantica *de tacit. & ambiguis convent. lib.* 7. *cap.* 18. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 3. *n.* 9. Roseboom *Costuymen van Amsterdam c.* 37. *art.* 29.

8. Ceterum inter præponentem ac præpositum mutuas quoque nasci obligationes, expeditum est. Nam & rationes specificas gestorum reddere præponenti, res pro eo emtas ac rerum pro eo venditarum pretia accepta restituere, quæsitasque actiones cedere, institor obstrictus est; &, si quando mandato non paruerit, in rebus emendis vendendisve, pretiis transmittendis, aliisque similibus expediendis, vel si alio modo per dolum aut culpam, etiam levissimam, præponenti nocuerit, ad id quod interest tenetur, secundum ordinariam mandati naturam, suo loco plenius exponendam.

9. Vice versa institor quoque præponentem constringere potest ad id, ut is patiatur, rationes sibi reddi, quo maturius institor ab officii sollicitudine liberetur, arg. *l. admone* 7. *C. qui per tutores l.* 1. *§. ult. ff. de contraria tut. & utili act.* Munnos *de ratiociniis cap.* 4. *nu.* 24. Atque insuper mandati actione contraria indemnitatem consequi eorum intuitu, quæ institorio nomine erogavit in præponentis utilitatem. Quamvis etiam per modum compensationis servare possit sibi eo nomine debita, retentis pro modo debiti rerum per se institorio nomine venditarum pretiis, adhuc penes se existentibus, atque adeo inde sibi ipsi solvere, arg. *l.* 1. *§. praterea* 4. *ff. de contrar. tut. & util. act. l. quotiens tutor* 9. *§. sicut autem* 5. *ff. de admin. & peric. tut.* Berlichius *part.* 1. *conclus. practic.* 71. *numer.* 10. 11. Quin & jure retentionis sibi consulere, si forte merces quasdam, vendendas sibi a præponente datas, possideat, donec sibi debitum a præponente solutum sit; etiamsi forte præponens ipse easdem jam alteri vendidisset, ac institori mandasset, emtori tradi. Ut tamen incumbat institori, emtore ita desiderante, docere, tantum, quantum est in rebus, quas retinet, vel amplius, sibi a præponente deberi, Neostadius *Cur. Holland. decis* 45. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 74. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *cons.* 203. & 230. *in fin.* & *part.* 4. *consil.* 38. 39.

TITULUS IV.

De Tributoria Actione.

SUMMARIA.

1. *Quando locus sit actioni tributoria; & an ea agere possit, qui jam egit institoria?*
2. *Quorum scientia & patientia adesse debeat, ut tributoria actioni locus sit?*
3. *Quid veniat appellatione mercis peculiaris, & in quibus distet hac actio ab actione de peculio, ac peculium a merce peculiari?*
4. *Quibus detur hac actio, contra quos, & ad quid agatur? Non est hic potior domini aut patris quam ceterorum causa; nec eorum, qui prius egerunt: potiores tamen sunt, qui privilegium aut hypothecam habent, vel rem vendiderunt & tradiderunt non habita fide de pretio.*
5. *Quid juris si iniqua inter creditores distributio facta sit dolo, vel errore, & quibus modis dolus per distribuentem fiat?*
6. *Si servus separatas tabernas aut negotiationes habeat, ad singulas separatim creditores in tributum vocantur: cujus contrarium in nostratibus mercatoribus ob inere quidam volunt.*
7. *Contraria sententia adstruitur.*
8. *Ad objectiones respondetur.*

1. Si quis institoria egerit actione, sed cum non recte egisset, dum merx non dominica sed peculiaris erat, ideoque nihil obtinuisset, tributoria tamen, tamquam ex alia causa descendente, agere adhuc potest, *l. sed si pupillus* 11. *§. pen. ff. de instit. act. l. quod in herede* 9. *§. eligere* 1. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *rational. ad d. l.* 11. *§. pen.* & *ad d. l.* 9. *§.* 1. Huic enim locus est, quoties filiusfamilias aut servus in merce *peculiari*, non *dominica*, negotiatus est sciente & patiente patre vel domino; non item eo ignorante, cum actio de peculio tunc movenda foret; &, si jussisset, actio pinguior quod jussu, *l.* 1. *pr. & §.* 2. *ff. h. t. d. l.* 11. *§. pen. ff. de instit. act. l. item si* 7. *§. interdum* 11. *ff. de Senatusc. Maced.* Nec refert, cujus sexus vel ætatis sit filiusfamilias aut servus, *l.* 1. *§. pen. l.* 5. *§.* 2. *ff. h. t.* nec utrum per se, an per institorem in merce peculiari negotietur, ac cum eo contractum sit, *l. procuratoris* 5. *§. item parvi* 3. *ff. h. t.*

2. Scientiam quod attinet, quæ scilicet non plenam domini vel patris voluntatem, sed patientiam habet, sic ut velle non debeat dominus, sed non nolle, *l.* 1. *§. scientiam* 3. *ff. h. t.* si quidem servus pupilli vel furiosi sit, tutoris aut curatoris scientia ac patientia opus est, *l. sed si servus* 3. *§.* 1. 2. *l.* 4. *ff. h. t.* si servus vicarius, domini ipsius, non ordinarii servi, scientia spectatur, *l procuratoris* 5. *§. si vicarius* 1. *ff. h. t.* si plurium dominorum communis, scientia & patientia singulorum exigitur; alioquin ignorantes de peculio, scientes soli tributoria tenentur; &, si forte ignorans dominus actione de peculio conveniatur, deducit non modo, quod sibi, sed & quod alteri domino scienti & patienti debitum est, cum ipse sciens ac patiens id possit deducere, quotiens non tributoria, sed de peculio actio, adversus eum movetur, *d. l. sed si servus* 3. *pr. ff. h. t.* In servo fructuario quandoque domini, quandoque fructuarii scientia requiritur, prout mercis peculiaris dominium proprietario vel fructuario quæsitum fuerit, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *ff. h. t.* Denique scientiæ domini ac patientiæ comparatur, si procurator ejus sciverit ac passus sit, *d. l. procuratoris* 5. *ff. h. t.*

3. Locum habet hæc actio in omnis generis negotiatione, si modo in merce peculiari, per filiumfamilias aut servum exerceatur: et licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones, vel sarcinatores, vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen ad omnes negotiationes hoc edictum prætoris porrectum fuit, *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 1. *§.* 1. Nec tantum ad id, quod in merce est, sed et si præter mercem servus negotiator instrumenta habeat in taberna, ejus exercendæ causa,

vel mancipia in negotiatione ex merce parata, *l. procuratoris* 5. §. *si præter* 13. & 14. *ff. h. t.* vel si in peculio habeat pretium ex mercis peculiaris venditione redactum, illudve ei adhuc ab emtoribus debitum sit, *d. l.* 5. §. *non autem* 11. & 12. *ff. h. t.* Distat interim merx peculiaris a peculio, non in eo tantum, quod peculium immobilia æque ac mobilia complecti queat, merx peculiaris mobilia tantum, *l. mercis appellatio* 66. *ff. de verb. signif.* sed et, quod esse possit merx peculiaris, etsi nihil in peculio sit, dum illud non intelligitur, nisi deducto eo, quod patri dominove debetur, *l.* 1. §. *peculiarem* 2. *ff. h. t.* atque insuper actio hæc tributoria de merce peculiari perpetua sit, etiam post mortem aut manumissionem; cum ex adverso actio de peculio post extinctum morte vel manumissione peculium annalis tantum sit, *l. quia non* 8. *ff. h. t.* junct. *t. ff. quando de pecul. act. annal. est*, denique etiam tributoria pro merce peculiari emtor servi negotiantis non teneatur deficiente scientia et patientia ejus; qui tamen, ut possessor emti servi, actione de peculio conveniri potest, *l. de peculio* 10. *ff. h. t.*

4. Datur autem tributoria illis, qui crediderunt filiofamilias vel servo negotianti in merce peculiari, et eorum hæredibus, contra patrem vel dominum, etiam bonæ fidei possessorem, ac fructuarium, quoties ad eos pertinet merx peculiaris; contra heredes non ultra, quam quatenus ex dolo defuncti ad eos pervenit; ut tamen proprio ex dolo in solidum teneantur, *l. illud quoque* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *pr.* & §. *ult. in fin. ff. h. t.* non contra emtorem servi, ut ante dictum. Ad id, ut pater vel dominus æqualem pro rata inter se, si quid ei debeatur, ac ceteros creditores faciat mercis peculiaris, aut pretii inde redacti, distributionem: neque enim hic pater vel dominus extraneis mercis peculiaris creditoribus potiores sunt, sed par eorum cum illis causa est, *l.* 1. *pr. l. procuratoris* 5. §. *in tributum* 6. *ff. h. t.* §. *introduxit* 3. *instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* sive ante sive post negotiationem in merce peculiari exercitam pater aut dominus filiorum aut servorum suorum creditores esse cœperint, quacunque ex causa, *l. procuratoris* 5. §. *sed est quæsitum* 7. *ff. h. t.* etsi enim peculium regulariter possint adimere, non tamen in necem aliorum creditorum, *l. non statim* 8. *in fine*, junct. *l. summa* 21. *ff. de peculio.* Neque etiam hæc actio, sicut de peculio, occupantis meliorem causam facit, sed æqualem conditionem omnium, quandocunque agentium, *l. non enim* 6. *ff. h. t.* adeo ut, si unus forte aut pauciores ex pluribus creditores desiderent, integram sibi portionem tribui, non aliter consecuturi sint, quam si cautionem offerant, pro rata se refusuros, si forte alii emerserint creditores, *l. procuratoris* 5. §. *ult. ff. h. t.* Quæ tamen non excludunt jura prælationis, quibusdam creditoribus ex privilegio personali, vel etiam ex eo, quod mercem peculiarem pignori acceperint, quæsita; quo fit, ut ipso patre vel domino in merce peculiari potiores sint, *l. procuratoris* 5. §. *quid tamen* 8. & §. *plane* 17. *ff. h. t.* nec impediunt, quo minus illi, qui merces suas vendiderunt ac tradiderunt filiofamilias aut servo negotianti in merce peculiari, fide de pretio non habita, adeoque in creditum non iverunt, easdem ut suas vindicent, tributioni exemtas, *d. l.* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. h. t.*

5. Quod si inæqualis mercium, tributioni obnoxiarum, aut pretii inde redacti, distributio facta sit; si quidem sine dolo distribuentis id acciderit, læsus non contra distribuentem, sed eos, qui plus justo consecuti sunt, regressum habet, vi scilicet cautionis per eos interpositæ, cum petebant ac obtinebant mercis tributionem, *d. l.* 5 §. *ult. ff. h. t.* si vero concurrente tribuentis dolo, is de suo creditoribus, ita minus adeptis, hoc damnum reparare compellitur, *l. illud quoque* 7. §. *si cujus* 2. *l.* 8. *ff. h. t.* sic ut duo actionis tributoriæ fines sint, alter, quo distributio petitur, alter quo id desideratur, ut ejus jam factæ iniquitas & inæqualitas emendetur, §. *præterea* 4. *inst. quod cum eo, qui in alien. potest.* Dolo autem minus tributum intelligitur, non modo, cum inæqualis divisio facta est, dum distribuens negabat sciens prudens, creditoribus deberi, *l. illud quoque* 7. §. *sed & si negaverit* 4. *ff. h. t.* sed & si minus consecuti sint creditores ob id, quod dominus vel pater, quive eorum loco arbiter a prætore datus est (cum pater vel dominus ipse invitus tributionis onus subire non compellatur, *d. l.* 7. §. 1. *ff. h. t.*), ab emtoribus mercis peculiaris pretium non exegit; vel merces perire passus est; vel viliores data opera distraxit; vel eandem avertit; quo casu & stellionatus crimen est, *d. l.* 7. §. *sed & si mercem* 3. *ff. h. t. l.* §. 1. *vers. sed & si quis ff. stellionatus.*

6. Ceterum, si servus aut filiusfamilias separatas negotiationes exercuerint, veluti sagariam & linteariam, vel etiam duas ejusdem negotiationis tabernas diversis in locis, & separatim creditores in hanc vel in illam crediderint tabernam aut negotiationem, visum fuit, eos non promiscue ad utramque mercem aut tabernam, sed separatim, oportere in tributum vocari; eo quod unusquisque eorum merci magis, quam ipsi negotianti, censetur credidisse, *l. procuratoris* 5. §. *si plures* 15. & 16. *ff. h. t.* Quod, utrum etiam ad mercatores hodiernos, pluribus in locis tabernas separatas habentes, extendi debeat, ambiguum est. Sunt enim, quibus placet hodie non singulos cujusque tabernæ creditores ad suam tabernam separatim, sed promiscue omnes ad omnium tabernarum merces, velut ad unum debitoris patrimonium, in tributum vocandos esse, Groenewegen ad *d. l.* 5. §. 15. 16. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *numer.* 23. Moti tum eo, quod, qui cum mercatoribus hodiernis, liberis hominibus contraxerunt, non rebus, sed personis eorum credidisse videntur, arg. *l. ult.* §. *ult. ff. de contrah. emt. ibique DD.* & æs alienum quod quisque contrahit, totum patrimonium debitoris minuit, non certi loci facultas respicit, *l. si fideicommissum* 50. §. *tractatum* 1. *ff. de judiciis.* Tum etiam quia dispositio *d. l.* 5. §. 15. 16. peculiari nititur ratione, quod nempe servi civiliter obligari non potuerint, indeque creditores merci magis, quam servo negotianti, credidisse visi sint; ac proinde jus hoc porrigi non debuit ad hodiernos mercatores, homines liberos, ex suis contractibus civiliter devinctos. Tum denique, quia pupillo, cujus patrimonium per varias provincias dispersum, ac administrationis intuitu plures inter tutores divisum est, compensari potest, quod tutor ejus rei Asiaticæ debet Titio, cum eo, quod vicissim Titius, rei Siriacæ tutori debet; quo ipso arguitur, per separatam rerum administrationem non adstringi cer-

tis quibusdam rebus æris alieni onus, nec conditionem ejus immutari, *l. inter tutores* 36. *ff. de administr. & peric. tut.*

7. Sed hæc omnia, penitius examinata, tanti non sunt, ut propterea in universum a jure Romano recedendum foret: quod ut manifestius appareat, duos distinctos casus existimo considerari posse, quorum unus est, quando mercator pluribus in locis tabernas plures per se exercuit; alter, quando per institores, etiam mandato ad æs alienum tabernæ intuitu contrahendum instructos. Si per institores, non dubitandum videtur, quin, uti jure Romano, ita longe magis hodiernis moribus, singuli creditores separatim ad suam tabernam, in quam, seu cujus institori, crediderunt, in tributum vocandi sint. Cum enim in exercitoria & institoria actione secundum jus hodiernum obtineat, eos, qui per magistrum aut institorem navim aut tabernam exercent, liberari posse cedendo creditoribus navim totam aut tabernam, quam magistri vel institoris fidei voluerunt committere, ne alioquin in infinitum obligarentur ex facto alieno, qui non nisi rerum certarum intuitu elegerunt ac probarunt præpositorum fidem; sic ut nec personalem ullam ultra habeant actionem adversus præponentem hi, qui cum præpositis contraxerunt; ut dixi *t. de exercit. act. n.* 5. & *t. de instit. act. num.* 2. consequens est, ut magis rei seu tabernæ institoris fidei commissæ, quam præponenti aut institori, pauperi quandoque ac vili, credidisse intelligantur; neutiquam vero totum respexisse præponentis patrimonium, ad quod extra tabernam, pro debito per institorem contracto cessam, nullus ipsis aditus, nulla actio subsidiaria comparata est. Dum ex adverso, quod ex servi merce peculiari per tributoriam servari non poterat, actione tamen de peculio ex reliquo servi peculio, velut patrimonio servili, consequi potuit, qui mercis peculiaris intuitu iverat in creditum. Ut proinde hoc in casu major, quam jure Romano in tributoria actione, ratio militet pro creditoribus non promiscue, sed separatim ad singulas tabernas in tributum vocandis. Quod si ex adverso sine institoris interventu quis plures diversis in locis tabernas per se exercuerit, vel institorum opera tantum ad venditiones faciendas aliaque ministeria præstanda usus fuerit, de cetero ipse æs alienum diversarum tabernarum respectu contraxerit, merces comparaverit, nec institoribus hæc commiserit aut permiserit, non quidem eo casu eundum inficias, quin creditores extra tabernam, in quam crediderunt, ipsum exercentem devinctum habeat ad id, quod ita debet, ex reliquo patrimonio exsolvendum; quia in eo, nunc ex proprio contractu obligato, cessat ratio, cur liberaretur cedendo tabernam pro credito. Sed tamen & hic æquitati convenientius est, unumquemque ea taberna, in quam credidit, aliis alterius tabernæ creditoribus, nec non iis, qui simpliciter crediderunt, potiorem esse; ex ratione, a jurisconsulto tradita in *d. l.* 5. *§. sed si duas* 16. *ff. h. t. ne* scilicet *ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*; eoque dimisso, reliquis tabernarum aliarum creditoribus in id, quod superest, actionem dari; cum & hi præcipue quidem certæ tabernæ merces in credendo respexerint, sed nihilominus ipsi etiam tabernæ domino crediderint, ejusque totum patrimonium ac fidem secuti sint eo modo, quo & jure Romano illi, qui servo credebant in merce peculiari, primario quidem in tabernam credebant, eamque respiciebant, sed tamen etiam in subsidium totius peculii massam considerabant, ac ejus persequendæ gratia comparatam habebant de peculio actionem *§. ceterum* 5. *instit. quod cum eo qui in alien. potestate.* Ac pro hac separatione, vel saltem prælatione credentium in tabernam, stat statutum Antwerpiense *t.* 52. *art.* 4. Wamesius *centur.* 4. *consil.* 62. Straccha *de mercatura tract. de decoctorib. part. ult. n.* 20 *& seqq.* Mævius *ad jus Lubec. lib.* 3. *t.* 1. *art.* 10. *n.* 56. *& seqq.* & hesitanter Mantica *de tacit. & ambig. convent. libr.* 11. *t.* 23. *numer.* 33. Rodenburch *de jure conjugum part.* 1. *de statutor. diversit. t.* 2. *cap.* 5. *numer.* 16. *in med. pag.* 94. 95. Salgado de Samoza *Labyrinth. creditor. part.* 2. *cap.* 12. *n.* 73. *& seqq.*

8. Neque his contraria sunt adversæ sententiæ argumenta. Verum enim non est, dispositionem *d. l.* 5. *§.* 15. 16. *ff. h. t.* in servis solis locum habere, aut singulari niti a servorum statu desumta ratione, cum constet, tributoriam æque in filiosfamilias, ac servo, in merce peculiari negotiante locum habere; in omnibus scilicet, qui aliena in potestate & alieno juri subjecti sunt, *pr.* junct. *§.* 3. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potestate*, *l.* 1. *§. potestate*, 4. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§. potestatis pen. ff. de peculio*, *l.* 1. *§. in potestate* 21. *ff. de exercit. act.* Qui consequens est, si filiusfamilias itidem plures tabernas exercuerit, etiam tunc singulos creditores in tributum separatim ad singulas tabernas vocandos fuisse; dum id, quod se servis statutum invenitur in exercitoria, institoria, tributoria, aliisque similibus actionibus, etiam in filiisfamilias eodem modo servandum fuit, quoties non aliud nominatim cautum est *pr. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Sed & secundo, si ratio illa, quod *unusquisque merci magis, quam ipsi*, in merce negotianti, *credidit*, jungatur cum altera, itidem in d. duobus paragraphis *d. l.* 5. proposita, *ne ex alterius re, merceve, alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*; patebit satis, nisi fallor, utramque junctam in liberis hominibus æque, ac servis militare. Et quod attinet, *l.* 50. *§.* 1. *ff. de judicis*, ea ipsa in fine *§.* 1. aperte docet, non esse perpetuum illud, quod in prioribus dictum fuerat, *non loci, sed universarum facultatum æs alienum esse; æs alienum patrimonium totum imminuere, non certi loci facultates*, sed subinde aliter evenire. Præterquam quod & iis in casibus quibus, tum jure Romano, tum hodierno usu, æs alienum imminuit totum patrimonium, nihil vetat, quo minus creditor in credendo rem unam magis, quam alteram, aut totum patrimonium respiciat, ad id, ut in ea re, cujus intuitu potissimum credidit, ceteris creditoribus potior sit: de quo dubitare nequit, quisquis considerat, magistros navium mercem transvehentes, & artifices operam rebus alienis impendentes, obligatum quidem habere rerum dominum, sed tamen rei sua opera melioratæ vel transvectæ incumbere posse, & retentione sibi consulere, donec merces aut impensa soluta sit; ac creditoribus aliis futuros potiores. Denique a compensatione debiti & crediti pupillaris, nati ex contractibus diversorum tutorum, separatis regionibus res pupillares administrantium, nihil ad prælationis quæstionem præsentem inferri potest: cum

etiam privilegiatum debitum cum non privilegiato compensari, certum atque quotidianum sit.

TITULUS V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

SUMMARIA.

1. *Quo modo filiifamilias ex suis contractibus obligentur, & dissoluta potestate patria obligati maneant, cujus contrarium in servis est. Et quando in solidum conveniri possint sui juris facti, quando gaudeant competentiae beneficio? Quid designetur per id, si ex minima parte patri heredes sint?*
2. *Quo modo debeat filiusfam. contraxisse, vel quasi, ut sui juris factus conveniri possit?*
3. *An in casibus, quibus filius habet competentiae beneficium, deducat prius, quod debet his quibuscum contraxit jam sui juris effectus?*
4. *Cessat variis in casibus hoc competentiae beneficium. An &, si conveniatur post multos annos ex quo sui juris factus est? et quid moribus obtineat?*

1. QUamvis in plerisque par filiorumfamilias servorumque contrahentium ratio fuerit; tamen illud inter alia interfuit, quod servi contrahendo solum dominum civiliter obligaverint, se ipsos vero naturaliter tantum, sic ut nec liberi facti conveniri potuerint ex conventionibus suis durante potestate dominica celebratis, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. et action.* at filiifamilias non patrem tantum peculio tenus suis ex contractibus devinctum reddere, sed & ipsi plerisque ex conventionibus civiliter & efficaciter obligari tanquam patresfamilias, & ob id cum iis quoque, tanquam cum patribusfamilias, agi poterit, *l. filiusfamilias* 39. *ff. de oblig. et action. l. denique* 3. *§. sed utrum* 4. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*, sic ut cum filiofamilias contrahens duos intelligatur habere debitores; filium in solidum, etiamsi pater filio peculium ademisset; patrem de peculio, *l. si quis cum filiofam.* 44. *l.* 45. *ff. de peculio*, licet in filios, quamdiu in sacris hærent paternis, ideoque nihil fere proprium habent, executio non dirigatur, nisi peculia talia jure posteriori possideant, in quibus pro patribusfamilias haberi solent. Plane sui juris effecti, ut omnia sibi acquirunt, ac bona habent, ita quoque sententiæ contra se latæ ex negotiis, cum iis durante patria potestate gestis, executionem pati debent; in solidum quandoque: quandoque non ultra quam facere possunt, competentiæ beneficio muniti. In solidum quidem, si patri ex testamento vel ab intestato, jure civili aut prætorio, directo aut ex causa fideicommissi universalis, vel etiam per inofficiosi querelam heredes extiterint, cum id potissimum inspiciatur, an re ipsa patris patrimonium ad filios revolutum, & effectu heredes sint, *l. si filiusfamilias* 5. *§. si filio* 1. *ff. h. t.* Non ultra vero quam facere possunt quoties patri heredes cum effectu non sunt, sive pater etiamnum vivat, ut heredes ei esse necdum possint, dum emancipatione aut alio simili modo desierunt esse in vivi parentis potestate, *l. ait prætor* 2. *pr. et §.* 1. *ff. h. t.* sive patre defuncto a paterna abstinuerint hereditate, vel per exheredationem ab ea exclusi fuerint, *l. ait prætor* 5. *pr. ff. h. t. l. et exheredatum* 49. *ff. de re judicata l. denique* 3. *§. sed utrum* 4. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*, vel eam quidem adiverint, sed coacti, in fideicommissarii utilitatem, sine lucro & damno suo, *l. si filiusfam.* 5. *§. ult. ff. h. t.* Idemque secundum Scævolam & Ulpianum in libro vicesimo nono ad edictum, causa cognita statuendum est, si ex minima tantum parte patri suo heredes extiterint, *l. ait prætor.* 2. *§. ult. l. pater* 7. *ff. h. t.* Quæ pars *minima*, quo modo accipienda sit, non æque expeditum est, quibusdam censentibus, legitimam denotatam videri quasi qua minorem pater jure suis nequeat filiis assignare; aliis rectius partem illam *minimam* comparare ad debiti contracti quantitatem accipientibus; si scilicet pars illa, quam filius ex hereditate capit paterna, non æquet mensuram debiti, durante patria potestate contracti, Ant. Faber *rational. ad l.* 2. *§.* 1. *in fine et ad l.* 4. *pr. ff. h. t.* Quæ posterior sententia ex eo quoque abunde firmatur, quod Ulpianus in libro eodem vigesimo nono ad edictum scripsit, etiam tunc, cum ex *parte non modica* filius institutus est, ac a creditore in solidum conventus, judicem æstimare debere, ne forte in id, quod facere potest, debeat conveniri, *l. sed si* 4. *ff. h. t.* quo ipso satis innuitur, arbitrium quoque judicis hoc casu locum invenire, ut considerata ac collocata quantitate debiti & portionis istius hereditariæ non modicæ, adeoque causa cognita, æstimet atque constituat, an filius, ad istam partem non modicam vocatus, in solidum, an quatenus facere potest, executionem pati teneatur; prout pars illa non modica sufficere potuerit aut non sufficere oneri æris alieni, durante patria potestate nati.

2. Nihil autem refert, an filius adhuc vivo patre jam in solidum condemnatus sit, nec ne, *l. si filiusfam.* 5. *pr. ff. h. t.* Nec, utrum ex vero, an quasi ex contractu conveniatur, veluti, tutelæ administratione, *l. tutorem* 37. *§. ult. ff. de admin. & peric. tutor.* Nec denique, an sponte contraxerit, an patre jubente; si modo pro se ac suo nomine contractum inierit, *l. ait prætor* 2. *l. pater* 7. *ff. h. t.* nam si in re patris, aut ex patris contractu mutuum acceperit, & se paterna abstinuerit hereditate, nullo modo, ac ne in id quidem quod facere potest, a creditoribus conveniendus esset, *l. si ex contractu* 4. *C. h. t.*

3. Non tamen ex hoc competentiæ beneficio filius prius deducit id, quod aliis debet creditoribus, quibuscum jam sui juris factus contraxerat, & adversus quos etiam exercere nequit beneficii competentiæ exceptionem, licet ea sola possideat, quæ hoc sibi servavit beneficio, cum per eos conveniretur, quibus durante adhuc patria potestate cœperat ex conventione devinctus esse: etsi enim in donatore ita jus sit, ut ex donatione conventus deducat ante, quod aliis debet; tum deinde adversus donatarium sese tueatur competentiæ exceptione; in aliis tamen contra servatur; eo quod pinguius donatori succurrendum fuit, ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, quam ei, qui verum debitum persolvere compellitur, *l. & exheredatum* 49. *l.* 50. *ff. de re judicata*, junct. *l. sunt qui* 16. *l. inter eos* 19. *ff. eod. t. l. si filiofamilias* 53. *in fine*, *l.* 54. *ff. soluto matrimon. l. verum est* 63. *§. id quod* 3. *ff. pro socio.* Nec hic adversa-

tur *l. sed an hic* 3. *in fine ff. h. t.* in qua traditum *si qui sint, qui posteaquam sui juris factus est, cum eo contraxerunt, horum rationem habendam esse.* Non enim eo id sensu accipiendum puto, quasi deducendum prius esset, quod ipsis est debitum: sed potius, quod postea quam illi, qui cum eo adhuc filiofamilias contraxerunt, occupando sibi jam acquisivissent, quatenus filius conventus facere poterat, nihilominus actionem ad id, quod adhuc per beneficium competentiæ filio superest, habeant illi, qui cum eo sui juris facto contraxerint: quorum proinde recte dicitur *haberi ratio*, in quantum exceptione competentiæ excludi nequeunt, uti quidem priores, qui eum, in sacris paternis adhuc constitutum, inceperant habere obligatum, *l. tutorem* 37. *ff. ult. ff. de administrat. & peric. tutorum.* Tametsi enim in *d. l.* 3. *in pr.* quæstio de eo formata inveniatur, *an hic detrahi debeat, quod aliis debetur?* responsio tamen ad quæsitum directo subjuncta non fuit, affirmando aut negando; sed magis per distinctionem declaratum, quid juris creditores habeant, tum qui, cum is alienæ esset potestatis, cum eo contraxerunt, tum qui cum eo convenerunt, postquam erat sui juris factus. De prioribus asseritur, inter eos meliorem esse occupantis & sibi vigilantis conditionem, nisi si quis privilegiarius veniat; hujus enim *non sine ratione prioris rationem habendam:* de posterioribus vero simpliciter dicitur *horum rationem habendam esse*, non ut prioribus potiores essent, aut ipsis debita primum deducerentur ex patrimonio filii, jam sui juris effecti; sed magis, ut secundum ante dicta consequerentur sibi debita, excutiendo debitorem ad peram & saccum usque, nullo amplius competentiæ beneficio juvandum. Aliter Ant. Faber in *rational. ad d. l.* 3. *ff. h. t.*

4. Ceterum hoc beneficium, ne ultra, quam facere possunt, excutiantur filii, heredibus eorum datum non est, *l. sed si* 4. *§. soli* 3. *ff. h. t.* Non locum habet, si filius conveniatur ex contractu, quem inivit postquam jam patria erat potestate liberatus, *d. l.* 37. *§. ult. ff. de admin. & peric. tutor.* aut cum se dolo malo patremfamilias per mendacium dixisset contractus tempore, *l. sed si* 4. *§. interdum* 1. *l. eum, qui* 6. *ff. h. t.* multoque minus si ex delicto, durante potestate patria perpetrato, conveniatur, *d. l.* 4. *§. quamquam* 2. *ff. h. t.* Nec denique post longum tempus, post multos annos, ex quo filius sui juris factus fuit, nisi causa cognita: quam puto esse sententiam Ulpiani, cum ait, *sed an etiam temporis haberi debeat ratio, ut si quidem in continenti cum filio agatur, detur actio in id, quod facere potest; sin vero post multos annos, non debeat indulgeri? & mihi videtur rationem habendam esse: in hoc enim causa cognitio vertitur, l. sed si* 4. *§. sed an* 4. *ff. h. t.* Quamvis enim nonnullis ea videatur fuisse mens Jurisconsulti, filium in id, quod facere potest tum demum condemnari, cum intra breve tempus ex quo sui juris effectus est, condemnatur; sed nullam omnino adversus eum esse dandam actionem post longa tempora ex contractu inito cum adhuc in potestate esset: quasi in pœnam negligentis actoris, & ne filius perpetuo maneret obnoxius ex illis contractibus, ex quibus pari acquirens jure patriæ potestatis, nullum plerumque lucrum sentiebat, Gothofredus in *notis ad d. l.* 4. *§.* 4. Rectius tamen sentiunt, qui post tempus longius non actionem, sed competentiæ beneficium cessare arbitrantur; tum quia & morte filii beneficium cessat, manente in solidum actione contra filii heredes, *d. l.* 4. *§.* 3. *ff. h. t.* tum quia ratio indulgendi filio hoc competentiæ beneficium videtur fuisse, ut filio succurreretur novam familiam instituenti, cujus caput futurus esset, ad quod multa impendia desiderantur; sic ut & impensarum talium consideratione parentes tempore emancipationis in emancipatos liberalitatem quandam exemplo dotis & propter nuptias donationis conferre consueverit, *l. ut liberis* 17. *Cod. de collation.* ubi ergo jam diu familia recte ordinata ac instructa erat, ac filius jam diu sui juris multa sibi medio tempore acquirere potuerat, non amplius ea videbatur subesse necessitas subveniendi ei, qui non ita familiæ instruendæ necessitate premebatur. Adde Ant. Fabrum *ration. ad l.* 4. *§.* 4. Minor interim hodiernis moribus tituli hujus usus est, dum liberi, si adhuc in patria potestate constituti, seu annis viginti quinque minores, contraxerint, ex suo contractu in solidum conveniri possunt, licet a paterna abstineant hereditate, quia & sibi, non patri, acquirunt: nisi restitutionis implorent auxilium, probantes, ætatis lubrico se lapsos in contrahendo ac læsos esse, Groenewegen *ad l.* 2. *&* 9. *C. h. t.*

TITULUS VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

SUMMARIA.

1. *Quid Macedoniano cautum sit, quæ ejus occasio? quid sit* incertis nominibus credi, nomen bonum fieri?
2. *Quid hic veniat appellatione* pecuniæ? *solum mutuum filiif. credi vetitum, alii contractus ei permissi, nisi in fraudem senatusconsulti fiat? Qui contineantur appellatione filiorumfam.? & quo tempore debuerint tales esse?*
3. *Quibus opponi possit exceptio Macedoniani? an civitati, vel minori? Quis eam opponat? an & heredes ac fidejussores? an ei locus, si mutuum sit non usurarium? an & post sententiam?*
4. *Cessat senatusconsultum in peculii, quæ filio acquiruntur, & si jussu patris aut consensu tacito mutuum datum sit. An tacitus consensus, si chirographum paterno sigillo munitum sit? an, si non protinus a scientia actum filiif. improbaverit, cum ille patre absente quasi ex mandato ejus mutuum accepisset?*
5. *Cessat, si institori nomine contraxerit, vel ei creditum in illos usus, in quos pater daturus esset. Quid si filiof. studiorum causa peregre degenti, vel ephoro ejus creditum? quid si in rem patris creditum & versum? Quid si creditum quidem, sed non versum; vel versum quidem, sed ab initio non creditum in rem patris; & quid moribus?*
6. *An locus senatusconsulto, si in fraudem patroni aut creditorum mutuum filiof. datum sit? quid si filiof. promissum, numeratum jam sui juris facto? Quid si pupillus aut minor dederit? quid si filiusf. mercator mutuum acceperit?*
7. *Quid si filiusf. publicanus fuerit? vel se patrem-*

familias dolo dixerit, vel omnium opinione pro patrefam. habitus sit, non vana simplecitate?

8. *Quid si pater, vel filiusfamilias jam sui juris factus mutuum reddiderit? quid si partem ejus sine protestatione, ne in residuum teneatur? quid si pignus dederit, in quo minus est, quam in mutuo dato?*

9. *Si filius nondum sui juris factus solverit, ipse non repetit. An, & quando pater solutum a filio repetere possit; & quid juris, si nummi soluti jam consumti sint?*

10. *An cesset, si filiusfamilias ei renunciaverit? Quid cum si jurejurando? Quid juris, si filiusfamilias passus sit se delegari? & ad id patri noceat?*

1. CUM malo more Macedo, fœnerator improbus, pecuniam incertis nominibus edendo, filiisfamiliae præstaret peccandi materiam, senatusconsulto Macedoniano cautum fuit, *ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo fœnerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri*, *l.* 1. *ff. h. t.* Quamvis & ante hoc senatusconsultum jus illud jam magna ex parte penes Romano inductum fuisset, Tacito, aliisque, id testantibus, dum melius esse crediderunt, juveniles coarctare calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum expectat patrimonium, *l. ult. §. ipsum autem* 5. *circa finem C. de bonis quæ liberis*, Confer Rykium *ad Tacit. annal. lib.* 11. *cap.* 13. Incertis nominibus credi dicebatur, cum filiofamilias dabatur mutuum, quia incertum erat, an filius ante patrem moriturus esset, an ei superfuturus; ac, si prior fato fungeretur, nihil recuperare fœnerator poterat, sin supervixisset, efficax in eum jam patrem familias, jam patris heredem, aut saltem bona valentem, actio dabatur. Quod tamen ipsum, ut nempe post parentis obitum conveniretur, cum Senatui displicuisset, tanquam peccandi materiam & parentibus insidiandi occasionem præbens; constituit, nullius filiifamilas nomen expectata patris morte posse bonum fieri; seu, non magis mortuo, quam vivo patre, efficacem fœneratori actionem competere ex mutuo, quod filiofamilias malo more numeratum esset, *d. l.* 1. *ff. h. t.*

2. Pecuniæ autem appellatione licet in sensu latiore res omnes contineantur, *l. rei appellatio* 5. *l. tantum quisque* 88. *l. cum stipulantur* 97. *l. pecunia verbum* 178. *l. pecunia nomine* 222. *ff. de verb. signif.* hic tamen proprie *numerata* tantum venit, quia pecuniæ numeratæ datio perniciosa parentibus eorum visa fuit; nisi res alias in fraudem senatusconsulti datas appareat, *l. si quis patrefam.* 3. *§. is autem* 3. *l. item si filiusf.* 7. *§. mutui* 3. *ff. h. t.* Sed & senatusconsultum is solus offendit, qui mutuum dedit; non item qui alias cum filiofamilias contraxit, puta, vendidit, locavit, stipulatus ab eo est mutuum, quod alius debet, novandi animo, vel tum pro alio mutuum accipiente fidejussorem accepit aut expromissorem, aliisve modis sine mutuæ pecuniæ numeratione ei in creditum abiit, *d. l.* 3. *§.* 3. *d. l.* 7. *pr. l. si quod alii* 13. *ff. h. t.* sive simpliciter in aliarum conventionum terminis creditum substiterit, sive in mutui speciem obligatio prior transfusa sit, dum forte filiusfamilias ex emtione pretium debens, hoc egit cum venditore, ut pecuniam ita debitam tanquam mutuam retineat; cum origo potius & initium obligationis, quam titulus actionis, considerandus sit, *l. si filiusfam.* 5. *C. h. t.* arg. *l. pretii causa* 9. *C. de rescind. vend.* nisi & hic fraus senatusconsulto excogitata fuerit, ut is, qui credere non potuit, magis ei venderet, & ille rei pretium haberet in mutui vicem; vel si colore quæsito, filiusfamilias, qui mutuum accepturus erat, alio reo dato, fidejusserit pro eo, *d. l.* 3. *§.* 3. *d. l.* 7. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* Nec dubitandum videtur, quin & ad œnopolas, cerevisiarios, coquos, cupedinarios, sartores, ornamentorum venditores, similesque alios senatusconsultum extendendum sit, quoties illi non ignari conditionis eorum, quibuscum contrahebant, ultra modum ad luxum crediderunt etiam filiofamilias studiorum causa absenti, *l. item si filiusf.* 7. *§. quod dicitur* 13. *ff. h. t.* junct. *d. l.* 3. *§.* 3. *d. l.* 7. *§.* 3. *l. sed si paterfamilias* 9. *§. hoc senatusconsultum* 2. *verb. ornamenta ff. h. t.* Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 27. *in med.* Nomine vero filiifamilias hic omnes continentur, qui in patria potestate sunt, sive primi sive ulterioris gradus, sive masculi sive fœminæ, *l. sed si paterfamilias* 9. *§. hoc senatusconsultum* 2. *l. filium habeo* 14. *ff. h. t. §. pen. instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* Ac sufficit, quod tempore mutui numerati quis in potestate fuerit, *d. l.* 3. *§. ult.* & *l. seqq. ff. h. t.* adeo ut senatusconsulto etiam locus sit, etsi is, qui per adrogationem alieni juris factus mutuum acceperat, postea contra adrogationem restituatur, *l.* 1. *§. certe* 2. *ff. h. t.* vel in alterius patria potestate nunc sit, cum agitur, quam erat tempore mutui dati, *l. item si filiusfamilias* 7. *§. si filius* 4. *ff. h. t.* uti &, si pendeat, utrum in potestate filius sit, nec ne, dum patrem apud hostes captum habet, ac deinceps pater postliminii jure revertitur; secus, si illic moriatur, *d. l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t.* Parumque olim interfuit, cujus dignitatis esset filiusfamilias; cum & in consule ac prætore hoc jus probatum fuerit, *d. l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* Sed quia jure novo dignitates majores patriam solvunt potestatem, consequens est, nec ultra in iis, qui honoribus talibus conspicui sunt, senatusconsulto locum esse; non magis, quam in illis, qui secundum mores hodiernos per nuptias sui juris effecti sunt; licet in ea patriæ potestatis dissolutione, quæ per dignitatem contingit, illud singulare fuerit, quod patria potestas tantum tolleretur, quatenus liberis damnosa erat, non item commodorum ratione, *novel.* 81. *cap.* 2. cum non in favorem filiorum familias, sed in odium fœneratorum, ac patris utilitatem, ne vitæ insidias pateretur, jus hoc senatui placuisse constet, *§. pen. inst. quod cum eo qui in alien. potest. l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* commodumque magis sit liberis, liberam, quam senatusconsulto restrictam, habere contrahendi facultatem, Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *t.* 2. *defin.* 2. Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 9. *t.* 9. *art.* 14. *n.* 7. 8. Ant. Matthæus *de obblig. disp.* 9. *n.* 3. Groenewegen *ad l.* 1. *§.* 3. *ff. h. t.* & *ad rubr. C. h. t.*

3. Quod si mutuum contra senatusconsulti prohibitionem numeratum sit, creditori certi condictione agenti, & successoribus ejus, opponitur exceptio Ma-

cedoniani, *l. item si filiusf.* 7. §. *non solum* 6. *ff. h. t.* sive privatus sit, qui credidit, sive civitas; cum & civitates privatorum jure regantur, *l. nihil interest* 15. *ff. h. t.* junct. *l. eum, qui vectigal* 16. *ff. de verb. signif.* nam &, si minor crediderit, hac quoque exceptione repelli posset. Quamvis verum sit, quandoque, causa cognita, minori credenti restitutionem indulgeri, atque ita majorem ætatis, quam senatusconsulti hujus, rationem esse, *l. si quis patremfamilias* 3. §. *proinde* 2. *ff. h. t. l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, nec absurdum fuerit, minorum exemplo ipsas quoque civitates causa cognita per restitutionem hic extra ordinem juvari, arg. *l. rempublicam* 3. *C. de jure reipublicæ*, *l. respublica* 4. *C. ex quib. causis majores*, arg. *l. illud sciendum* 9. *ff. de appellat.* Adde *t. de minor.* 25. *annis*. Opponit autem hanc exceptionem non modo ipse filiusfamilias, sive durante sive dissoluta potestate patria conveniatur; sed & pater ejus, §. *pen. instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* & utriusque heredes, *l. item si filiusfam.* 7. §. *quamquam* 10. *ff. h. t.* ac filiifamilias fidejussores & mandatores, sive vivo sive mortuo filiofamilias fidejussio facta sit; nisi donandi animo intercessissent, aut ex patris voluntate, *l. sed si paterfamilias* 9. §. *non solum* 3. *l. creditorem* 18. *ff. h. t. l. exceptiones* 7. §. 1. *de exception.* Neque interest, utrum filiofamilias sub usuris mutua data fuerit pecunia, ac sine usuris; cum ipsa pecuniæ datio perniciosa parentibus eorum visa fuerit, &, repræsentatis ex ipso mutuo dato futuri temporis usuris, fraus facile senatusconsulto fieri posset, quasi sine usuris creditum esset, *l. item si filiusfam.* 7. §. *sive autem* 9. *ff. h. t.* junct. *l.* 3. §. 3. *ff. h. t.* nec, utrum conventus ex mutuo jam condemnatus sit, an etiamnum lis pendeat; nam & post sententiam ad impediendam executionem ejus hac exceptione uti licet, *l. tamen* 11. *ff. h. t.* quod tamen secundum praxin non licere, nisi fuerit appellatum, monet Groenewegen *ad d. l.* 11. *ff. h. t.*

4. Cessat multis in casibus hæc exceptio; puta in castrensi peculio, *l.* 1. *in fine*, *& l.* 2. *ff. h. t.* ac jure novo etiam in quasi castrensi & pleno adventitio, arg. *novell.* 117. *cap.* 1. §. 1. *l. ult. pr. C. de bon. quæ liberis*. Si jussu vel consensu vel ratihabitione patris mutuum ei datum sit, *l. Zenodorus* 2. *l. si permittente* 4. *l. ult. C. h. t. si tantum* 12. *ff. h. t.* vel nepoti ex jussu avi, non item patris intermedii simul cum nepote in potestate retenti, *l. filium* 14. *ff. h. t.* ut tamen ex eo solo jussus aut ratinabitio patris non probetur, quod forte filiif. chirographum paterno sigillo signatum sit; eo quod vel imprudens pater potuisset alia ex causa circumventus signasse, vel eo inscio alius, sigilli nactus possessionem, id dolo malo impressisse, arg. *l. distrahente* 2. *C. de reb. alien. non alienand.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 9. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 20. *defin.* 3. Perezius *ad C. h. t. n.* 10. Bockleman. *ad Pand. h. t. n.* 5. *ante med.* Secus, si chirographo sui filiifamilias pater subscripsisset, *l.* 1. §. *sed & si servi* 4. *ff. quod jussu*, arg. *l. fidejussor.* 26. §. *pater* 1. *ff. de pign. & hypoth.* Vel si cum filiusfamilias, absente patre, cautionem conscripsisset, *quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit*, & ad patrem literas emisisset, *ut eam pecuniam in provincia solveret*, pater non statim actum sui filii improbaverit, sed siluerit; eo quod lex patri necessitatem imposuit, ut continuo contrariæ voluntatis interponat testationem, si nolit actum sui filiifamilias ratum habere, *l. si filiusfamil.* 16. *ff. h. t.* ibique Gothofredus *in notis*, arg. *Clementin.* 1. *de procuratoribus*, Brunnemanus *ad Pand. ad d. l.* adde Menochium *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 65.

5. Cessat insuper senatusconsultum, si institorio nomine filiusfamilias mutuum sumserit, sive patre sive extraneo præponente, in quantum institoria actio in extraneum illum, vel patrem præponentem, sine senatusconsulti exceptione datur, *l. item si filiusf.* §. *interdum* 11. *ff. h. t.* Si in eos usus ei creditum, in quos ipse pater fuisset tantundem daturus, veluti filiof. studiorum causa ex voluntate patris, aut legationis gratia absenti, *d. l.* 7. §. *quod dicitur* 13. *ff. h. t. l. Macedoniani* 5. *C. h. t.* licet tunc forte filius pecuniam illam perdidisset, *l. in pupillo* 47. §. 1. *ff. de solution.* Idemque juris esse puto, si non ipsi filiof. studiorum causa peregrinanti, sed ephoro ejus a patre constituto creditum sit. Vide Ant. Matthæum *de oblig. disp.* 9. *thes.* 11. *&* 12. Adhæc, si in rem patris ab initio acceptum simulque etiam versum sit; veluti, si filiusf. mutuum sumserit, ut filiam suam, vel sororem suam, quæ patris communis filia est, dotaret, vel ut æs alienum, cujus nomine pater quoque tenebatur, exsolveret, & dotaverit solveritve; cum eo casu de in rem verso actio sit, *l. item si filiusfamilias* 7. §. *sed & si filiusf.* 2. *l. filiusfamilias* 17. *ff. h. t.* Nam si acceptum quidem in rem patris, in alios tamen usus, patri non utiles, conversum sit, exceptioni locus esset, cessante tunc de in rem verso actione, *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. de in rem verso*, *d. l.* 7. §. *proinde* 12. *in fine ff. h. t.* Uti e contrario exceptio quoque danda foret, si non in rem patris, sed suam, ab initio mutuum sumserit, etiamsi postea in patris vertisset utilitatem; cum etiam ei locus sit, si ipsi nummi mutuo dati etiamnum extent in peculio, idque secundum senatusconsulti severitatem, *l. sed si paterf.* 9. §. *hoc senatusconsultum* 2. *ff. h. t.* licet alioquin verum sit, actionem de in rem verso etiam tunc locum habere, cum ab initio non in rem domini, sed in peculium, quid acceptum versumque, mox in rem patris conversum est, *l. quod si servus* 3. §. *in rem* 1. *in fine*, *l. si res domino* 5. §. *ult. ff. de in rem verso*. Plane, si ab initio filiusfamilias simpliciter mutuum acceperit, nec expresserit, utrum in suos an in patris usus, deinde autem in rem patris verterit, statim ab initio in rem patris juris interpretatione accepisse intelligitur, ideoque senatusconsultum cessare æquum fuit, *d. l.* 7. §. *proinde* 12. *ff. h. t.* Sed, cum iniquum sit, patrem, in cujus rem versa est pecunia, contra senatusconsultum mutuata, locupletiorem fieri cum jactura creditoris, qui secundum mores hodiernos non eodem, quo apud Romanos, odio dignus est, dum exulat apud nos præsumptio voti captandæ mortis & insidiarum; atque insuper hoc jus, quo retinentur nummi contra senatusconsultum crediti, etiamnum extantes aut utiliter erogati, pertineat ad pœnas legales aliquem jure suo privantes, quæ ab usu recesserunt; praxi magis receptum fuit, senatusconsulto locum esse non oportere, quoties vel extat pecunia credita, vel in patris aut filiifamilias utilitatem versa est, Groenewegen

ad rubr. C. h. t. n. 6. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 3. *n.* 12.

6. Non etiam admittenda hæc exceptio, si libertus in fraudem patroni filiofamilias majorenni pecuniam crediderit, vel etiam minorenni, quoties ei ætatis auxilio subventum non est; quia libertus donasse magis hoc casu in fraudem patroni intelligendus est, quam contra senatusconsultum credidisse, *l. si libertus* 6. *l.* 7. *l.* 8. *ff. si quid in fraudem patroni*. Quod forsan & ad alios in fraudem creditorum mutuum filiofamilias dantes porrigendum est; cum nec pupillari tunc ætati parcatur, & tamen major ætatis quam senatusconsulti ratio sit, arg. *l. quod autem* 6. §. *si quid cum* 10. *ff. quæ in fraud. cred. facta sunt ut restit.* junct. *l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*. Nec minus reprobata senatusconsulti definitio est, si mutuum filiofamilias promissum quidem sit, ipseque spe futuræ numerationis ad restitutionem se devinxerit creditori futuro stipulanti, sed ei demum patrifamilias numeratum fuerit; quia expletur numeratione substantia obligationis, *l. si quis patremf.* 3. §. *ult. l.* 4. 5. 6. *ff. h. t.* Ut &, si pupillus mutuum dederit, aut minor, impetrata saltem post causæ cognitionem restitutione, si tutoris aut curatoris auctoritate numeraverint; nam si horum deesset consensus, cum minor curatore non careret, ipso jure datio nulla foret, nummique extantes possent vindicari, consumti condici, vel de his mala fide consumtis ad exhibendum agi, *l. si quis patremf.* 3. §. *proinde* 2. *ff. h. t. l. verum* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, arg. §. *ult. instit. quib. alien. licet vel non* junct. *l. si curatorem* 3. *C. de in integ. restit. minor.* Quo modo etiam vindicatio nummorum patri superesset, si filiusfamilias eos dedisset mutuos, etsi liberam habuisset peculii administrationem, *d. l.* 3. *proinde* 2. *in med. ff. h. t.* Sane si filiusfamilias mercator acceperit mutuum, mercaturæ favore senatusconsultum cessare placuit; salva tamen mercatori minori in integrum restitutione, si se lubrico ætatis captum doceat, Groenewegen ad *l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* Perezius *ad t. C. si minor se major. dixerit n. ult. in fine*.

7. Adhæc senatusconsulto locus non est, si filiusfamilias publicanus fuerit, *d. l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* vel patremfamilias dolo malo dixerit, & ignoranti persuaserit, si modo creditor suam probabili ratione ignorantiam edoceat, *l.* 1. *C. h. t.* arg. *tot. tit. Cod. si minor se majorem dixerit*, Menoch. *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 88. *num.* 2. vel omnium opinione, non vana simplicitate aut juris ignorantia, pro patrefamilias fuerit habitus, dum sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, ut publice paterfamilias plerisque videretur, *d. l.* 3. *pr. ff. h. t. l. Zenodorus* 2. *Cod. h. t.* Unde, si duo simul mutuum filiofamilias credidissent, quorum alter illum ejus esse conditionis sciebat, ignorabat alter, verius dicendum est, utrique nocere; cum ignorans inquirendo scire potuisset atque debuisset ex altero credendi reo, conditionem ejus, quocum contrahebat, *l. item si filiusf.* 7. §. *proinde* & *si* 7. *ff. h. t.* junct. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, & senatusconsulti exceptio ei demum non obstet, qui scire non potuit, filiumfamilias esse eum, cui credebat, *l. pen. ff. h. t.* Confer Menochium *d. lib.* 3. *præsumt.* 88. *n.* 15. & *seqq.*

8. Denique, si pater, vel ipse filius jam sui juris factus, aut fidejussores ejus, mutuum creditori restituerint, nulla soluti per indebiti condictionem repetitio est; eo quod hæc Macedoniani exceptio iliis adnumerata fuit, quæ in odium ejus, cui debetur, inductæ ipsum non perimunt vinculum naturalis obligationis, inhibentis plerumque soluti condictionem, nisi forte a curatore per ignorantiam solutum sit, *l. item si filiusf.* 7. §. *pen.* & *ult. l.* 8. *l.* 9. §. *pen.* & *ult. l.* 10. *ff. h. t. l. si pœna* 19. *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* Quæ eo vera sunt, ut, si pater, vel ipse filius sui juris factus, partem debiti solverit, in dubio totum intelligatur debitum ratum habuisse, ac in reliquum conventus, non ultra se possit hoc Macedoniani auxilio tueri. Et hoc voluit Ulpianus, cum scripsit, *si pater solvere cœperit, item si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessare senatusconsultum, nec solutum repeti posse*. Cessat scilicet senatusconsultum, quantum ad partem adhuc exsolvendam; cessat repetitio quantum ad eam, quæ soluta jam est, *d. l.* 7. §. *pen.* & *ult. ff. h. t.* arg. *l. cum fidem* 4. *C. de non numerata pecun.* Costalius *ad l.* 7. §. *si filiusfam. ff. h. t.* Dissent. Bachovius *ad Treutl. vol.* 1. *disp.* 20. *thes.* 8. *lit. a* & *b* nisi protestatus nominatim fuerit, cum partem solvebat, non ultra eam, quam præstabat portionem, probari a se mutuum ratumque haberi; cum pecuniam partim bene, partim male ac contra senatusconsultum creditam animadvertens, prohibendus non videatur bonam fidem agnoscere, atque ita partem solvere, de parte altera litigatum ire, arg. *l. ult. in fine principii ff. de exercit. act. l. quidam existimaverunt* 21. *ff. de rebus cred. l. permittendum* 8. *ff. si pars hered. pet.* Potestque protestatio hujuscemodi tacita etiam videri subesse, cum pater, vel ipse filius sui juris effectus, in mutui securitatem rem pignori dedit, debito integro exsolvendo haud sufficientem; quo casu obtinuit, senatusconsulti exceptionem non ultra denegandam esse, quam usque ad pignoris quantitatem, *l. sed si paterfam.* 9. *pr. ff. h. t.* Et sane, cum pignus solummodo accessio quædam sit, absurdum foret, ultra pretium ejus minus efficacem firmari obligationem principalem. Quod enim Zoesio placuit *h. t. num.* 23. hanc suggerere diversitatis rationem inter pignus minoris valens pro mutuo obligatum, & partis solutionem, quod solutio spontanea magis sit, pignoris vero datio coacta; probandum haudquaquam est, nec facit penitus ad rem præsentem: quia, ubi debitum tale subest, quod efficacem non habet exactionem, quale & hoc nostrum est, non minus spontaneam constat pignoris dationem quam debiti solutionem esse; dum ad neutrum compelli potest, qui ita debet.

9. Quod si filius solverit adhuc in sacris paternis constitutus, ipse quidem nummos solutos haud repetit, sive vivo patre ac durante patria potestate, sive eo jam mortuo, etsi ipse patri heres sit, *l. si non sortem* 26. §. *filius familias* 9. *ff. de condict. indeb.* sed tamen pater ejus illos extantes, licet filiofamilias donatos, vindicare potest, quia jure patriæ potestatis eorundem dominus est; consumtos condicit; nisi ea lege filiofamilias donati essent, ut is inde creditori solveret; quia tunc a donatore ad creditorem protinus pecunia videtur profecta, *l. sed si pa-*

tersam. 9. §. 1. *ff. h. t.* vel nisi nummi, a filiofamilias restituti, bona fide per creditorem consumti sint; de qua consumtione bona fide facta intelligi oportet Ulpiani verba in *l. si filiusf.* 14. *ff. de rebus credit.* uti ex adverso de consumtis mala fide, quæ idem Ulpianus habet in *d. l.* 9. §. 1. *in fine ff. h. t.* Besoldus *delib. juris ad Pand. h. t. n.* 4. nisi forte magis placeat, de consumtis dissensum fuisse veteres inter Jurisconsultos; Julianum omni casu consumtorum dedisse repetitionem, Marcellum denegasse; utriusque sententiam Ulpiani scriptis fuisse comprehensam, eam quidem, quæ Marcelli est, in *d. l.* 14. *ff. de reb. cred.* Juliani vero in *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* sed neutram ab Ulpiano, nihil in alterutro textu definiente, probatam fuisse aut improbatam.

10. Non tamen cessat hæc exceptio, si filiusfamilias ei renunciaverit: cum enim non in favorem ejus, sed in odium fœneratorum & patris utilitatem introducta sit, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* §. *pen. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* frustra filiusfamilias renunciaret juri non suo, sed publico paternoque; ut proinde nec jusjurandum talem firmare queat renunciationem; quippe quod sequitur naturam actus, cui apponitur, arg. *l. non dubium* 5. *C. de legibus.* Adde *tit. de jurejurando num.* 4. Confer Zoesium *ad Pand. h. t. n.* 27. 28. Fachineum *controv. lib.* 2. *cap.* 62. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 62. Gregorium Tholosan. *syntagm. jur. civil. lib.* 28. *cap.* 13. *num.* 18. Besoldum *delib. juris ad Pand. h. t. num.* 4. Ant. Matthæum *de oblig. disput.* 9. *thes.* 17. Si tamen per creditorem suum, cui poterat exceptionem opponere, alteri se delegari passus sit, ipse quidem exceptione destitutus erit adversus eum, cui delegatus est; æque, ac cariturus esset indebiti condictione, si naturalem fecisset istius debiti solutionem, *l. doli exceptio* 19. *ff. de novation.* sed non ideo patri nocitura est delegatio, quominus ipse, ex mutuo filiifamilias sui conventus, hac sese senatusconsulti exceptione tueatur; uti solutorum habuisset condictionem aut vindicationem, si filiusf. ipsius solvisset potius, quam per delegationem se devinxisset, arg. *d. l.* 9. §. 1. *ff. h. t.* præsertim, si consideremus, assimilatam solutioni in hoc ipso senatusconsulto fuisse novationem, cujus delegatio species est, *l. Zenodorus* 2. *C. h. t.* aut, si qua in parte diversitas sit, illam in eo consistere, quod novatio subinde minus quam solutio inhibeat ac subvertat Macedoniani potestatem; in quantum soluti per filium jam sui juris factum condictio nulla est, etsi facti errore lapsus solverit, ut ante dictum, contra vero, per facti ignorantiam novatione per eum, jam patremfamilias effectum, interposita, si ex stipulatione conveniri cœperit, in factum exceptione uti potest, *l. ult. ff. h. t.*

LIBER QUINTUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Peculio.

SUMMARIA.

1. *Qui prolixius de peculio videri possint?*
2. *Quid sit peculium, & quales res in eo esse possint?*
3. *Quotuplex sit peculium in servo & filiof. & quid juris filiusfamilias aut pater ejus in singulis peculii speciebus habeat?*
4. *Quid moribus obtineat, & an ad profectitium pertineant dona susceptoris de fonte baptismatis? quid si lucrati sint liberi ex operis suis, dum in potestate erant & a patre nutriebantur? quid si separatim negotiati sint, vel una cum patre jure societatis, vel peregre habitantes, sibi lucrentur, an tunc a patre alendi sint?*
5. *Si filius sua industria admodum auxerit paternum patrimonium, an in divisione ei aliquid jure præcipui assignandum sit?*
6. *An ususfructus adventitii peculii moribus nostris patri cedat?*
7. *Unde nascatur actio de peculio, & quibus competat?*
8. *Contra quos detur?*
9. *Ad quid tendat?*
10. *Quænam per patrem aut dominum conventum hac actione prius sint ex peculio deducenda vel non?*
11. *Quo usque moribus nostris domini & patres ex famulorum aut ancillarum aut liberorum factis obligentur?*

1. QUamvis amplissima peculiorum materia sit, quippe per universam fere jurisprudentiam dispersa; tamen, quia in singulis juris partibus etiam pro instituti ratione ejus injecta mentio est, ac definita pro re nata controversiæ, consultum duxi summo tantum digito prima ejus principia hoc loco tangere, ac paucis aucta ex meo juris compendio repetere, ne ordo interruptus sit: ultra quæ si quis plura de peculio congesta scire cupiat, videat Ant. Fabri *rationalia ad hunc tit.* Meyeri *collegium Argentorat.* & D. Bockelmann. *comment. ad Pand. h. t.* & D. D. *ad* §. 1. & 2. *Instit. per quas person. cuique acquir.*

2. Peculium, (quo quandoque mulieris parapherna designantur, *l. si ego Seja* 9. §. *cæterum* 3. *ff. de jure dot.* quandoque pecunia, præsidii causa reposita, *l. si chorus* 79. § 1. *ff. de legatis* 3) in hoc titulo est pusilla pecunia, seu pusillum patrimonium, quod filiusfamilias aut servus a rationibus paternis aut dominicis separatum habet, *l. depositi* 5. §. 3. & 4. *ff. h. t.* ac consideratur velut quædam rerum universitas, nec corporis, sed juris nomen est. Unde cum rei vindicatio tantum in rebus corporalibus probata esset, Julianus monuit, non ita peculii, uti quidem gregis, vindicatione receptam esse, *l. vindicatio* 59. *ff. de rei vindicat.* Potest enim, exemplo hereditatis, sub se complecti omnis generis res, mobiles, immobiles, incorporales, atque

etiam id, quod dominus suo servo debet, si modo servi sui debitor manere voluerit; quod non præsumendum, si servo suo peculium legaverit, *l. quam Tuberonis* 7. *§. pen. ff. h. t.* junct. *§. si peculium* 20. *Instit. de legatis*. Et licet ex sola vestis datione non nascatur peculium, *l. peculium nascitur* 40. *§.* 1. *ff. h. t.* nihil tamen vetat, quo minus aliis cum rebus etiam vestis in peculio sit, quoties dominus ita dedit, ut eo vestitu servum perpetuo uti vellet, eoque nomine ei tradidit, ne quis alius eo uteretur, idque ab eo ejus usus gratia custodiretur, non item si dederit tantum ad certum, certique temporis usum, veluti cum sequeretur eum, vel cœnanti ministraret, *l. id vestimentum* 25. *ff. h. t.*

3. In servis quidem unius tantum generis peculium est, idque ex mera domini voluntate, non nudis verbis, sed re, per veram fictamve traditionem declarata; quod & dominus suo potest arbitrio adimere, modo ne id agat dolo malo in necem creditorum, *l. peculii est* 4. *pr.* & *§.* 1. *l. summa cum* 21. *ff. h. t.* In filiisfamilias vero quadruplicem lex induxit peculii speciem, puta, castrense, quasi castrense, profectitium, & adventitium. Castrense & quasi castrense pleno jure filiofamilias acquiritur, sic ut in utroque pro patrefamilias per omnia habeatur: sive de dispositione inter vivos, sive de ea, quæ ultima fit voluntate, quæstio sit. Profectitium patri in universum acquiritur, *§.* 1. *Instit. per quas person. cuique acquir.* licet filiusfamilias in eo hoc juris habeat, quod, occupatis a fisco bonis paternis pro debito fiscali, peculium hoc ei ex constitutione Claudii separetur; quia sic nullam pater patitur capitis diminutionem, adeoque perdurat potestas patria, ac termini habiles peculii manent, *l. denique §. sed utrum* 4. *in fine ff. de minor.* 25. *annis*. Quæ aliter servantur, si pater ob delictum deportatus bonorum quoque publicationem passus sit; tunc enim cum ceteris bonis patris etiam profectitium filii peculium fisco cedit, qui inde intra annum actione de peculio conveniri potest; nec separatur jam filio, quia per deportationem dissoluto patriæ potestatis nexu, non amplius peculium intelligi poterat, aut separari in gratiam ejus, qui sui juris factus est, *l.* 1. *§. alienatio* 4. *ff. quando de pecul. actio ann. est.* Adventitii proprietatem filio, usumfructum patri cedere exceptis quibusdam casibus, traditum *tit. de usufructu num.* 6.

4. Nec dubitandum videtur, quin, quantum ad acquisitionem peculiorum attinet, etiamnum hodie Romani juris dispositio in plerisque probata sit; in quantum castrense & quasi castrense filii, profectitium patris patrimonium intelligitur, ad quod profectitium etiam pertinent dona per susceptores de fonte baptismatis in infantes susceptos collata; cum non infantum intuitu, sed parentum contemplatione, hanc exerceri liberalitatem, in aperto sit; nisi aliud nominatim donationis tempore dictum fuerit, Groenewegen ad *§.* 2. *Instit. per quas person. cuique acquir.* & *ad l.* 19. *ff. h. t.* parens p. mem. Paulus Voet *ad §.* 3. *Instit. de stipulat. servor. n.* 2. & *ad §.* 1. *Instit. per quas person. cuique acquir. num.* 4. Abr. a Wesel *de connubiali bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 2. *num.* 111. & *seqq.* usque adeo, ut etiam munera talia cum reliquis parentum bonis dividenda sint, ac ex iis quoque uxor aut filius primogenitus vas argenteum jure præcipui possit deducere illis in locis, in quibus præceptiones tales municipali lege inductæ sunt, veluti Ultrajecti. D. Someren *de jure novercarum cap.* 10. *sect.* 1. *num.* 3. Sed & ad profectitium reducenda, ac parentibus cedunt, quæ liberi in familia patris constituti, & patris impensis nutriti, medio tempore; eo quod ex operis quæsita cum alimentis præstitis compensanda sunt; nec ulla invidia est, ad patrem reverti, quod ex re patris quæsitum fuit, *d. §.* 1. *Instit. per quas person. cuique acquir.* arg. *l. ejus quod* 2. *C. de patr. potest.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 3 Sande *dec. Frisic. lib.* 2. *tit.* 7. *defin.* 3. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 1. *cap.* 13. *vers. quid moribus* D. Someren *de jure novercar. cap.* 12. *n.* 7. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 4. Si tamen filius in domo patris habitans, separatim a patre negotiatus fuerit, vel etiam una cum patre, sed societatis jure, in certam quandam negotiationis partem ab eo assumtus, sibi non patri, acquiret, quæ ita lucrifecit, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 176. *quæst.* 3. Quod multo magis tunc quoque obtinebit, cum filius non in domo patris, sed seorsim, vel peregre habitans, multum lucrifecit; quo casu vicissim quoque de suo sese exhibere debet, nec jure medii temporis alimenta a patre sibi subministrari petit, licet in assignatione bonorum parentis alterutrius prædefuncti per superstitem facta id actum esset, ut usque ad majorennitatem incumberet assignanti alendi onus, cum sufficienter alere intelligatur, qui liberos suos iis imbui curavit artibus aut opificiis, unde se honeste secundum suam conditionem possunt exhibere, arg. *l. si quis a liberis*, 5. *§. sed si filius* 7. *ff. de agnosc.* & *alend. liberis*, arg. *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris*, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 11. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 41. *quæst. ult.* & *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 14. *num.* 2. Dissent. Vinnius *de collation. cap.* 14.

5. Quin imo si filius patri aut matri cohabitans, nec separatim, nec societatis jure, sed nomine parentis inque utilitatem ejus negotiatus fuerit, ac sua industria admodum parentis auxerit substantiam, etiam post obitum parentis ejus oportere rationem haberi, ac jure præcipui modicum quid viri boni arbitratu filio isti ante divisionem patrimonii adjudicandum esse ex æquitate, multis placet, quos citat & sequitur Groenewegen *ad §.* 2. *Instit. per quas person. cuique acquir. num. ult.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 4. Zoesius *ad Pand. tit. de collation. n.* 44. Quod longe magis probandum fuerit si acquæstus inter vitricum aut novercam & privignos dividendi sint; cum non ita novercæ vel vitrico, atque quidem parentibus, operæ a liberis debitæ sint, Sande *decis. Frisic. libr.* 2. *tit.* 7. *defin.* 3. D. Joh. a Someren *de jure novercar. cap.* 12. *n.* 7.

6. Adventitium peculium quod attinet, etsi multis in locis etiamnum obtineat, usumfructum patri quæri, secundum juris civilis definitionem; tamen apud nos & in vicinis regionibus contra servatur, nisi vel illi, a quibus adventitia in filiosfamilias collata aut devoluta sunt, nominatim parenti usumfructum concesserint, vel usufructu ad liberorum educationem opus sit, dum is non superat alimentorum

præstandorum modum, arg. *l. ult. ff. de petit. hered.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 275. *quæst.* 3. Grotius *d. lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 6. 7. Groenewegen *ad d.* §. 2. *Instit. per quas person. cuiq. acquir.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 13. Parens p. m. Paulus Voet ad §. 1. *Instit. per quas person. cuique acquir. num.* 6. Abrah. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 10. *num.* 125.

7. Respectu omnis peculii servorum, & intuitu profectitii filiorumfamilias, prodita fuit actio de peculio, quæ est personalis, in rem tamen scripta, perpetua, si modo principalis actio, cujus hæc est adjectitia qualitas, perpetua sit, *l.* 2. *pr. ff. quando de pecul. act. annal. est*, ex contractu vel quasi contractu filiifamilias, aut servi, non item ex delicto, *l.* 1. §. *si filiusfamil.* 7. *ff. de his, qui effud. vel dejecerint*, nisi pater aut dominus locupletior inde factus sit, *l. & ideo* 3. §. *ult. ff de act. rer. amot. l. licet tamen* 3. §. *ex furtiva* 12. *ff. h. t.* vel filiusfamilias ex delicto jam condemnatus sit; eo quod judicio quasi contrahitur; ac proinde in partem actio judicati de peculio, quasi ex contractu est, *d. l.* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. h. t.* Competens illis, qui cum filiofamilias aut servo contraxerunt, etiam emtoribus servi contra venditores intra annum de eo, quod emtor servo adhuc alieno credidit, deducto eo, quod in peculio servus apud emtorem habet, *l. & ancillarum* 27. §. *in venditorem* 6. *ff. h. t.* ut & fructuariis, qui cum suo servo fructuario, proprietarii intuitu contrahente, conventionem inierunt, deducto tamen hic etiam eo, quod penes ipsum fructuarium est ex peculio, *l. si creditor* 37. §. *ult. ff. h. t.* non item, si servus fructuarius, vel alienus bona fide possessus, ex re ipsius fructuarii vel bonæ fidei possessoris quæsita, fructuario promiserit aut possessori, *l. liber homo* 18. *ff. de verbor. oblig.*

8. Datur contra patrem, & cujuscunque ætatis aut sexus dominum, ac quosvis peculii possessores, sive heredes sint, sive legatarii, sive alii, ad quos peculium pervenit, *l. licet* 3. §. 2. 3. *l. & ancillarum* 27. §. *si servus* 2. *ff. h. t.* Si plures sint domini, contra singulos in solidum, si modo apud omnes peculium sit, quo casu unus in solidum condemnatus judicio societatis aut communi dividundo consequitur a ceteris, quod amplius sua portione solvit, *d. l. et ancillarum* 27. §. *ult. ff. h. t.* Sane si plures uni domino heredes extiterint, vel plures sint peculii possessores, separatim partes peculii, non communiter totum, possidentes, pro parte tantum in singulos hæc de peculio actio, quasi scissa inter eos, danda foret, *l. item cum testamento* 14. §. 1. *l.* 15. *l. si quis servum* 29. *l. quæsitum* 30. §. *si cum* 1. *ff. h. t.* Quin imo, si alius proprietatem servi, alius usumfructum habeat, fructuarius in negotiis ex re sua vel operis servi profluentibus de peculio conveniendus est; proprietarius in aliis, *l. ex ea causa* 2. *ff. de peculio*, ut tamen excusso prius fructuario, in subsidium de peculio proprietarius teneatur, & vice versa, *l. hinc quæritur* 19. §. *potest.* 1. *ff. h. t.*

9. Tendit hæc actio ad id, ut præstetur quatenus est in peculio, cujus quantitas inspicienda tempore rei judicatæ. Unde fit, ut huic actioni etiam locus sit, licet tempore litis contestatæ nihil in peculio reperiatur; si modo termini habiles sint, ut ante sententiam quid in peculio esse possit, dum adhuc vivit filiusfamilias aut servus, ac perdurat in potestate, *l. quæsitum* 30. *pr. ff. h. t. l. Fulcinius* 7. §. *si quis actione* 15. *ff. quib. ex causis in possess. eatur*, secus, si nec sit in peculio tempore litis contestatæ, nec deinceps futurum speretur, dum morte, emancipatione, manumissione, similibusque modis, dominica vel patria potestas jam finem accepit, *l. eo tempore* 50. *pr. ff. h. t.*

10. Censetur autem esse in peculio, quod superest, deductis iis, quæ domino aut patri debentur, nec non illis, quos hi in sua habent potestate; quorumve negotia tanquam negotiorum gestores, tutores, curatores, procuratores, aliove simili modo gerunt. Cum enim in his casibus pupillo, minori, domino, teneretur ex eo, quod non a se exegissent, quod iis debitum, quorum tractant negotia, jus fingit, eos id ipsum a se jam exegisse, ideoque illud haud amplius videri in peculio existere, *l. sed si damnum* 9. §. *peculium* 2. *& seqq. ff. h. t.* Nec interest, utrum ex contractu quid domino servus debuerit, an ex rationum reliquis, an denique ex delicto, veluti furto, idque rei ipsius, non pœnæ intuitu, *d. l.* 9. §. *sive autem* 6. 7. *ff. h. t.* sed & quod pater vel dominus pro suo filiof. aut servo ex jussu vel fidejussione sua vel actione tributoria, vel noxali judicio conventus, solvere debuit, dum cum iis contrahi, vel pro iis fidejussit, vel minus reliquis mercis peculiaris creditoribus, sibi plus, quam oportet, ab initio tribuerat, deducere potest, quoties id in rem ipsius versum non est, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t. l. ult. ff. de tribut. act.* cujus etiam necdum soluti intuitu creditores, consequentes quantum in peculio est, cavere tenentur patri dominove, se refusuros; si quid præstiterit pater aut dominus hoc nomine conventus, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* etsi hac de re inter veteres Jurisconsultos videatur fuisse dissensus; Juliano quidem etiam deductionem ejus, quod pater aut dominus ita debet, eidem concedente *d. l. ult. ff. de tribut. act.* Marcello melius existimante, creditores interim cautione defungi, ut medii temporis interusurium consequantur; quod & Ulpiano magis videtur placuisse, *d. l.* 9. §. *ult. ff. h. t.* Quod si servus semet ipsum mutilando deteriorem sese reddiderit, aut se ipsum occiderit, id de peculio actione conventus dominus non deducit, *d. l.* 9. §. *si ipse servus* 7. *ff. h. t.* uti nec, si in noxali judicio non litis æstimationem obtulerit, sed ipsum servum noxæ dando liberatus sit, *l. si noxali* 11. *pr. ff. h. t.* Quod si plures sint heredes unius domini, singuli pro rata conventi etiam pro rata tantum parte deducunt, *l. item cum testamento* 14. *ff. h. t.* Et, si plures sint peculii possessores, si quidem pro sua tantum parte conveniantur, non ultra id, quod sibi debitum, deductionem habent; sin unus eorum in solidum, quod fieri potest, cum non pro diviso, sed communiter omnes peculium tenent, etiam ejus, quod reliquis est debitum peculii possessoribus, deductionem habet, *l. sed si duo* 15. *ff. h. t.*

11. Ceterum moribus hodiernis domini ex famulorum & ancillarum contractibus aut factis, quibus ipsi auctoritatem ac consensum non accommodarunt, non tenentur ultra mercedem pro operis constitutam & necdum solutam; nisi aliud municipali lege certis in casibus inveniatur dispositum, Mantica *de tacitis & ambig. convent. libr.* 8. *t.* 10. *numer. ult.*

Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 1. n. 49. Groenewegen *ad rubric. ff. h. t.* Confer quæ dixi *t. de noxal. action. num. ult.* Similiter nec parentes ex contractibus liberorum, Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 1. *numer.* 43. adde *d. numer. ult. tit. de noxal. act.* Hinc & si filius post mortem patris solverit debitum, quod ipse durante patria potestate contraxerat, nullam eo nomine a reliquis patris heredibus repetitionem habet; cum absurdum esset, magis heredes patris, quam ipsum patrem, devinctos esse, Groenewegen ad *l.* 30. *ff. h. t. et l.* 38. *ff. de condict. indeb.* nisi vel jussu patris contraxisset, vel pater pro eo, arg. *tot. t. ff. quod jussu*. Quod apertius intelligitur, si consideres, solos minores apud nos & plerosque alios in patris esse potestate, eamque tutelæ seu curæ exemplo finiri per majorennitatem; ut dictum *t. de adoption. numer. ult.* Si enim filium natu majorem contraxisse concipias, ipse efficaciter, utpote sui juris, obligari potest ac judicio conveniri; patrem autem nullo modo obligatum reddit, uti ipso etiam jure Romano nulla ex filii emancipati contractu in patrem actio erat. Si vero durante minorennitate eum fingas contraxisse, si quidem jussu & auctoritate vel ratihabitione patris, qua talis, dubium vix esse potest, quin pater non peculio tenus, sed in solidum, obligatus sit: sive tunc pater possideat adventitia quædam ad suum filiumfamilias pertinentia, quorum legitimus administrator est, sive nulla omnino, arg. *d. t. quod jussu*. sin sine patris voluntate, nec patrem, nec sese, efficaciter obligat, nisi quatenus inde ipse vel pater locupletior factus est; cum constet, minores ob lubricum ætatis sine curatoribus contrahendo non posse semet obstringere, ideoque invitos nunc recipere curatorem; sed potius ipso jure nullum esse, quod ita gestum est, exemplo eorum, quæ jure civili per pupillos sine consensu tutoris acta erant; adeo ut nec restitutionis auxilio opus sit, etsi ex abundanti forte imploretur, & solutum, velut indebitum, condici possit, arg. *l. quod pupillus* 41. *ff. de condict. indeb. l. in caus.* 16. *pr. ff. de minor.* 25. *annis*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 1. *defin.* 1. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 214. Anton. Matthæus *de obligat. disput.* 9. *thes.* 19.

TITULUS II.

Quando de peculio actio annalis est?

SUMMARIA.

1. *Quamdiu duret actio de peculio post extinctum peculium? & quo modo extinguatur peculium?*
2. *Quis teneatur actione de peculio, si extraneo vel ipsi servo manumisso peculium legatum & traditum sit?*
3. *Alienato servo, an, & quando partim contra alienantem, partim contra eum, in quem alienatio facta, agi de peculio possit?*
4. *Quamdiu duret actio de peculio, si pater jure potestatis in filiof. castrense peculium successerit?*
5. *Quis moribus conveniendus, si filiusfamilias mortuus sit?*

1. SI peculium extinguatur, (quod fit morte etiam tum, cum servus ordinarius moritur, si cum vicario contractum sit, *l. servus* 19. §. 1. *ff. de in rem verso*, uti & emancipatione, manumissione, alienatione, aliisque modis, at non captivitate, propter postliminii jus, *l.* 1. *pr. l.* 2. §. 1. *& passim ff. h. t.*) actio quoque de peculio perit. Sed ne casus improvisus creditoribus sine sua culpa noceat, prætor eam extendit usque ad annum utilem, ex eo tempore computandum, ex quo primum ab extincto peculio experiundi potestas fuit, *l.* 1. §. *annus* 2. *ff. h. t.* nisi principalis actio temporis brevioris spatio per leges circumscripta sit, veluti redhibitoria sex mensibus durans & quanti minoris æstimatoria certis in casibus; tunc enim nec ultra hæc adjectitia de peculio actio extendenda foret, *l. cum post* 2. *ff. h. t.* vel nisi quis servum vendiderit cum peculio, nec nominatim id egerit, ut pro peculio, sed simpliciter ut pro servo pretium acciperet, ac peculium tradiderit; tunc enim ne intra annum quidem in venditorem, sed contra solum emtorem actio est. Idem servatur, si heres accepta certa quantitate jussus sit peculium dare. Cum enim his in casibus nec venditor nec heres peculii pretium habere intelligatur, videri non potest penes eum peculium esse, *l. si ex duobus* 32. §. *ult. l.* 33. 34. 35. *ff. de peculio.* Estque hic fructuum etiam & accessionum & decessionum peculii jam extincti habenda ratio, perinde ac si peculii qualitas extincta non esset, *l. ult. ff. h. t.*

2. Si Peculium servile extraneo legatum sit, vel ipsi servo per testamentum manumisso, contra manumissum vel extraneum peculii legatarium, tanquam peculii possessorem, actio datur, non contra heredem, qui peculium desiit penes se habere, *l.* 1. §. *per contrarium* 10. *ff. de dote prælegata*, si modo heres a legatario peculii, sive manumisso, sive extraneo, caveri sibi curaverit, se contra peculii creditores defensum iri: ea enim cautione non exacta si peculium legatariis tradiderit, ipse nihilominus conveniendus esset, *l.* 1. §. *item heres* 7. *ff. h. t.* arg. *l. quod in herede* 9. §. *ult. ff. de tributor. act.* etsi veterum jurisconsultorum dissensum agnoscat Wissenbach ad *Pand. vol.* 1. *disput.* 29. *thes.* 18. & 19.

3. Quod si servus alienatus sit, extra casum venditionis cum peculio, (de quo supra) creditor ab initio quidem potest actionem de peculio ita dividere, ut a novo domino partem, partem a pristino intra annum petat, *l. & ancillarum* 27. §. *servus* 2. & §. *illud* 3. *ff. de peculio*. Sed si cum uno eorum litem in solidum jam contestatus sit, dividere actionem postea nequaquam potest, & alterum pro parte convenire, nisi in subsidium, excusso jam ac non sufficiente eo, quem prius cœperat in solidum convenire, *l. quotiens in taberna* 47 §. *si creditor* 3. *ff. de peculio*, in qua lege verba, *re integra*, non denotant, *si litem contestatus necdum sit*, sed potius, Gothofredo interprete, *si nondum partem debiti consecutus sit*, cum jam cœpisset in solidum uni litem movere.

4. Quamvis autem actio de peculio tantum ad paganicum, non item castrense, proprie pertineat; tamen si mortuo filiofamilias pater in ipsius intestati peculium jure patriæ potestatis successerit, etiam æs alienum nec ultra modum peculii castrensis, nec post annum utilem, jure prætorio solvere cogitur: qui, si testamento scriptus heres sui filiif. extitisset,

perpetuo civiliter, ut heres, in solidum conveniri possit, *l. pater qui* 17. *pr. ff. de castrensi peculio*.

5. Sed nostris moribus, si filiusfamilias, id est minor annis viginti quinque, vivo patre mortuus sit, non pater intra annum ex ejus contractu actione de peculio, sed potius filii defuncti heredes in solidum conveniendi sunt; adeoque & ipse pater, ubi filii heres est, Groenewegen *ad l.* 5. *C. ad Senatusc. Macedon.*

TITULUS III.

De in rem verso.

SUMMARIA.

1. *Quæ sit ratio introductæ actionis de in rem verso; quibus detur, contra quos, & ad quid?*
2. *Non sufficit in rem patris acceptum esse, sed & versum esse debet; nec datur actio ultra quam versum est. An necesse, ut & duret utilitas versi?*
3. *Quid juris, si ab initio non sit in rem patris acceptum, sed postea tamen versum?*
4. *Quales impensæ hac actione repeti possint? an, & quando voluptuariæ? voluptuariæ quandoque fiunt utiles.*
5. *Quibus modis censeatur quid in rem patris versum, ut actioni huic locus sit? qua occasione casus quidam dubii recensentur.*
6. *Quibus in casibus cesset hac actio? & in quibus differat hæc de in rem verso ab actione de peculio?*
7. *Quid juris circa actionem de in rem verso, si filiusfam. pecuniam mutuatus sit, ad vestem emendam, si pecunia perierit, & vestis tamen emta sit?*

1. Fundamentum ac ratio introductæ actionis de in rem verso est, quia contra naturalem æquitatem visum fuit, dominum patremve cum alterius jactura reddi locupletiorem: unde & regulariter toties de in rem verso actio esse potest, quoties procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum habet actionem, quotiesque aliquid consumsit servus aut filiusf. quo aut meliorem rem dominus paterve haberet, aut non deteriorem, *l. quod si servus* 3. §. *& regulariter* 2. *ff. h. t.* Datur autem illis, qui in rem patris vel domini crediderunt filiof. aut servo; contra patrem vel dominum, licet pupillum aut furiosum, *l. pater pro filia* 20. §. 1. *ff. h. t.* ad id ut præstetur quatenus in rem versum est; una cum usuris ex pacto vel mora, si principale negotium, cui accedit qualitas actionis de in rem verso, bonæ fidei sit, forte venditis servo iis, quæ ad familiæ sustentationem aut ædium dominicarum fulturam necessaria sunt; secus si stricti juris negotium sit, quod in datione mutui in rem domini convertendi, similibusque contingit, *l. si pro patre* 10. §. *sed utrum* 5. *ff. h. t.* junct. *l. atquin natura* 19. §. *non tantum* 4. *ff. de negotiis gestis*.

2. Nec refert, utrum pater dominusve sciverit, an ignoraverit, in rem suam creditum esse; si modo creditum vere & cum effectu in rem versum sit: neque enim sufficit, in rem patris aut domini acceptum esse, si postea non versum, sed inutiliter consumtum sit; sed curiosus esse debet creditor, quo vertatur, etiamsi is servus fuerit, qui solitus erat accipiens vertere; ne alioquin credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret, *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. h. t.* ideoque, si pars tantum versa sit, etiam de parte tantum hæc actio danda foret, *l. si pro patre* 10. §. *in rem* 4. *ff. h. t.* in quo differt ab exercitoria & institoria, ubi sufficit in usus navigii vel taberna ab initio creditum esse, de cetero eventus non spectatur, *l.* 1. §. *unde* 9. *l. ult. pr. & §. ult. ff. de exercit. actione*, & merito: cum enim adsit partis aut domini navigio vel tabernæ præponentis voluntas, ac tacitum in eam rem credendi mandatum, est quod sibi imputet, cur talem præposuerit, *d. l.* 1. §. 9. ubi e contrario in verso pater aut dominus non tam ex sua obligantur voluntate, quam potius, ne lucrum captent cum detrimento credentis, lucrum autem non est, nisi quatenus versum. Ut tamen sufficiat, quod creditum quandoque utiliter in rem partis versum fuerit, licet tempore hujus actionis moræ non ultra duret utilitas versi, exustis forte aut collapsis ex terræ motu ædibus suffultis, aut frumentis ad alendam domini familiam comparatis in horreo dominico corruptis, aut deperditis sine culpa pecuniis, ut in rem domini verterentur, acceptis, *l. quod si servus* 3. §. *unde recte* 7. & §. 8. *l. servus in rem* 17. *pr. ff. h. t. l. sed an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gestis*. Nam quod alibi desideratum fuit, *ut duret versum*, eo non aliud exigitur, interprete ipso jurisconsulto, quam, ut necdum a domino sit servo solutum; vel solutum quidem, sed fraudulenter in necem creditorum servo perditum, *l. si pro patre* 10. §. *versum* 6. *ff. h. t.* Sed & si filiusfamilias in necessarios patris usus pecuniam mutuatus, eam casu amiserit, creditori non nocebit, arg. *l. in pupillo* 47. §. 1. *in fine ff. de solution. l. quod si servus* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.*

3. Quod si ab initio non sit acceptum in rem patris vel domini, sed in peculium, ac postea tamen mutata mente per filiumf. aut servum in rem patris dominive versum appareat; hoc jure utimur, ut adhuc regulariter actioni de in rem verso locus sit; ne cum creditoris jactura ditiores fiant, *l. quod si servus* 3. §. *in rem* 1. *in fine, l. si res domino* 5. §. *ult. ff. h. t.* Qua ratione cum filiusf. togam emisset, eoque mortuo pater ignorans & putans suam esse, dedicasset eam in funus ejus, responsum fuit, in rem patris versum videri; funus enim filii æs alienum patris esse, *l. filiusfam.* 19. *ff. h. t.* Adde *t. de senatusc. Macedon. n.* 3.

4. Magna autem inter necessarios, utiliter, & ex voluptate versum, differentia est. Nam si quid ex necessitate in rem patris versum sit, totum, quatenus versum est, repetitur: sin utiliter tantum, etiam non ultra agi potest, quam quatenus id ipsum domino quandoque utile fuit, *l. si res* 5. *pr. ff. h. t.* Proinde, si filiusfamilias mutuam sumserit pecuniam, ut se aleret & vestiret, eatenus in rem patris vertisse censendus est, quatenus secundum consuetudinem patris, id est, usque ad modum, quem pater ei præstare consueverat, semet inde aluit ac vestivit, *l. quod si servus* 3. §. *proinde* 3. *ff. h. t.* aut si pecuniam mutuatus, pro sua filia, vel sorore, vel nepte ex altero fratre, dotem dederit, in rem patris versum videtur, quatenus avus pro nepte, vel filia,

daturus fuit, *l. & ideo* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* Plane, si mutuo accepto filiusfamilias domum paternam exornavit tectoriis, & quibusdam aliis, quæ magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem, non videtur versum, ut propterea hæc actio danda foret; sed tantum pater pati debet, creditorem hæc sine domus suæ injuria auferre, *l. quod si servus* 3. §. *sed si mutua* 4. *ff. h. t.* si pati nolit, ad impensas, velut utiles, refundendas compellendus est, arg. *l. pro voluptuariis* 9. *ff. de impensis in rem dot. factis*, quemadmodum etiam de voluptuariis efficaciter hoc judicio agi potest, si in illas ex voluntate patris aut domini filiof. aut servo creditum sit, *d. l.* 5. §. 4. *ff. h. t.* sic ut illud quoque in rem domini versum Labeo dixerit, quod mutuatus servus, domino emit volenti ad luxuriæ materiam, unguenta forte, vel si quid ad delicias, vel si quid ad turpes sumtus subministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit, quod consumtum est, sed an in negotium domini, *d. l.* 3. §. *nec non* 6. *ff. h. t.* Denique si ex pecunia mutua odores & unguenta servus emerit, & ad funus erogaverit, quod ad dominium suum pertinebat, placuit, in rem domini videri versum, *l. & ideo* 7. §. *illud plane* 3. *ff. h. t.* neque enim novum est, ut impensæ, quæ in se spectatæ voluptatis causa factæ intelliguntur, quarundam personarum contemplatione utiles fiant; dum in res forte promercales factæ sunt, *l. quod si hæres* 10. *ff. de impens. in rem dot. factis*, vel in funus ad eum pertinens, qui impensas tales fecit *d. l.* 7. §. 3. *ff. h. t.*

5. Ceterum multis modis in rem patris dominive verti potest, recensitis magna ex parte in *l.* 3. §. 1. & 3. *ff. h. t.* §. *præterea* 4. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.* inter quos & ille est, si filiusf. patri actionem acquisierit, *d. l.* 3. §. *idem Labeo* 5. *ff. h. t.* adeo ut, si filiusfamilias mutuatus sit, ut paternis solveret creditoribus, ac errando ei solverit, quem putabat creditorem esse, cum non esset, pater tamen de in rem verso teneatur, cum credatur hactenus locupletior factus, inque rem ejus versum, quatenus indebiti condictionem habet, *d. l.* 3. §. 1. *ff. h. t.* Sed & filiusfamilias pro patre solvendo & ita negotium ejus gerendo, aut judicium tanquam defensor pro eo suscipiendo, eundem actione de peculio, aut alia liberaverit, in rem versum videtur, *l. si pro patre* 10. §. 1. & 3. *l. si filiusfamilias* 15. *ff. h. t.* secus, si suo nomine aut ut suum gerens negotium judicium susceperit, aut fecerit solutionem, ut se ipsum liberaret, licet ita pater quoque actione de peculio liberatus fuerit, *d. l. si pro patre* 10. §. *ult. l.* 11. *ff. h. t.* Sic quoque versum credendum est, si filiusf. mutuatus nummos a me, alii eos crediderit, ut nomen faceret, non peculiare, sed quasi paternæ rationis, *l. quod si servus* 3. §. *idem Labeo* 5. *ff. h. t.* aut si mutuum acceptum patri donaverit, vel donandi animo pro eo solverit, ad id ut mutuum dans actione de in rem verso contra patrem experiri possit, *l. & ideo* 7. §. *plane* 1. *ff. h. t.* quæ tamen de in rem verso actio locum non haberet, si filiusfamilias patri donasset rem peculiarem: eo quod nullus tunc creditor apparet, qui agere posset, quasi in rem patris credidisset, *l. et ideo* 7. *pr. ff. h. t.* uti nec, si filiusfamilias id, quod patrem dare oporteret, creditori patris stipulanti promiserit, animo donandi patri jam tum cum se obligabat, *l. si pro patre* 10. §. *idem tract.* 2. *ff. h. t.* perinde enim id est, ac si statim ab initio patri ex rebus peculiaribus voluisset donatum.

6. Porro cessat hæc actio, si servus, qui domini debitor erat, aliunde mutuatus domino solverit non ultra quam debet, *l. si pro patre* 10. §. *si domini* 7. *l. quidam fundum* 16. *ff. h. t.* arg. *l. licet* 3. §. *cui congruit* 7. *ff. de peculio*, aut pro libertate domino dederit; non ultra sui pretium, *l. quod si servus* 3. *pr. ff. h. t.* aut si de peculio jam actum sit, & in peculium conversum, quod in rem domini versum erat, ita ut jam præstiterit dominus ex actione de peculio, quod in rem ejus versum erat: nam si necdum præstiterit, maneret actio de in rem verso, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* §. *præterea* 4. *Instit. quod cum eo qui in alien. potest.* Quamvis alioquin major utilitas in hac, quam de peculio actione resideat: quatenus hæc ultra annum utilem ab extincto peculio durat perpetuo: atque etiam competit, cum peculium sine dolo malo ademtum est, *l.* 1. §. 1. *l. filiusfam.* 19. *in fine ff. h. t. l.* 1. §. *ult. ff. quando de pecul. actio annalis est*, & in concursu creditorum is, qui de in rem verso agit, aliis tantum de peculio agentibus potior est; imo & ipso domino potior, dum is de in rem verso tenetur, licet aut parum aut nihil sit in peculio, adeoque nec dominus deducere possit, quod sibi suisque debitum est, *l.* 1. *pr. ff. h. t.* Quemadmodum ex contrario commodius est de peculio experiri, quam de in rem verso, quatenus agenti de peculio nihil ultra probandum est, quam contractum esse, ac in peculio reperiri debitam ex contractu quantitatem; cum is, qui de in rem verso agit, subire teneatur difficultatem probandi, creditum in patris dominive utilitatem versum esse, §. *ceterum* 5. *Instit. quod cum eo, qui in alien. potest. l. ei qui* 7. *l. dominum* 12. *C. eod. tit.* quam probationem etiam ex circumstantiis peti posse, patet ex *l. cum de in rem* 6. *pr.* & §. 1. *ff. de usuris.*

7. Quod si mutuatus sit pecuniam filiusfamilias ad vestem comparandam, & nummi perierint, vestisque per filiumf. nihilominus emta sit, incipit pater utrique de in rem verso obligatus esse, tam ei, qui pecuniam, quam qui vestem credidit; quoniam in rem patris ambo crediderunt: sed cum utrique condemnari patrem de in rem verso iniquum esset, placuit, meliorem esse oportere occupantis conditionem. Idemque est, si casu perierit tam vestis quam pecunia, *l. quod si servus* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.*

TITULUS VI.

Quod jussu.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio quod jussu; cui, contra quem, ad quid detur? sufficit ratihabitio aut jussus tacitus.*
2. *Quibus in casibus cesset?*
3. *Cum hac actione concurrere potest mandati actio.*

1. Actio quod jussu (quæ & actio de jussu dicitur, *l. ult. ff. h. t.*) est prætoria personalis, quæ datur creditoribus, qui jubente patre vel domino cum filiof. aut servo contraxerunt, sive jussus specialis sive generalis intercesserit, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.*

contra patrem vel dominum jubentem; etiam fructuarium, aut bonæ fidei possessorem, si is jusserit, *l.* 1. §. *pen. ff. h. t.* &, si plures jusserint, contra singulos in solidum, *l. ult.* §. *si unus ex* 1. *ff. h. t.* ad id, ut eatenus solvatur creditum, quatenus jussus est interpositus, *l. dominum* 3. *ff. h. t.* quem si creditor excesserit, summam excedentem non hac, sed de peculio aut alia simili actione recuperat. Jussisse autem videtur & qui ratum habuit jam creditum, & qui contractui seu chirographo sui filiif. aut servi subscripsit, *l.* 1. §. *sed etsi* 4. & §. *ratum* 6. *ff. h. t.* adde Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 27. *num.* 20.

2. Non tamen huic actioni locus est, si quis ei jusserit credi, quem non habebat in sua potestate, veluti servo prorsus alieno; licet eum postea redemerit; ne actio, quæ ab initio inutilis erat, eventu confirmetur, *l. si tutoris* 2. §. *ult. ff. h. t.* vel, cum jussisset suo heredi filiofamilias, jussus revocatus sit, antequam crederetur, *l.* 1. §. *sed ego* 2. *ff. h. t.* vel tantum quis jusserit contractus executionem, sic ut sui servi aut filiif. tanquam nuncii ministerio usus sit, *l. ult. pr. ff. h. t.* vel pro suo filiofamilias aut servo contrahente fidejusserit; quia sic non ut pater aut dominus, sed ut extraneus consideratur; sive utiliter fidejusserit, sive inutiliter, *l.* 1. §. *quid ergo* 5. *ff. h. t.* aut pupillus jusserit sine tutoris auctoritate, *l.* 1. §. *si pupillus* 7. *ff. h. t.* Sane, si tutor aut curator, aut procurator, aut is, qui administrationi rerum civitatis præpositus est, servo pupilli vel adolescentis vel civitatis credi jusserit, magis est, ut cum his agi quod jussu possit, si modo ex utilitate eorum creditum sit, *l.* 1. §. *ult. l.* 4. *ff. h. t.*

3. Nec dubium quin directa quoque mandati actione conveniri possit pater dominusve de eo, quod filiofam. suo servove credi mandavit, §. *ult. Instit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

LIBER SEXTUSDECIMUS.

TITULUS I.

Ad Senatusconsultum Vellejanum.

SUMMARIA.

1. *Ratio Vellejani introducendi, quid eo cautum sit non ipso jure, sed ope exceptionis mulieres tutas esse, paucis casibus exceptis.*
2. *Quibus detur hac exceptio? an & fidejussoribus mulieris, aut delegatis a muliere, cum mulieris debitores non essent? an & iis, qui ex mulieris mandato pro aliis fidejusserunt?*
3. *Cui opponatur? quid si creditor sciverit mulierem intercedere? quid si ignoraverit, sed mulier in dolo sit?*
4. *Opponi potest etiam post sententiam; & tunc reviviscunt cum sua qualitate, aut nascuntur actiones in pristinos debitores ac fidejussores, mediante in integrum restitutione ex generali clausula edicti prætorii.*
5. *Peti potest restitutio actionum, licet pendeat conditio vel dies intercessioni apposita, vel pristina actio acceptilatione sublata sit, vel mulieri creditor, aut mulier debitori veteri heres extiterit.*
6. *Non restituenda actio pristina, si mulier intercesserit pro obligatione inefficace, vel per aliud remedium ordinarium creditori consultum sit.*
7. *Quid juris, si mulier una cum masculo intercesserit?*
8. *Recensentur plurimi modi, quibus mulieres intercedunt. An & promissione indemnitatis, per distinctionem explicatur. Non interest, pro quo intercedat.*
9. *An mulier huic beneficio efficaciter renunciare possit in judicio & extra judicium, publico vel privato instrumento? Quid si, cum intercessisset interventu renunciationis, brevi post alio in negotio intercedat sine renunciatione? An & ex circumstantiis renunciatio colligi possit?*
10. *An eo ipso, quo renunciavit Vellejano, etiam renunciasse censeatur authentica si qua mulier? An isti authenticæ renunciare possit? recensentur casus, quibus & sine beneficiorum renunciatione uxor efficaciter pro marito intercedit.*
11. *Recensentur plurimi casus, quibus cessat exceptio, inter quos de solutione sine prævia intercessione, de donatione, dolosa vel post biennium repetita intercessione, solutione debiti mulieri facta, præmio accepto pro intercessione, de intercessione apud minorem, vel pro debito, ad quod & sine intercessione obligata erat; de muliere publica mercatrice, & ea quæ dignitatem ac regalia habet?*

1. Cum multis rerum documentis compertum esset, mulieres sexus sui fragilitate sæpe contra propria commoda laborare, sæpe captionibus aliorum reddi obnoxias, sæpe rei familiaris periculum subire, *l.* & *primo* 2. §. *verba* 2. *ff. h. t. l. si mulier* 22. C. *h. t. pro Instit. quibus alien. licet vel non*, visum Romanis fuit, huic occurrere imbecillitati; unde primo quidem Augusti, mox Claudii edictis interdictum, ne pro viris suis fœminæ intercederent, *l.* 2. *pr. ff. h. t.* post quæ subsecutum senatusconsultum Vellejanum, Marco Silano & Vellejo tutore Consulibus (non ordinariis, sed suffectis, cum horum nomina in fastis haud occurrant, indeque etiam tempus originis hujus senatusconsulti incertum sit) quo plenissime mulieribus omnibus subventum est, dum comprehensum, ne pro ullo fœminæ intercederent, *l.* 1. *pr. l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* indulta ipsis, ex sua intercessione conventis, favorabili Vellejani senatusconsulti exceptione, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* Licet enim quandoque adversus eas ex intercessione prætor actiones deneget, secundum veterem judiciorum ordinem, quo actiones summo ju-

re competentes prætor non dabat, ubi eas exceptione elidendas esse certum erat; atque insuper totam senatus improbet obligationem, *l. si mulier contra* 16. §. *si ab ea* 1. *in fine ff. h. t.* ac denique vulgo obtineat, nullum esse, quod contra leges gestum est, *l. non dubium* 5. C. *de legibus*, hic tamen placuit, non ipso jure, sed sola exceptionis ope eas tutas esse, *l.* 40. *ff. de cond. indeb. l. exceptiones* 7. §. 1. *de exception.* nisi ex novis legibus sine publico instrumento intercessissent, *l. antiqua* 23. §. *ult.* C. *h. t.* vel jure novo pro maritis suis, *auth. si qua mulier* C. *h. t.* ante enim hoc quoque casu exceptionis hujus auxilio debebant defendi, *l.* 1. C. *ne uxor pro marito.*

2. Opponit hanc exceptionem non tantum ipsa mulier, sed & heredes, ac fidejussores, sive ex mandato mulieris pro ea fidejusserint, sive sine mandato ejus; quia senatus totam improbavit obligationem, voluitque, hanc exceptionem in rem, non in personam esse, *l. si mulier* 16. §. 1. *ff. h. t. d. l. exceptiones* 7. §. 1. *ff. de exceptionibus*, *l. si uxor pro* 15. *l. heredes* 20. C. *h. t.* Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 11. *defin.* 7. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 18. 19. 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 21. *defin.* 7. is quoque qui, cum debitor mulieris non esset, a muliere delegatus fuit; cum perinde habeatur, ac si mulieris fidejussor esset, *l. quamvis pignoris* 8. §. *sed si is* 4. & §. *sed si eum* 6. *ff. h. t.* quive ex mulieris mandato pro aliis intercessit, si modo in bona fide sit, ignarus in fraudem senatusconsulti id agi a creditore, ut ipsum potius haberet obligatum quam mulierem contra senatusconsultum intervenientem, *l. si fidejussores* 6. *l. si decipiendi* 30. §. 1. *l. ult.* §. *si mulier* 3. *ff. h. t.*

3. Opponitur creditori, ex intercessione mulieris agenti, si is mulierem intercedere non ignoraverit, *l.* 1. C. *h. t. l. immo tunc* 12. *l. Seja mancipia* 28. §. 1. *ff. h. t.* uti & heredi ejus, arg. *l. apud Celsum* 4. §. *adversus parentes* 16. *ff. de doli mali & met. except.* Nec his adversatur rescriptum Impp. in *l. si fænebris* 13. C. *h. t.* cum ajunt, *mulierem decreto patrum non adjuvari, licet creditor causam contractus non ignoravit.* Etenim vel pro *licet* reponendum *nisi* cum Hottomanno, & Wissenbachio *ad d. l.* 13. C. *h. t.* vel secundo, dicendum, mulierem in specie *d. legis* 13. non intercessisse, sed tantum ab initio simpliciter ac pro se mutuam sumsisse pecuniam: licet eam postea pro marito erogaverit, creditore non ignorante, eam mariti instigatione fœnebrem illam accepisse pecuniam, ut deinceps illam novis blanditis maritalibus permota, in usus mariti in totum aut pro parte erogaret. Qualis legis hujus sensus vel ex eo evincitur, quod Imperatores ibidem voluerunt, cessare exceptionem, *sive tota quantitas fœnoris, sive pars ejus, in usus mariti processisse proponatur.* Quippe quæ verba supponunt, non tam ab initio pecuniam omnem in usum mariti fœnori acceptam fuisse, quam potius postea ad desiderium mariti, magis aut minus uxorem flectere ac movere valentis, in ejus usus in totum vel pro parte versam: quod diversum est ab ea facti specie, qua mulier statim ab initio, creditore sciente, nummos capiebat mutuos, non in suum, sed mariti usum; quo ipso mulierem intercedere, & senatusconsulto locum fore, dubium non est, arg. *l. si mulier* 11. *l. vir uxori* 17. *pr. in med. ff. h. t.* Similem sane factorum diversitatem jus diversum constituentem observare licet in *l. ult.* §. *item si mulier* 2. *ff. h. t.* junct. *l. Senatusconsultum* 4. C. *h. t.* si enim mulier ab initio simpliciter sua prædia vendiderit, deinde pro marito pecuniam inde redactam solverit, intercessio non est, deficitque auxilium senatusconsulti, *d. l.* 4. C. *h. t.* sed si fundum suum statim ab initio ea lege distraxerit, ut pretium cederet pro debito mariti, vel etiam debitoris extranei, venditio contra senatusconsultum facta creditur, *d. l. ult.* §. 2. *ff. h. t.* Quod si mulierem intercedere creditor nesciverit, si quidem & ipsa mulier extra dolum sit, adhuc exceptionem ei dandam placuit, *d. l. vir uxori* 17. *pr. ff. h. t.* si vero illa fraudulenter apud creditorem ignorantem intercesserit, non est obstitura creditori hæc exceptio, dum forte tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura; quia alioquin nemo cum fœminis contraheret, cum ignorari possit, quid acturæ sint, *l. si mulier* 11. *l. bona fide* 27. *ff. h. t.* Ut tamen creditorem oporteat in inquirendo diligentiorem esse, si mulier non de novo contrahat, sed obligationem ante contractam suscipiat; cum non tam facile eo casu ignorantiæ allegatio aut præsumtio admittatur, *d. l. vir uxori* 17. *pr. ff. h. t.* Confer Cujacium *tract.* 4. *ad Africanum ad l.* 17. *ff. h. t.* Wissenbachium *ad Pand. h. t. n.* [illegible].

4. Ceterum allegari potest hæc exceptio non modo ante & post litem contestatam, sed & post sententiam, ad impediendam executionem ejus, *l. tamen, si* 11. *ff. de senatusc. Macedon.* Cum enim soluti repetitio mulieri detur, *l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* dolo malo faceret victor, executionem sententiæ sibi solvi desiderans, quod mox restituturus est, *l. dolo facit* 8. *ff. de doli mali & met. except.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 292. Eaque opposita, vel saltem competente, licet opposita necdum sit, creditoribus in pristinos debitores & fidejussores actio reviviscit, vel restituitur, si per occasionem intercessionis extincta sit, vel de novo nascitur, si pro alio, alioquin contracturo, mulier contraxerit, veluti mutuum accipiendo pro eo, qui mutuum suos in usus fuisset accepturus: *l.* 1. §. *ult. l. quamvis* 8. §. *quamquam* 11. & *seqq. l.* 9. *l. si mulier* 14. *l. ult. in fine ff. h. t.* Restituitur autem cum sua causa & qualitatibus, adeo ut, si pro eo, qui temporali actione tenebatur, mulier intercesserit, temporalis actio redintegretur in tantum tempus, quantum supererat, cum primitus intercessione muliebri extingueretur, *l. debit.* 24. §. *ult. ff. h. t.* Et actiones quidem pristinæ, quæ reviviscunt, *restitutoriæ* appellantur, & *rescissoriæ*, quia dantur rescissa intercessione & liberatione, quæ ob intercessionem mulieris contigerat, atque ita restituuntur, *l. quamvis* 7. §. *Marcellus* 9. & §. *quamquam* 11. 12. 13. *l. ult.* §. *ult. ff. h. t. l. si mulier alienam* 16. C. *h. t.* eæ vero, quæ primitus in eum nascuntur, pro quo mulier contraxit, *institutoriæ* ab interpretibus dicuntur, quia instituunt magis, quam restituunt obligationem, *d. l. quamvis* 8. §. *pen. ff. h. t.* Non tamen existimandum, ipso jure has reviviscere aut nasci actiones: sed potius in id impetranda per creditorem restitutio in integrum ex generali clausula edicti prætorii, qua promisit, *se in integrum restituturum, si qua alia sibi causa justa esse videretur*,

quoad ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum liceret, l. 1. in fine ff. ex quib. caus. majores 25. annis in integr. restit. junct. *l. si mulier contra 14. ff. h. t.* & ang. *l. debitrix 24. §. ult. ff. h. t.* junct. *l. sed & si 26. §. si feria 7. ff. ex quib. caus. majores.* Licet enim in *d. l. 24. §. ult.* dicatur, *statim, atque intercessit mulier, competiisse,* id tamen vel cum Wissenbachio *ad Pand. h. t. n. 5.* ita accipiendum est, quod statim actio restitutoria competat creditori, petere volenti, pristinam sibi reddi actionem: vel intelligendum non de ipsa actione, quæ restituitur, sed de petitione restitutionis in integrum, ad recuperandam actionem quæ muliebri intercessione extincta fuerat. Ut proinde sensus sit, actionem temporalem restitutam adhuc per tantum temporis spatium durare post restitutionem, quantum supererat, cum primitus per intercessionem mulieris extinguebatur, licet videri possit aliqua subesse culpa creditoris, quod, cum statim petere potuisset actionis restitutionem, petitionem ejus distulerit donec Vellejani exceptione per mulierem opposita excluderetur, arg. *l. aliquando 13. §. ult. ff. h. t.*

5. Neque hanc actionis pristinæ restitutionem impedit, quod forte dies aut conditio, sub qua mulier intercessit, adhuc pendeat; cum etiam, pendente conditione, volenti creditori cum priore actio danda sit restitutoria; neque enim bonum visum, expectare conditionem vel diem; cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo, sive existente sive deficiente conditione, ipse debeat suscipere actionem, *l. aliquando 13. §. ult. ff. h. t.* arg. *l. debitrix 24. §. si senatusconsulti 2. ff. h. t.* Sed nec restitutioni pristinæ actionis obest, quod mulieri intercedenti credito jam accepto tulerit debitum, cum nihil ea acceptilatione videatur actum, quippe qua inanem tantum dimisit obligationem, *l. quamvis 8. §. Marcellus 9. ff. h. t.* Uti nec, quod ipsi debitori creditor accepto tulerit, sive ante, sive post interpositam a muliere intercessionem, si modo acceptilatio contemplatione intercessionis muliebris facta sit, ut nempe tota obligatio a reo principali in mulierem translata esset, *d. l. 8. §. quotiens 7. ff. h. t.* Nec denique, quod mulieri creditor heres extiterit, cum non obligatæ cum effectu successerit, quodve mulier ipsa veteri debitori, pro quo intercessit, heres sit, cum ipsa, qua heres, restitutoria conveniri tunc possit; sed & directa, dum nihil ejus interest, qua actione conveniatur, *d. l. 8. §. si mulieri 12. & 13. ff. h. t.* confirmata scilicet per hereditatis aditionem muliebri obligatione, quæ ab initio propriis viribus non consistebat, Cujacius *lib. 15. observ. 11.*

6. Non tamen restituenda actio pristina, si mulier intercesserit pro obligatione non efficace, veluti pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato; vel pro eo sine tutore contracturo ipsa contraxerit, nec is inde locupletior factus sit, *l. quamvis 8. §. ult. ff. h. t.* Non etiam necessaria actio restitutoria, si aliud remedium ordinarium supersit, quo creditori potest consultum esse, puta si convenerit cum debitore, ut expromissorem daret, & ita acceptum, quæ auxilio senatusconsulti munita est: cum enim is, qui fidejussorem aut expromissorem se daturum promisit, mulierem dando non censeatur implevisse promissionem, *l. qui satisdare 3. ff. de fidejussor.* locus esse potuit condictioni causa data causa non secuta ad recuperandam actionem, quæ per acceptilationem, causæ futuræ seu secuturæ expromissionis intuitu factam, sublata erat, *d. l. quamvis 8. §. si convenerit 8. ff. h. t.* junct. *l. si mulier ei 15. ff. de condict. caus. non secuta.* Quin &, si pro debito pristino pignus a debitore obligatum sit, & mulier eodem pro debito intercesserit, non est creditori nova opus actione restitutoria; cum quasi Serviana hic utilis sit, quia verum est, convenisse de pignore, nec pecuniam solutam esse, nec cum effectu fuisse creditori eo nomine satisfactum, *l. aliquando 13. §. 1. ff. h. t.* ibique Ant. Faber *in rational.*

7. Quod si mulier una cum masculo intercesserit, subducta mulieris persona, solus masculus in solidum a creditore conveniri potest; sibi quippe imputaturus, quod intercesserit cum muliere, quam sciebat aut scire debebat non posse ex sua intercessione teneri, *l. si Titius 4. 8. ff. de fidejussor.* Nisi mulier pro sua parte in suum commodum intercesserit, de quo casu agit *l. vir uxori 27. §. ult.* & ei cohærens *l. 18. ff. h. t.* Vel nisi id actum sit, ut & mulier & masculus viriles tantum partes singuli deberent; uti id actum in casu, *l. si paternam 8. C. h. t.* in qua dum Imperator Gordianus rescripsit inter alia, *patrem,* cujus obligationem filii & filiæ in se receperant, *in id conveniri posse, in quo conveniretur, si filiæ non intercessissent,* ac mox, *pignora, quæ in priore fuerant* patris *obligatione, eatenus teneri, quatenus ea ad patrem per restitutoriam actionem redit,* aperte supponitur, filios filiasque non singulos in solidum, vel viriles tantum in partes pro patre debitore intercessisse.

8. Ceterum *intervenire,* & *intercedere* hoc loco non est, pro alio supplicare & delicti gratiam petere, quo sensu occurrit, in *l. quisquis 5. §. denique 2. C. ad leg. Jul. majest.* nec impedimento esse, quo minus id fiat; quo modo olim tribuni plebis sæpe intercedebant decretis patrum, aliisque; sed potius se medium inter debitorem & creditorem interponere. Quod tribus potissimum modis contingit, dum mulier vel eam obligationem, quæ in alterius persona constitit, in se transfert; vel eam participat; vel ipsa se pro alio pecuniam accipiente ream constituit, *l. senatusconsultum 4. C. h. t.* sive re, sive verbis, sive alio quocunque contractu interveniat, *l. 2. §. omnis 4. ff. h. t.* adeoque, ut per species eatur, patiendo se delegari cum debitrix non esset, expromittendo, novando, fidejubendo, pignora dando, mandando, constituendo, debitorem in judicio defendendo, judicatum subeundo, novam obligationem contrahendo pro alio, alioquin suo nomine contracturo, *l. 2. §. ult. l. quamvis 8. pr. & §. si convenerit 8. & §. si, cum essem 14. l. ult. §. 1. & passim ff. h. t. l. 1. §. 1. ff. de constit. pecun.* respondendo per errorem, se heredem esse, vel servi dominam, ad interrogationem in jure factam an heres sit, aut an ipsius sit servus qui nocuit, cum non esset, nec bona fide servum possideret, *l. si mulier in jure 23. l. si mulier, intercedendi 26. ff. h. t.* mandando alteri, ut is pro alio intercedat, *l. si fidejussores 6. l. 7. l. ult. §. si mulier 3. ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib. 4. t. 21. def. 28.* alieno nomine in arbitrum compromittendo, *l. non distinguemus 32. §. si mulier 2. ff. de receptis,* damnosam adeundo hereditatem, cum ad id fraude creditorum inducta

esset, ut æs alienum defuncti susciperet, *l. ult. in pr. ff. h. t.* promittendo pecuniam, ne a suo creditore delegatur, *l. debitrix* 24. *ff. sed si* 1. *ff. h. tit.* indemnitatem promittendo tutori, qui metuens forte, ne in pupillos erogata ob eorum inopiam non recipiat, tutelam pupillorum suscipere declinat: in quantum tunc pro pupillis, tanquam ex tutelæ administratione ac judicio contrario futuris debitoribus, intercedere censetur apud tutorem eadem ex tutela futurum creditorem; ut proinde hic inveniatur debitor pro quo, & creditor alius, apud quem, intercessio fit, *l. si mater* 6. §. 1. *C. h. t.* Cui simile est, si, cum propterea de adeunda hereditate dubitaret heres, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier repromiserit, se, quanto minus a quoquo eorum servari posset, præstituram, *l. tutor* 19. §. *quid ergo* 4. *ff. h. tit.* Quod si indemnitatem mulier promiserit, sed non inveniatur persona distincta debitoris, pro quo, & creditoris apud quem, posset videri intervenisse, nec intercessio facta creditur, nec senatuscons. auxilio mulier tuta est; cum vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intelligi possit, idque secundum factorum species, quæ proponuntur in *l. quamvis* 8. §. *si mulier* 1. *l. tutor pupilli* 19. *pr.* & §. 1. 2. *ff. h. t.* Etenim in *l.* 19. cum tutor defunctus male tutelam gessisse existimaretur, ac heres ab eo institutus dubitaret hereditatem adire, ne a pupillis ex male gesta per defunctum tutela conveniretur persuadente pupillorum matre & indemnitatem promittente adivit. Qua in specie, quia mulier non pupillis creditoribus, sed heredi tutoris ex gestione defuncti & aditione secuta debitori, indemnitatem promisit, videri non potuit apud pupillos, sed pro debitore pupillorum apud ipsum debitorem intercessisse. Simili modo, quia tutores, prædia pupillaria cum detrimento pupillorum distrahentes, inde pupillis ex tutelæ judicio debitores futuri erant, ideo mulier ipsis distractionem suadens ac indemnitatem promittens, & ita pro iisdem apud eosdem interveniens, neque veterem neque novam obligationem alienam suscepisse, sed ipsam fecisse hanc obligationem, nec exceptione juvandam esse, Ulpianus in *d. l.* 8. §. 1. docet. De cetero non interest, pro quo intercesserit, utrum pro extraneo, an pro conjuncta persona, veluti filio, vel patre, *l. si cum ipse* 3. *l. si paternam* 8. *C. h. t.*

9. Cessat hæc exceptio pluribus in casibus; puta, si mulier ei renunciaverit, quod potest, tum in judicio, tum extra judicium, si beneficii sui certiorata sit; quia in mulieris utilitatem & favorem id introductum est, & cuique licet juri pro se introducto renunciare, *l. ult.* §. *pen. ff. h. t. l. qui exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. pen. C. de pactis*, diss. Donellus *comment. jur. civil. libr.* 12. *cap.* 32. *vers. quartum*, si modo specialiter, non generaliter tantum, huic beneficio renunciatum sit, cum vix ullarum sint virium generales & vagæ jurium omnium & exceptionum renunciationes, arg. *l. sed & si quis* 4. §. *quatum* 4. *ff. si quis caut. in judic. sist. caus. fact. non obt.* Andr. Gayl. *libr.* 2. *obs.* 77. *numer.* 3. & *seqq.* Nec recte objicitur, eadem facilitate eam renunciaturam, qua intercedit, *l. si mulier perfecta* 22. *C. h. t.* Non enim aliud illa lege asseritur, quam, pari facilitate mulierem secunda vice intercedere, qua prius intercessit; unde minime sequitur, eam simili temeritate, qua intercedit, juri suo renunciaturam, postquam & juris sui & imminentis ex intercessione damni admonita, intelligit, impositam sibi fore solvendi necessitatem. *Virile* quidem, & quodammodo *civile* munus dicitur intercessio, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l.* 2. *ff. de reg. juris.* Sed non alio respectu, quam quatenus Vellejano senatusconsulto comprehensum fuerat, ne pro ullo fœminæ intercederent, adeoque quatenus efficaciter ex sua non obligabantur intercessione, Vellejani exceptione munitæ. Cautum scilicet in earum favorem, ne intercederent; non cautum, ne huic favori pro se introducto renunciarent, & eo modo semet aptas efficerent ad interveniendum. Qua ratione tutelæ munus etiam virile dicitur, *l. tutela* 16. *l. ult. ff. de tutelis*, & publicum, *princ. instit. de excus. tut.* neque tamen eo minus mulierem matrem & aviam tutrices esse posse certum est, si renuncient senatusconsulto Vellejano, *tit. C. quando mulier tut. off. fungi possit*. Ne dicam, in *l.* 2. *ff. de reg. juris per interventionem* non designari omnem illam intercessionem, quæ Vellejano reprobata fuit, sed judicii pro alio susceptionem sine mandato; pro ut id suadent reliqua antecedentia & subsequentia illius legis, dum ex præmissa regula, qua fœminæ ab omnibus civilibus & publicis officiis remotæ dicebantur, conclusio sit, quod *nec judices esse possint, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire*, scilicet in judicio sine mandato, sive tanquam defensores reorum vocatorum, sive tanquam pro conjunctis personis agentes (qualia viris, non fœminis, permissa, §. 5. *inst. de satisd. l.* 35. *ff. de procurat.* junct. *l.* 18. *C. de procurat. l.* 31. §. *pen. ff. de negot. gestis*) ac denique *nec procuratores*, adeoque nec ex mandato pro aliis in judicio stare: atque ita enumeratione tali significatur fœminas ab omnibus illis officiis, quæ ad judicium pertinent, abstinere oportere. Nec recte regesseris, neminem favori pro se introducto renunciare, quoties vitium aut defectus personæ, veluti minorennitas aut sexus fragilitas, privilegio causam dedit; minorem ideo non recte renunciare ætatis auxilio seu restitutioni; quod autem in minore ætas, id in muliere sexus fragilitatem operari. Sciendum enim, in minoribus quidem etiam post certiorationem beneficii, quod ætati adversus læsionem concedi solet, adhuc durare defectum judicii; quo fit, ut, qua temeritate ad contrahendum processerunt, eadem quoque suo essent ætatis auxilio renunciaturi: at ex quo mulier plene instructa fuerit, quæ intercessionis sequela, quique effectus sint, ac plerumque post intercessionem præsto noxam esse, præsumendum non est, eadem sexus imbecillitate per mulierem Vellejano renunciatum esse, qua intercedit, dum minus mulier quam masculus creditur velle suum jactare; sed magis omne intercessionis impedimentum, sexus nempe fragilitas, per læsionis imminentis & beneficii commemorationem ac deinde subsecutam ejus renunciationem sublatum est. Quod & hodiernis moribus plenissime comprobatum, Fachineus *controv. libr.* 1. *cap.* 60. Grotius *manud. ad juris. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 27. Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 11. *definit.* 6. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 77. Groenewegen *ad l. ult. ff. h. t.* Adeo ut nec ob enormem, quam ex intercessione ac re-

nunciatione mulier passa est læsionem, restituenda videatur; nisi talia adsint, propter quæ & masculis, ex sua intercessione enormiter læsis, succurrendum foret; cum sui beneficii renunciatione quantum ad intercessionem sese viris exæquaverint: licet aliter placuerit Andreæ Gayl. *d. l.* 2. *observ.* 77. *n.* 11. & *seqq.* Quinimo si mulier ante breve tempus pro alio intercesserit non ignara juris sui, cum hujus senatusconsulti renunciatione, mox alio in negotio rursus sine beneficii sui renunciatione intercedat, magis est, ut ex intercessione illa secunda efficaciter obligetur; cum certioranda non sit, quæ beneficii sui non pridem admonita, etiamnum ejus memor creditur, *l.* 1. *in fine ff. de act. emti*, & fraude non careat, quæ, sciens se gaudere Vellejani exceptione, tamen intercedit. Quæ forte ratio, quod in Gallia nullus hujus senatusconsulti usus est, dum illic sagaciores creditæ mulieres, quam ut ignorarent, intercessionis comitem plerumque patrimonii diminutionem esse; teste Mornacio, Autumno, aliisque apud Groenewegen *ad rub. C. h. t.* (vide tamen Argentræum *ad consuet. Britan. art.* 216.) Nec interest, utrum ipso intercessionis momento mulier huic suo beneficio renunciet, an ex intervallo; usque adeo, ut & ex rebus ipsis ac factis renunciatio non perperam subinde colligatur, dum plerumque nihil interest, expresse, an rebus ipsis & factis, consensus declaretur, arg. *l. de quibus* 32. §. 1. *in med. ff. de legibus*, *l. non tantum* 5. *ff. rem ratam haberi*. Qua ratione in Frisia judicatum, heredes mulieris, sine renunciatione intercedentis, Vellejani exceptione tueri sese non oportere, quoties mulier suo præcepit testamento isti creditori, apud quem intervenerat, satisfieri, fidemve suam liberari, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 11. *defin.* 7. Similiter parum refert apud nos, an publico an privato instrumento mulieris intercessio, renunciatione munita, comprehensa sit, Groenewegen *ad l.* 23. *C. h. t.* quamvis jus Romanum, quo adhuc Frisia utitur, publicum instrumentum requirat, *l. antiquæ* 23. §. *ult. C. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 11. *defin.* 2.

10. Quia vero beneficiorum renunciationes strictam recipiunt interpretationem, quippe continentes quandam liberalitatem jurisque remissionem; neque quisquam facile creditur voluisse jactare suum, *l. cum de indebito* 25. *pr. in med. ff. de probat.* hinc, si mulier pro marito suo intercesserit, & renunciaverit exceptioni Vellejani, non tamen eo ipso etiam renunciasse intelligitur authenticæ *si qua mulier C. h. t.* qua vetitum, ne pro viris suis uxores interveniant, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 28. 29. Sande *d. lib.* 3. *t.* 11. *defin.* 4. etiamsi publica mercatrix esset, Neostadius *de pactis antenup. observ.* 18. *numer.* 5. & 6. & *observ.* 19. *in fine*. Ut tamen haud dubitandum videatur, quin pari jure ac fundamento possit nominatim renunciari d. authenticæ *si qua mulier C. h. t.* & dispositioni novellæ 134. *cap.* & *illud vero* 8. quo senatusconsulti ipsius renunciatio permissa fuit; cum non magis, nec alio sensu, sententia authenticæ, quam senatusconsulti, ad publicam respiciat utilitatem, & utrobique intercessio, tanquam temeraria & ab imbecillitate sexus profecta, improbata fuerit; ac denique ex renunciatione interposita utrobique pateat, nihil per mulierem inconsiderate actum fuisse, postquam suorum est admonita jurium ac beneficiorum, Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 19. Groenewegen ad *d. auth. si qua mulier C. h. t.* licet juratam hujus authenticæ renunciationem desideret Berlichius *conclus. pract. part.* 2. *concl.* 19. *numer.* 63. Sande *d. lib.* 3. *t.* 11. *defin.* 3. & 4. aliique ibidem citati. Quid, quod & sine renunciatione Vellejani ac authenticæ *si qua mulier*, pro marito intercedens, efficaciter obligata redditur, quoties & quatenus marito debet, vel se debere apud creditorem fingit ignorantem; cum hactenus vel non lædatur ex sua intercessione, vel in pœnam fraudis eam teneri justum sit. Cui addit Antonius Faber, non oportere juvari mulierem, si se obligaverit pro marito liberando, qui non ex causa æris alieni, cujus intuitu per cessionem bonorum a carceris squallore liberari poterat, sed ex causa delicti, in carceres detrusus erat; aut, si se ad eludendam executionem, quæ fiebat in bona mariti, obligaverit pro marito, *Cod. Sabaud. lib.* 4. *t.* 21. *defin.* 16. 17. 19. *in fine* & 21. Denique nec audiendam esse, quæ pro marito suo intercessit jurato, Canonici juris interpretibus visum fuit, Rittershusius ad *novell. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 20.

11. Non etiam Vellejano locus est, si mulier alteri donet, vel si pro debitore solvat, vel suum debitorem creditori alterius deleget sine intercessione, vel pignus, quod ut creditrix tenebat, restituat, cum & in hisce liberalitatis species sit: sive pecuniam solvendi causa numeret, sive rem quamlibet suam in solutum det, sive pecuniam mutuam acceperit, aut rem suam alteri vendiderit, ut ex pretio donaret, aut solveret, cum intercessio non præcessisset: senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti, quia facilius se mulier obligat, quam alteri donat, *l. sed si ergo* 4. §. 1. *l. quamvis* 8. *pr.* & §. *plane si* 5. *l. si pro aliquo* 21. §. 1. *ff. h. t. l. senatusconsul.* 4. *in fin. C. h. t.* nisi color senatusconsulto quæsitus sit, ut mulier venderet creditori potius, quam apud eum contra senatusconsultum intercederet, arg. *l. quidam voluit* 29. §. *Paulus* 1. *ff. h. t.* de quo casu accipienda *l. ult.* §. *item si* 2. *ff. h. t.* atque ita cum legibus ante allegatis concilianda. Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 21. *defin.* 19. & *rational. ad d. l. ult.* §. 2. *ff. h. t.* Neostadium *curiæ supr. decis.* 42. Caret quoque hoc beneficio, si dolose decipiendi causa intercesserit, *l.* 2. §. *sed ita* 3. *l. si mulier* 11. *l. si mulier* 23. *ff. h. t. l. si sine* 5. *C. h. t.* si post biennium intercessionem priorem repetierit pro extraneo, non pro marito suo, *l. si mulier perfecta* 22. *C. h. t.* junct. *novell.* 134. *cap.* & *illud vero* 8. si debitor id, pro quo mulier intercessit, eidem jam persolverit, ut ipsa creditori satisfaceret, *l. si mulier* 16. *l. si mulieri* 22. *ff. h. t.* vel si debitor id, quod alteri debebat, mulieri solverit, caventi, creditorem id ratum habiturum, ne is postea id ratum habeat; cum his in casibus mulier non de damno evitando agat, sed lucrum captet, *l. si mulieri solvero* 15. *ff. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *t.* 11. *defi.* 1. Grotius *manud. ad juris. Holl. lib.* 3. *c.* 3. *n.* 24. Si pro intercessione pretium acceperit, quantumcunque illud fuerit, sive majus, sive exiguum; cum lex non distinguat, sed id unum exigat, quod mulier *ab initio, vel postea, aliquid acceperit, ut se interponat*; & hic lucrum magis captasse intelligatur, recipiendo periculi pretium, quam damnosam

fecisse intercessionem, *l. antiqua* 23. *C. h. t.* Donellus *comment. jur. civilis lib.* 17. *cap.* 32. *vers. tertium*. Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 234. Si pro dote, vel libertate, aut alia causa pia admodum ac favorabili intercesserit, *l. pen. & ult. C. h. t.* junct. *l. cum is, qui* 32. §. *mulier* 2. *ff. de condict. indeb.* Tiraquellus *de privilegiis pia causa* 113. Ant. Faber *Cod. libr.* 4. *tit.* 21. *defin.* 14. Ant. Matthæus *de oblig. disp.* 33. *thes.* 12. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 317. Si intervenerit apud creditorem minorem, & is a debitore, in quem actio restituenda est, non possit suum consequi; quippe quo casu major ætatis quam senatusconsulti ratio habenda fuit, *l. si apud minorem* 12. junct. *l.* 11. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*. Si in rem suam ac propriam utilitatem, vel saltem sine suo detrimento intercesserit, dum ipsa forte debitrix erat, aut id, pro quo intercessit, etiam sine intercessione præstare obstricta, *l. frustra* 2. *C. h. t.* veluti si in causa sibi cum alio communi, *l. vir uxori* 17. §. *ult. ff. h. t.* vel pro eo, quem creditori suo delegabat, *l. bona fide* 27. §. *ul. ff. h. t.* cuive a suo creditore delegata erat, *l. debitrix* 24. *pr. ff. h. t.* vel si defendat eum, qui adversus ipsam regressum habet, procuratorem, venditorem hereditatis, vel etiam emtorem hereditatis aut rei singularis, aliumve similem, cui de evictione tenetur, quique damnatus regressum adversus eam habet, *l. sed si eum* 3. *ff. h. t.* vel pro marito inope alimenta in usum familiæ comparante interveniat; cum ad inopem maritum familiamque alendam obligata sit, arg. *l. ubi adhuc* 29. *C. de jure dot. l. alimenta* 11. *C. de negot. gestis*. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 21. *defin.* 8. Cessat denique senatusconsulti beneficium secundum mores hodiernos, si mulier, quæ publica mercatrix est, intercesserit pro alio eorum intuitu, quæ ad istam, quam exercebat, spectant negotiationem; non item si in aliis, arg. *l. & si a muliere* 4. *C. de instit.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 9. *art.* 10. *numer.* 3. Tuldenus *ad t. C. ne uxor pro marito num. ult. in fine*, Neostadius *de pactis antenupt. obs.* 18. *in fine*, Rittershusius *ad novellas part.* 2. *cap.* 4. *num.* 23. 24. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 90. *n.* 5. Groenewegen *ad rubric. C. h. t.* Cui addunt mulieres illas, quæ territorio præsunt, & majestatem, vel regalia habent; tum quia in tales fœminas, consilio & consiliariis haud destitutas, non tam facile aliqua imbecillitas aut imprudentia cadit, ob quam aliis tenuioris fortunæ & loci humilioris mulieribus subventum est; tum quia is, qui illarum fidem sequitur, non tam sexum, quam illustrem dignitatem administrationemque, per omnia virili similem, respexisse censetur, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 15. *defin.* 9. Heringius *de fidejussoribus cap.* 7. *n.* 517. *& seqq.* Struvius *ad Pand. h. t. n.* 12. *in fine*. Quod admitti poterit in iis intercessionibus, quas facit, quatenus dignitatem publicam sustinet, ac qua talis; in ceteris namque privatis negotiis si tanquam alia persona privata intervenerit pro tertio, ratio nulla est, cur non sese teneretur Vellejani exceptione, exemplo mulieris, publicæ mercatricis, quæ, ut ut in negotiis ad mercaturam spectantibus sagacissima fuerit ac prudentissima, in aliis tamen sexus fragilitate labi ac capi potest, Vellejani beneficio non destituenda. Unde & post motam hanc de illustribus mulieribus controversiam, plures hæsitantes eam indecisam reliquerunt, Pyrrhus Maurus de *fidejussoribus part.* 2. *sect.* 8. *cap.* 3' *num.* 132. 133. Ant. Matthæus *de obligat. disput.* 33. *num.* 7.

12. Quod si mulier ex intercessione obligata jam solverit, quod ita debebat, si quidem sciens, se Vellejani exceptione tutam esse, condicere solutum non potest, *l. quamvis* 9. *C. h. t.* eo quod consulto dati indebiti donatio est; *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris*, donanti autem mulieri per Vellejanum non succurrit, *l. sed si ego* 4. §. 1. *ff. h. t.* Si vero ignara fuit beneficii, soluti, velut indebiti, repetitionem ab eo, cui solvit, habet, *l. exceptionem* 40. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. regula est* 9. *ff. de juris & facti ignorantia*, nisi malit adversus eum, pro quo intercessit & solvit, mandati aut negotiorum gestorum actione experiri ad indemnitatem, *l. pen. ff. h. t.*

TITULUS IV.

De Compensationibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit compensatio? unde dicta & qua æquitas ejus? quid sit* pariatio?
2. *Compensatio jure novo tollit debitum ipso jure, ex quo cœpit utrimque deberi, licet ex uno latere usurarium sit, vel sub pœna debitum. An condici possit ut indebitum, quod potuerat compensari? An compensatio jure civili & hodierno post sententiam opponi possit in executione? an in appellatione?*
3. *Reus compensationem allegans non fatetur eo ipso se debitorem esse; aut si eam omittat, sciens prudens, non censetur adversario remisisse debitum. Nisi conjuncta persona id sæpius sciens prætermiserit, cum nulla appareret justa causa, cur non compensaverit.*
4. *Compensatio uni tutori potest objici respectu ejus, quod alter tutor nomine pupilli debet. An cessionario compensatio ejus, quod cedens vel ipse cessionarius ex suo capite debet? Quid juris, si primus pure debeat secundo, secundus primo sub conditione, sed ea lege addita, ut existente conditione compensaret, & primus cedat actionem tertio, tertius autem existente conditione agat cum secundo?*
5. *Cessionario quarto objici potest compensatio ejus, quod primus vel secundus vel tertius cedens debet: nec compensationem impedit, quod cedens jam desierit solvendo esse: nec refert, voluntaria an necessaria cessio sit.*
6. *Non recte objicitur cessionario, si is cum debitore cedentis novaverit, vel ex delegatione plena eum sibi obligatum cœperit habere.*
7. *Compensat reus id tantum, quod sibi ab actore vicissim debitum, non quod a tertio, licet is consentiat, nisi insuper actionem cedat; ubi de duobus reis stipulandi & promittendi; & de executore non compensante pretium rei subhastatæ a se exactum, cum eo, quod creditores in lite victores vicissim ei debent.*
8. *An tutori, suo nomine agenti, id quod pupillus debet? An tutori pupilli nomine agenti id quod*

tutor suo nomine debet? An tutor, suo nomine conventus, componset id, quod pupillo debetur? & vice versa?

9. *Quid si debitor pupilli, qui tutoris creditor est, aut vice versa foro cesserit, an & tunc tutor suo vel pupillari nomine conventus compensationem objiciat; & quid si quis ex sua persona sit debitor simul ac creditor ejus, qui foro cessit? An rescriptum moratorium a debitore impetratum impediat compensationem, si is alia ex causa creditum persequatur?*

10. *De tutoribus dicta, obtinent & in procuratoribus, institoribus. An & in sociis, ac moribus in marito & uxore?*

11. *Quid juris in debitore & fidejussore ejus in patre & ejus filiofamilias? in herede suo nomine debitore, ac creditore nomine hereditario? & quid, si hereditatem adiverit cum beneficio inventarii?*

12. *Qualia debita compensari possint? An pœna pecuniaria ex delictis aut publicis criminibus? An pœna publica non pecuniaria?*

13. *An debitum mere civile? An debitum naturale tantum etiam cum eo, quod naturaliter & civiliter debitum est?*

14. *Recte compensatur, quod certo loco debitum; quod jam alio in loco cœptum peti; debitum ex sententia fiduciariam solutionem continente; impensa litis, in quas quis damnatus est, debita intra certum tempus exigenda cum aliis exactionem perpetuam habentibus; id quod quis se soluturum juravit. An & debitum hypothecarium cum chirographario? an sors annui reditus cum alia sorte reditus aliove debito.*

15. *Non habet locum in deposito. An non depositum saltem pro impensis necessariis retineri possit?*

16. *Nec in causis momentaneæ possessionis; nec in reparatione attentatorum; nec in tributis & vectigalibus, aut eo quod fisco debitum ex causa annonaria; nec in debito reipublicæ ex calendario vel ex fideicommisso; nec in pretio rei per fiscum venditæ; vel mercede vectigalium, nec in alimentis futuris; nec in implemento conditionis* dandi decem; *nec pretia rerum auctione publica in utilitatem creditorum auctoritate judicis venditarum. An in canone annuo? An debitum unius tabernæ, cum debito alterius tabernæ?*

17. *Requiritur ad compensationem, ut debitum sit liquidum & purum.*

18. *Necesse etiam ut sit utrimque debita res fungibilis ejusdem generis. An corpus utrumque in genere debitum? An corpus cum quantitate? An pecunia, quoties ut corpus consideratur?*

19. *An rejecta per judicem compensatione adhuc debitum illud peti possit?*

20. *Jus retentionis differt in multis a jure compensationis. Recensentur casus, in quibus jus retentionis locum habeat; maxime retinetur res in quam impensa facta vel circa quam artificium adhibitum. Jus retentionis transmittitur ad successores universales & particulares.*

21. *An jus retentionis habens teneatur rem reddere, si ei cautio de solvendo debito offeratur?*

1. Compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *ff. h. t.* vel, ut Cujacius in *paratit. ff.* & C. per æris sui computationem ab ære alieno liberatio; & computatio vice mutua debitæ quantitatis. Ita appellata ab antiquo æris appendendi more, nummo necdum adinvento quidem, vel invento quidem, sed adhuc appendi magis quam adnumerari solito; quo eveniebat, ut æqualis utrimque debita æris quantitas, simul pensata, desineret utrimque debita esse, & id solum ex uno latere remaneret in credito, quod prægravans non simul pensabatur. Cui compensationi non plane absimilis *pariatio*, scriptura, qua rationes accepti & expensi pari quantitate continentur, aut sibi invicem opponuntur, ac comparantur, si impar sit quantitas, ut ita subducta quantitate pari accepta & expensa constet quantum in *reliquis* sit: unde & *pariator* opponitur *reliquatori* vel *reliqua habendi*. Vide *l. ult.* §. *idem quas.* 3. *ff. de condict. indeb. l. Julius Paulus* 81. *ff. de condit. & demonstr. l. is qui suis* 4. §. *proinde* 5. *ff. de manumission. l. Sticho libertas* 40. §. *argentarius* 8. *ff. de statuliberis*, Rævard. *lib.* 5. *variorum cap.* 9. qui & non *paratam* sed *pariatam obligationem* putat oportere legi in *l. manifesti* 17. *C. de solution.* Summam autem compensatio æquitatem habet; quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere, *l. ideo* 3. *ff. h. t.* nec dolo carere intelligatur, qui petit quod redditurus est, *l. dolo facit* 8. *ff. de doli mali & metus excep.* denique expedit reipublicæ lites diminui, *l. quidam* 21. *in fin. ff. de reb. credit.* ad quod non parum compensatio proficit.

2. Compensationis effectus est, quod solutionis vicem obtineat, adeoque pro rata debitum utrimque ipso jure minuatur, *l. si constat* 4. *C. h. t. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. vel permutavit* 19. *ff. de liberali causa.* Licet enim olim in solis bonæ fidei judiciis ipso jure quis per compensationem tutus esset, in stricti vero juris negotiis tantum opposita doli mali exceptione, §. *in bonæ fidei* 30. *inst. de action.* tamen jure novo stricti juris negotia hac in parte iis, quæ sunt bonæ fidei, fuerunt exæquata; ut ipso jure ad concurrentem usque quantitatem obligatio extinguatur, *d.* §. 30. Cui consequens, ut & liberentur ipso jure fidejussores ac pignora, *l. verum est* 4. *ff. h. t. l. invicem* 12. *C. h. t.* usurarum etiam cursus sistatur concurrentis apud utrumque quantitatis, ex quo primitus cœpit utrimque deberi, sive æquales utrimque, sive inæquales ex pacto, vel mora, vel stipulatu usuræ debitæ fuerint, sive debitum principale alterum usurarium fuerit, alterum nullam habuerit usurarum accessionem; *l. cum alter* 11. *l.* 12. *ff. h. t. l. si constet* 4. *l.* 5. *C. h. t. l. ejus quantitatis* 7. *C. de solution.* atque insuper is, qui ob moram in pœnam aut mulctam incidit, eandem evitet, si tempore solutionis, ad pœnam evitandam faciendæ, habuerit jus compensandi, arg. *d. ll.* junct. *l. cum quidam* 17. §. *si pupillo* 3. *ff. de usuris*, Guido Papa *decis.* 171. *numer.* 5. Ant. Faber *C. libr.* 4. *t.* 23. *defin.* 4. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 40. *n.* 10. 11. Zoesius *ad Pand. h. t. numer. ult.* Quamvis ergo verum sit, opponendas seu allegandas esse in judicio compensationes, ut judex earum possit rationem habere, & eatenus dici possint *facti* esse, §. *pen. instit. de action.* effectus tamen earum totus *juris* est, & existit ante allegationem; quippe quæ non ad inducendam compensa-

tionem pertinet, sed magis ad manifestandum, eam retro ab eo tempore, quo cœpit utrimque deberi, jam a jure factam esse, nec extingui obligationem, sed jam ante extinctam fuisse monet. Unde & procurator absentis conventus, ac compensationem allegans non tenetur eo nomine de rato cavere, quia, ut Paulus ait, *nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur*, debito scilicet per compensationem ipso jure jam diminuto, *l. postea quam* 21. *ff. h. t.* Eoque nititur fundamento, quod si id, quod compensationis ope poterat non solvi, solutum fuerit, tanquam indebitum condici possit, *l. ideo* 3. *l. si ambo* 10. *§. si quis* 1. *h. t.* longeque magis post sententiam, ad impediendam executionem ejus, compensationis objectio permissa sit, *l. ex causa* 2. *C. h. t. l. cum militi* 16. *§.* 1. *ff. h. t.* Quod & hodiernis moribus servari æquum videtur, eo quod per compensationis allegationem non tam impugnatur sententia, quam potius reus condemnandus ei acquiescere ac obtemperare paratum sese profitetur. Si enim naturali solutione ejus, ad quod damnatus est, judicato satisfaciat, non minus satisfacit debiti liquidi compensationem offerendo; dum nihil interest, solvat, *l. si constat* 4. *h. t. l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign.* Matth. de Afflictis *decis.* 121. Sebast. Medices *de compensat. part.* 2. *quæst.* 25. Ant. Faber *C. libr.* 8. *t.* 24. *defin.* 2. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 17. *numer.* 10. Besoldus *delibati juris ad Pand. libri* 16. *quæst.* 2. *post med.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 8. *def.* 6. *in fine, & def.* 15. Responsa Jurisconsa Holland. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 47. Contra quidem in Hollandia judicatum esse refert Neostadius *supr. Curiæ decis.* 95. Sed jure communi Hollandos adhuc uti, asserit Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 36. *numer.* 2. & judicatum esse, eam in executione posse opponi, ut curia judicet, quanto minus via executionis petendum sit, commemorat auctor *Appendicis decisionum Curiæ Holl. post Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 11. Eoque facit, quod utraque Hollandiæ curia judicavit, instrumento, voluntariæ condemnationis clausulam continenti, recte objici compensationem; uti vulgo instrumentis guarentigiatis eam aliis in locis apponi, moris est, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 3. Besoldus *delibat. juris ad Pand. lib.* 16. *quæst.* 2. *post med.* Leeuwen *cens. for. d. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 36. *numer.* 6. 7. ibique plures citati. In appellatione sane eam, quæ in prima lite prætermissa erat, compensationem allegari posse, dubium vix est, Ant. Faber *C. libr.* 4. *t.* 23. *defin.* 15. Gothofredus *in notis ad rubric. h. t.*

3. Non tamen compensationis per adversarium apud judicem oppositæ effectus est, quod eam opponens fateri videretur, se ejus, quod petitum, debitorem esse. Non enim existimatur confiteri de intentione actoris is, quocum agitur, quia utitur exceptione, *l. non utique* 9. *ff. de exception.* neque quisquam pluribus prohibetur defensionibus & exceptionibus uti, licet diversæ sint, quoties lex impedimento non est, *l. nemo* 8. *ff. de except. l. nemo ex his* 43. *ff. de reg. jur.* ne autem quis modum, quo ipso jure, an eum, quo exceptione sola tutus est, alleget in judicio, hujus quidem quæstionis intuitu, non multum refert; maxime si consideres, *nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem*, in judicio oppositam, *infirmetur*, *l. nihil interest* 112. *ff. de reg. juris*, neque fas est, deterioris esse conditionis eum, qui potentiore sese defendit liberationis modo, quo ipso jure se tutum asserit, quam qui defensione, aliquo respectu debiliore, utitur, dum se exceptione munitum ait. Fachineus *controvers. lib.* 11. *cap.* 6. Vice versa, si quis non compensaverit, cum id posset, sed solverit petita, non est intelligendus eo ipso remisisse adversario, quod is vicissim debet: cum nemo præsumatur voluisse jactare suum, & multæ possint esse causæ, propter quas quisque, adversario ita desiderante, solvere malit, quam pensare; dum forte id, quod vicissim debitum, usurarium est, vel alia quacunque ratione expedit reo convento, integrum servare potius suum jus crediti, quam id agere, ut evanescat. Quod Julianus velle videtur, cum in *l.* 2. *ff. h. t.* ait, unumquemque posse creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovere, *si paratus est compensare*; non obscure lis verbis id totum arbitrio rei conventi relinquens. Quod & Ulpianus tutori actione tutelæ convento permittit, *l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contrar. tut. & utili act.* eo fere modo, quo is, qui rei venditæ & traditæ exceptionem habet, conventus ab illis, qui evictionem præstare debant, statuere secum potest, an opposita illa exceptione rem sibi servare velit, an magis evincenti cedere, salvamque sibi ad duplum vel id quod interest evictionis nomine conservare ex stipulatu actionem, *l. vindicantem* 17. *ff. de eviction. tot. t. ff. de except. rei vend. & traditæ.* Plane si quis, habens compensandi facultatem, nec id ignorans, sæpius compensatione uti prætermiserit, probabilem nullam habens causam, cur magis suum creditum sibi voluerit salvum esse, quam compensatione tolli, non improbabilis tunc remissi debiti conjectura est, maxime inter conjunctas personas, inter quas facilius, quam quidem inter extraneos, liberalitatis præsumtio admissa est, *l. Procula* 26. *ff. de probat.* junct. *l. cum alienam* 10. *C. de legatis.*

4. Opponi potest compensatio quibusvis creditoribus, etiam pupillis, sive ab extraneo, sive ab ipso tutore tutelæ actione convento, *l. si tutores* 11. *C. h. t. l.* 1. *§. præterea* 4. *ff. de contraria tut. & utili act.* usque adeo, ut divisa plures inter tutores unius pupilli tutela, compensari possit uni tutori nomine pupilli experiunti, quod reo convento debitum pupillari nomine ab altero tutore aliam tutelæ partem administrante, *l. inter tutores* 36. *ff. de admin. & peric. tut.* Cessionariis quoque actione cessa agentibus, tum ratione ejus, quod ipsi suo nomine debent ei, contra quem actione cessa experiuntur, tum etiam respectu ejus, quod ipse cedens vicissim debet, si modo debuerit, ante cessionem, atque ita ei compensatio objici potuerit. Cum enim ipso jure ad concurrentem utrimque quantitatem debitum evanuerit ipso illo momento, quo quid incepit utrimque deberi secundum ante dicta, cedi non potuit adversus debitorem actio, nisi ea pro parte, quæ post confusum debitum & creditum atque ita extinctum restabat exigenda, arg. *l. verum est* 4. *&* 5. *ff. h. t.* Ant. Thesaurus *dec.* 221. Zoesius *Pand. h. t. nu.* 29. Joh. Papon. *lib.* 12. *t.* 6. *art.* 2. *&* 5. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 314. *& part.* 5. *consil.* 25. *in fine.* Quin imo, si primus pure debens secundo, secundum non pure, sed ex die vel sub conditione

cœperit obligatum habere, ea lege addita, ut die veniente compensaret secundum id, quod ita debet, cum eo quod sibi a primo debetur, ac primus deinde, antequam dies obligationis venisset, jus suum cedat tertio; tertius veniente die contra secundum actione cessa agens, pati tenetur compensationem ejus, quod primus cedens secundo debet. Etsi enim cessionis tempore secundus necdum habuerit compensandi facultatem, dum solum liquidum & purum debitum in compensationem venit; quia tamen obligatio illa, ex die vel conditione suspensa, cedi non potuit, nisi cum sua per pactum adjectum definita qualitate modoque, consequens est, ut secundo, contra quem actio cessa fuit, non perierit per cessionem illam jus compensandi, ex conventione quæsitum: quod enim ipsis, qui contraxerunt, obstat, & successoribus eorum obstare placuit, *l. quod ipsis* 143. *ff. de reg. juris*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 287. Neque adversus hæc, quæ de compensatione cessionarii opponenda diximus, in contrarium facit, quod cessionarius neque reconventionem semper pati tenetur, ratione ejus, quod cedens vicissim debet, *l. servum quoque* 33. §. *ult. l.* 34. *ff. de procurat.* Adde *t. de judiciis numer.* 48. neque doli per cedentem commissi exceptione omni in casu repelli possit, *l. apud Celsum* 4. §. *de auctoris* 27. 28. 29. *ff. de doli mali & met. except.* Etenim alia reconventionis, debitum utrinque superstes supponentis, quam compensationis, ipso jure debitum perimentis, ratio est; ut proinde a reconventione ad compensationem, tanquam disparatis, male fiat illatio, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 32. *defin.* 15. Et quod attinet exceptiones cessionario non semper opponendas, etsi verum sit tunc, cum exceptio jure est opposita, nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. nihil interest* 112. *ff. de reg. juris*, non tamen inde sequitur, omnes æque exceptione repelli, ac allegatione modorum, quibus ipso jure liberatio contingit; dum plures sunt in personam exceptiones, certis tantum agentibus, non promiscue omnibus, objiciendæ, ut dictum *t. de pactis numer.* 13.

5. Nec refert, utrum primus cedens an secundus, aut tertius ei debeat, qui actione cessa convenitur. Si enim fingas primum actionem, sibi adversus secundum competentem, cessisse tertio, tertium quarto; agenti quarto non modo compensari potest, quod primus cedens debebat, sed & quod tertius, eo quod, quam primum actio fuit tertio per cessionem quæsita, protinus utrimque debitum contributione & confusione ipso jure evanuit ad concurrentem usque quantitatem, adeoque cessio fieri non potuit, nisi ejus intuitu, quod amplius ex uno latere debitum remanserat in credito, Sande *decis. Frisic. lib.* 2. *t.* 17. *defin.* 2. Sed & non multum interest, utrum eo tempore, quo cessionario objicitur compensatio, cedens adhuc idoneus sit, an jam desierit solvendo esse; cum semper locum sibi vindicet ratio cedi non potuisse cum effectu actionem, nisi quatenus superest post factam a jure debiti & crediti contributionem; & uti compensari potuisset ipsi cedenti, licet ille ipso cessionis tempore solvendo non fuisset, dum in omnem eventum nihil solvens sed tantum retinens quod debet, ipse sibi abunde solvendo, & quod ad se attinet, dives esse intelligitur, juxta *l. quærebatur* 82. *ante med ff. ad leg. falcidiam*, ita quoque jure eodem uti debet, qui cessionis interventu successit cedenti, arg. *l. quod ipsi* 143. *ff. de reg. juris*. Parum denique refert, an ex libera voluntate, an ex necessitate cessio facta sit. Etsi enim procurator in rem suam ex necessitate constitutus defendere cedentem non teneatur in reconventione, eamve pati, *l. servum* 33. §. *ult. l.* 34. *ff. de procurator.* quo fundamento motus Frisiæ Senatus compensationem reprobavit, teste Sandio *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 17. *defin.* 5. tamen a reconventione ad compensationem perperam argumentum transferri, jam supra monitum: saltem non recte hujus quæstionis intuitu, quia sive ex necessitate, sive ex libera voluntate, cessio contigerit, verum manet, non magis ex necessitate, quam libera ex voluntate, cedi posse actionem, quæ in rerum natura amplius non est: uti non erat in facti specie a Sandio proposita; in qua dum tres filii, Primus, Secundus, & Tertius, matri heredes erant, cui matri trecenta debebat Titius, Titio vicissim tertius centum ex suo capite, fieri aliter haud potuit, quam ut primo aditionis momento, Tertius ex capite matris pro parte tertia trecentorum matri debitorum cœperit Titii creditor esse, & eo ipso extinctum contributione ac confusione mutua, quod Tertius Titio, quodque Titius Tertio pro parte tertia heredi debet. Quo posito, frustra deinde per familiæ erciscundæ judicium duobus prioribus integrum adjudicatur creditum trecentorum, quippe jam ipso jure per compensationem pro parte tertia diminutum. Ut proinde Titius a primo ac secundo ad integra trecenta conventus, recte alleget, vi compensationis a jure jam factæ non ultra ducenta in credito superesse. Ne dicam, illo in casu neutiquam fuisse necessariam, sed plane voluntariam actionis cessionem, cum in rebus quidem individuis adjudicationem uni fieri necessitas flagitet; at in dividuis, imo per ipsam legem duodecim tabularum jam divisis nominibus, consolidationem, atque adeo etiam adjudicationem uti factam, sola suaserit utilitas & commodum facilioris exactionis, ut patet ex *l.* 2. §. *ult. l.* 3. *ff. famil. ercisc.*

6. Non tamen cessionario recte compensatio ab eo, contra quem actio cessa, objicitur respectu ejus quod cedens ante cessionem debuerat, quoties cessionarius cum debitore cedentis novationem fecit; aut aliter non nuda & simplex cessio actionis, sed plena delegatio consensu debitoris delegati facta est. Cum enim hisce in casibus prior obligatio, quæ inter cedentem seu delegantem & debitorem ejus consistebat, ipso jure per subsecutam novationem aut delegationem sublata sit, & ita debitor non amplius ex capite cedentis aut delegantis conveniatur, sed ex nova conventione, per quam novatio vel delegatio facta est, iniquum foret, cessionario vel delegato creditori, nunc suo nomine & proprio ex contractu agenti, opponi compensationem ejus, quod non ipse, sed tertius, quem non repræsentat, debet, arg. *l. doli exceptio* 19. *ff. de novation. l. si delegatio* 3. *C. eod. t.* Ant. Thesaurus *decis.* 221. *in fine*, Neostadius *Cur. supr. decis.* 71. Nec est, quod regeratur, neque novari neque delegari posse debitum illud, quod ipso jure per compensationem ex eo tempore, quo primitus incepit utrimque deberi, extinctum est. Etenim, quia in debitoris arbitrio secundum ante dicta positum est, an compensare velit, nec ne, hoc

ipso, quo voluit ipsius sui debiti intuitu ex nova delegationis vel novationis causa devinctus esse, satis rebus ipsis ac factis declarasse videtur, se nolle concesso sibi compensationi jure uti.

7. Porro debitor judicio conventus regulariter id solum compensat, quod sibi vicissim ab actore est debitum, non item quod actor tertio debet; etiamsi tertius ille in compensationem talem consentiat, *l. ejus* 9. *C. h. t. l. in rem suam* 18. §. 1. *h. t.* nisi insuper reo convento suam cessisset actionem, eumdemque in rem suam procuratorem constituisset, *d. l.* 18. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 3. *C. de novation. l. procuratore* 55. *ff. de procurator.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 8. *in med.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 8. *defin.* 7. *in fine*, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 47. Hinc si duo rei promittendi sint, uni convento non proderit ad compensationem, quod stipulator alteri debendi reo vicissim debeat. Et si ex duobus stipulandi reis unus agat, non recte ei objicitur compensatio de eo, ad quod alter credendi reus promissori devinctus est, *l. si duo rei* 10. *ff. de duob. reis constituend.* Nec executor rei subhastatæ recte compensat pretium ejus a se exactum, cum eo, quod creditores, in quorum gratiam facit executionem, alia ex causa ipsi debent: eo quod pretium illud rerum a se distractarum suscipiens vel judicem vel debitorem condemnantem repræsentat, atque ita qualitate alia debitor, alia creditor est. Quod ita cautum *Instruct. Curiæ Ultraject. t.* 6. *de apparitorib. art.* 79. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 15. *numer.* 7.

8. Adhæc tutor, suo nomine contra suum agens debitorem, pati non tenetur compensationem ejus, quod pupillus ipsus adversario convento debet. Nec id, quod pupillorum nomine tutor petit a debitore pupillari, compensationem patitur ejus, quod tutor suo proprio nomine isti debitori pupillari debet, l. *pen. ff. h. t.* Quod si tutor suo nomine conveniatur a suo creditore, qui idem pupilli debitor est, magis est, ut ejus, quod tutor debet, cum eo quod debetur pupillo ipsius, compensatio admittatur; eo quod hac ratione nullum pupillo aut adversario præjudicium fit, sed potius quasi quadam brevis manus traditione debiti utriusque solutio contingit, ac sine nova lite litisve impensis crediti pupillaris exactio celebratur, cujus solutio alioquin per longas sæpe litium ambages, molestias, ac sumtus, impetranda foret. Quo faciunt ea, quæ habet Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 17. Si modo tale sit pupillo debitum, ut exactionem habeat; non item si tantum naturale sit. Nam & si tutor converso modo conventus esset pupillari nomine, non recte opponeret agenti compensationem ejus, quod sibi nomine proprio naturaliter tantum ab actore debitum, atque ita exactione destitutum est; ne per occasionem tutelæ deterior fiat actoris conditio, & onus tutelæ tutori in commodum vertatur. Sane, si id, quod ipsi tutori debetur a creditore pupillari, exactionem habeat, naturali scilicet & civili simul jure debitum, etsi non ignorem, etiam tunc deficere compensationis requisita, si vulgatos juris civilis apices sequamur, secundum quos id, quod alteri debetur, quam qui agit, compensari nequit, *l. ejus, quod* 9. *C. h. t.* nec, quod tutori debetur, videri potest debitum pupillo convento, ac per tutorem in judicio defenso; tamen, si merum jus naturæ ac gentium intuemur, & totius rei æquitatem, rationem non animadverto, cur æquitas compensationis videri posset hoc casu deficere; cum utique tutori liberum sit, de suo solvere pro pupillo suo, secundum generalia juris principia, nec intersit, solvat an penset, *l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si constat* 4. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 8. Carpzovius *defin. for. part.* 2 *constit.* 8. *defin.* 7. Et quamvis verum sit, alium pro alio solvere posse, non efficaciter alteri in proprii sui crediti compensationem consentire, *l. in rem suam* 18. §. 1. *ff. h. t.* tamen, cum tertius ille creditor mediante actionis cessione potuisset compensationi locum facere, dum & id recte compensatur secundum antedicta, quod ex actione cessa vicissim debetur, iniquum foret, pupillarem ætatem, quæ sola impedimento est, ne pupillus tutori vel tutor pupillo actionem cedat, hac ratione damnosam pupillo esse, & deteriorem ejus, quam majorennium, conditionem.

9. Hæc ita, nisi forte pupillaris creditor foro cesserit, & curator bonis datus tutorem conveniat ad debiti pupillaris solutionem: tunc enim vix est, ut tutor, objecta compensatione ejus, quod sibi suo nomine est debitum a debitore inidoneo, salvum sibi facere possit integrum suum crediti jus, cum præjudicio ac fraude ceterorum creditorum, idque eo tempore, quo per bona a creditoribus possessa, & curatorem iis datum, omnis ulterior vigilantiæ vel occasio vel licentia creditoribus prærepta est, *l. quod autem* 6. §. *sciendum* 7. *ff. quæ in fraud. credit. fact.* Quamvis alioquin haud videatur eundum inficias, quin, ubi quis suo nomine simul debitor & creditor est alterius obærati ac bonis vel foro cedentis, recte objiciat curatori bonorum compensationem ejus pro concurrente utrimque quantitate, si modo ante cessionem habuerit compensandi facultatem, atque ita debitum utrimque jam tum fuerit ipso jure extinctum. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *vol.* 1. *consil.* 75. Quemadmodum (ut hoc obiter addam) nec rescriptum moratorium impedimentum est, quo minus ei, qui id impetravit, debitum suum persequenti, compensatio objicitur, cum aliud sit, differri solutionem debiti, quod unum fit per rescripta moratoria, aliud allegare, ipso jure debitum sublatum esse, nec intra nec post lapsum dilationis indultæ unquam petendum, quod compensationis objectione contingit, Ant. Faber *C. lib.* 1. *t.* 9. *defin.* 13.

10. Quæ de tutoribus dicta, eodem modo ex iisdem juris fundamentis definienda videntur in procuratoribus mandatum exigendi pro alio habentibus, sive suo agant nomine, sive procuratorio, & sive suo, sive procuratorio nomine conveniantur. Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 17. Uti & in institoribus, quoties non suo, sed præponentis nomine emerunt aut vendiderunt, ac vicissim ipsi suo nomine proprio debitores sunt eorum, quibus institorio nomine vendiderunt, aut creditores eorum, a quibus emerunt tanquam institores. Adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 274. & *part.* 3. *vol* 1. *consil.* 3. & 80. *in med.* In sociis quoque, nomine societatis agentibus, cum ipsi nomine proprio essent rei conventi debitores, aut vice versa, compensationem admitti non oportere, vult post Gratianum *disc. for. cap.* 948. *n.* 3. Simon van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *n.* 24. Quod tamen restringendum

ad socios particulares; nam si universales sint, magis est, ut uni agenti recte objiciatur per reum conventum, quod ei alter socius universalis debet. Et de hac societate universali accipiendus, ad eamque restringendus Papinianus, licet simplicius ac sine distinctione societatis mentionem habeant in *l. si duo rei* 10. *ff. de duob. reis constituend.* quod & observatum a Tindaro *tract. de compensation. art.* 7. *n.* 9. Struvio *ad Pand. h. t. num.* 25. Unde &, licet ex juris Romani principiis maritis, suo nomine agentibus, objici non potuerit compensatio ejus quod uxores vicissim reo debent; & vice versa Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 16. nec ea opinio hodie rejicienda sit, quoties pactis dotalibus communio bonorum inter conjuges exclusa est, ac reductum jus civile; tamen, stante statutaria nostrate inter conjuges bonorum communione, certum est, marito petenti id, quod sibi ante nuptias est debitum, opponi posse compensationem ejus, quod uxor ipsius jam ante nuptias cœperat reo convento debere.

11. Quod si fidejussor ex sua conveniatur fidejussione, non modo id quod ipsi, sed & quod debitori principali vicissim est debitum, compensare potest; licet ex adverso debitor principalis non recte compenset id, quod fidejussori ejus debitum est, *l. verum est* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* sive debitor principalis solvendo sit, sive non, cum lex non distinguat, & verum sit, statim ipso jure diminutam aut sublatam fuisse debitoris principalis obligationem, ex quo cœpit utrimque deberi, nec fidejussor, liberato principali, potuerit ultra obligatus manere, *d. l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *n.* 32. *& multis seqq.* Patri quoque, quamvis suo nomine agenti, non inutiliter opponitur compensatio ejus, quod ipsius filiusfamilias reo vocato debet, & vice versa creditori contra filiumfamilias agenti id, ad quod idem actor patri istius filiifamilias conventi tenetur, si modo caveat filius, patrem non esse exacturum id, quod ita compensatum est, *l. si cum filiofam.* 9. *pr.* & *§.* 1. *ff. h. t.* Quod tamen hodie non permitti patri aut filio, notat Grœnewegen ad *d. t.* 9. *§. ff. h. t.* Non etiam dubium, quin heredi hereditario nomine agenti recte objiciatur compensatio ejus, quod ipse suo nomine debet. Uti universa heredi suo nomine agenti reus compensare potest, quod sibi a defuncto debitum docet, idque pro ea parte, qua is, qui agit, defuncto heres est, non item pro partibus ceterorum coheredum, *l. ult. C. de contrario judic. tutelæ*, Charondas *respons. du droict. livre* 11. *resp.* 83. Quod & tunc obtinet, cum heres adivit cum beneficio inventarii, ita ut solidi quidem debiti compensatio fiat, si vel universis creditoribus hæreditatis sufficiat, vel, cum sufficiens non esset, ea saltem creditoris hereditarii compensare volentis, aut crediti, conditio sit, ut jure prælationis totum ex hereditate ferre potuerit: partis vero tantum, si creditor hereditarius non solidum sibi ex hereditariis rebus fuisset salvum habiturus. Nam quamvis inventarii beneficium non efficiat, quo minus heres adeundo defunctum repræsentet, inque jus ejus succedat, efficit tamen, ne ultra vires hereditarias æs alienum defuncti solvere de suo teneatur; an autem naturali solutione, an compensatione, creditor cum heredis damno solidum consequatur, nil hac in parte refert. Et quia ab initio incertum sæpe, utrum hereditas creditoribus sufsectura sit an non; remedium expeditissimum videtur, ab initio quidem solidi compensationem permitti creditori, sed idonee caventi restituturum, quanto minus apparebit ob emergens aliud potentius æs alienum oportuisse eum jure compensationis salvum habere, arg. *l. procuratoris* 5. *§. ult. ff. de tribut. act.* & arg. *l. si cum filiosfamilias* 9. *§.* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 23. *defin.* 9.

12. Compensare potest id, quo naturaliter simul ac civiliter debetur, sive ex pari sive ex diversa causa, sive ex contractu, sive ex delicto debitum cum eo quod ex contractu debetur, vel quantitatem actione in rem petendam cum ea quæ in personam actione petitur, compensari, nihil vetet: dum & tunc nostra interest magis non solvere, quam solutum repetere, *l. ult. C. h. t. l. si ambo* 10. *§. quotiens* 2. *ff. h. t.* Quin & si ex crimine publico agatur pecuniarie, cum vicissim deberetur ex conventione, compensationi locus est, arg. *l. aufertur* 46. *§. qui compensationem* 4. *ff. de jure fisci.* Patria denique crimina respectu pœnæ pecuniariæ per mutuam placuit dissolvi pensationem, *l. viro* 39. *l. cum mulier* 57. *ff. soluto matrimon. l. ult. §. pen. ff. de eo per quem fact. erit, quo min. quis jud. se sistat*, *l. si duo dolo* 35. *ff. de dolo malo*, *l. apud Celsum.* 4. *§. Marcellus* 13. *ff. de doli mali & met. except.* Secus, si de pœna publica quæstio sit; quippe quo casu magis uterque delinquens ad pœnam legitimam damnandus est, *l.* 2. *§. qui hoc dicit.* 4. *l. si uxor* 13. *§. judex adulterii* 5. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* compensat enim quisque, quod sibi, non quod alteri, adeoque nec quod publico debitum, qualis est pœna publica; & non relatione criminum, sed innocentia rei purgantur, *si quis reus* 3. *pr. ff. de publ. judiciis.*

13. Si quid mero jure civili debitum sit, quale, quod summo jure civili peti quidem potest, sed exceptione opposita perimitur, ejus compensatio probata non est, *l. quæcunque* 14. *ff. h. t.* quia talis pecunia juribus debita non est, *l. quod si maritus* 3. *§.* 1. *ff. de constit. pecunia*, & similis habetur ei, quæ nullo modo debetur, *nihil interest* 112. *ff. de reg. juris.* Aliud dicendum, si quis naturaliter tantum debitum sit; quippe quod, uti novari potest, & in constitutum deduci, & fidejussores ac pignora recipere, ita quoque recte compensatur; non modo cum alio simili debito naturali, sed & cum eo quod naturali simul ac civili jure vicissim debetur; cum generaliter sine ulla distinctione Ulpianus responderit, *etiam quod natura debetur, venire in compensationem*, *l.* 6. *ff. h. t.* adde *l. si peculium* 20. *§. quod si* 2. *ff. de statuliberis*, *l. si peculium* 6. *§. sicut* 4. *ff. de pecul. legato* junct. *l. servi ex delictis* 14. *de oblig. & action.* & eo ipso, quo is, qui naturaliter ac civiliter obligatus erat, incipit creditorem suum sibi vicissim naturaliter devinctum habere, tollatur utrimque æquitatis vinculum, quæ est naturalis obligatio; quo fit, ut sola & mere civilis obligatio supersit, quæ natura sua inefficax est, *l. Stichum aut Pamphilum* 95. *§. naturalis obligatio* 4. *ff. de solution.* ac denique constat, naturalis debiti exactionem quidem nullam, at omnino soluti retentionem esse, *l. naturaliter* 13. *l. si quod* 64. *ff. de condict. indeb.* compensans autem re ipsa sibi consulit per retentionem, in quantum dicitur non solvere potius, quam solutum repetere, *l. ideo compensatio* 3. *ff. h. t.* Nec

obstat, cum, qui compensat, *petere* videri, *l. amplius non peti* 15. *ff. ratam rem haberi*, *l. neque scriptura* 8. *C. h. t.* debiti vero naturalis nullam petitionem esse. Considerandum enim, *petitionis* vocabulum latius in jure nostro patere, ut non modo actionem in judicio instituendam, sed & retentionem per oppositam doli mali exceptionem, aut allegatam compensationem, complectatur: eo modo quo *& agere is videtur*, qui exceptione utitur, *l. 1. ff. de exception.* atque eo sensu impensarum *repetitio* datur, *l. domum* 5. *Cod. de rei vind.* quas tamen *nullo alio modo quam per retentionem* servari posse, Julianus monet, *l. si in area* 33. *in fine ff. de condict. indeb.* nec dubium esse potest, quin & in objecta *d. l.* 15. latiore illa significatione *petendi* vocabulum Paulus accederit dum eum, qui debitum oblatum acceptavit, quique deductione debiti usus est, videri *petiisse* ait, Confer Vinnium *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 49.

14. Quia vero pluribus in casibus dubitari posset, utrum natura hujus vel illius debiti compensationem patiatur, nec ne; operae pretium erit, praecipuas paucis attingere factorum species, in quibus ea admittenda videtur, his dein illas subnectere, in quibus cessat. Jure ergo compensatur etiam illud, quod alio in loco jam coeptum peti; ne alioquin vigilando sibi litemque contestando conditionem suam actor videretur reddidisse deteriorem, *l. in compensationem* 8. *ff. h. t. l. non solet* 86. *ff. de reg. juris.* Uti & certo loco debitum, cum eo, quod debetur sine loci adjectione, si modo habeatur ratio ejus, quanti interest, loco potius adjecto quam alibi solvi, *l. pecuniam* 15. *ff. h. t.* Adhaec debitum ex sententia fiduciariam seu provisionalem (ut appellant) solutionem injungente, cum eo, quod ex definitiva debetur, dummodo cautio interponatur de solvendo, si solutionis fiduciariae decretum postea per definitivam retractetur. Charondas *respons. lib.* 11. *resp.* 83. *in fine*, Ant. Faber *C. l.* 4. *tit.* 23. *def.* 9. *post. med. n.* 12. Christinaeus *ad Leg. Mechin. tit.* 1. *art.* 24. *in notis ad n.* 13. Praeterea impensae litis, in quas quis sive ob litem temere motam, sive ob detentionem personae vel rerum calumniose factam, sive ob retardatam ex libelli mutatione litem aut similes alias ob causas condemnatus est, cum eo, quod ipsi alia ex causa liquida debitum; eo quod ad summum hae litis impensae considerandae sunt velut poena quaedam temere litigantium ex quodam delicto debita, cujus procul dubio compensatio est, *l. si ambo* 10. *§. quotiens* 2. *ff. h. t.* Joh. Papon *lib.* 12. *tit.* 6. *art.* 5. Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 18. *defin.* 29. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 31. *defin.* 19. Illa quoque debita, quae temporaria sunt, intra certum tempus secundum leges aut consuetudines exigenda sub poena praescriptionis, cum alio debito perpetuam exactionem habente, si modo coeperit utrimque deberi, antequam lapsum esset spatium illud anni, biennii, aut temporis alterius brevioris, quo temporalis obligationis ex lege vel more praescriptio impletur; etiamsi compensatio demum post temporis illius decursum objiciatur: cum tantum allegetur, jam tum eo tempore, quo debitum utrimque consistebat, ab ipso jure contributionem ac confusionem ad quantitatem concurrentem contigisse, Parladorius *rer. quotidian. l.* 1. *§.* 13. *n.* 17. Franc. Niger Cyriacus *l.* 2. *controv. for.* 307. *n.* 2. Abrah. a Wesel *ad novel. constit. Ultraject. art.* 21. *n.* 46. aliique ibid. cit. Nec minus ejus, quod quis se soluturum juravit, cum alio simplici debito compensatio est; cum fidem jurisjurandi implere censeatur, qui compensat; dum & compensans dare intelligitur, *l. vel permutavit* 19. *ff. de liberari causa*, *l. dedisse* 78. *ff. de verb. signif.* ac solvere, qui se liberat ab obligatione, *l. si se non* 4. *§. pen. ff. de re judic.* neque interest, pensando quis satisfaciat, an naturaliter solvat, *l. si debitor.* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si constat* 4. *C. h. t.* ac denique jusjurandum actui gesto adjectum non mutat actus gesti naturam, sed tantum eundem confirmat, ac de cetero sequitur naturam actus, cui apponitur; ut proinde non minus is, qui juravit se soluturum, compensare possit, quam qui sine jurejurando ad solvendum se devincit, Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 7. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 18. 19. 20. Perezius *Cod. h. t. nu. ult.* Respon. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 25. *in med.* dissent. Matth. de Afflictis *dec.* 331. Neque his contrarium est, quod dedisse aut solvisse non videatur, qui acceptilatione liberatur, *l. Julianus ait.* 45. *ff. de condit. & demonstr. l. solutam* 49. *in fine ff. de solutionibus*, adeoque nec qui compensatione liberari cupit, dum compensatio non minus, quam acceptilatio, a solutione diversa est. Etenim in d. l. 45. agitur de eo, qui ad dationem aut solutionem ex conventione vel testamento aliave causa obligatus erat, sed de eo, cui legatum erat sub conditione, *si heredi dederit:* qui si dare nolit, invitus compelli nequit, sed tantum legato caret, quasi deficiente legati conditione. Ceterum, quia in conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, easque regit, *l. in conditionibus ff. de condit. & demonstrat.* hinc placuit, conditiones, ultimis appositas voluntatibus, specifice ita ut conceptae sunt, implendas esse, non vero per aequivalens, usque adeo, ut nec servo solvi posset, quod testator per conditionis modum voluerit domino solvi, & vice versa, *l. qui heredi* 44. *pr. & §. seqq. ff. de condit. & demonstrat.* prout id etiam tradidi infra *num.* 16. *post med.* & *tit. de condit. Institut. num.* 25. Haec vero, de conditionibus definita, nemo dixerit ad obligationes *solvendi* transferri oportere; cum contrarium appareat ex solutionum materia, & praecipue *d. l.* 49. *ff.* de solutionibus, in cujus legis fine cum dicitur, ad id, quod accepto latum est, solutionis verbum non pertinere, sed satisdationis vel satisfactionis, solutio in sensu strictissimo accipitur pro naturali praestatione ejus quod debetur, uti id patet ex primis verbis legis, & ex *pr. Instit. quib. mod. toll. obligatio*, qualis praestatio naturalis cum non sit in acceptilatione, quippe quae tantum imaginaria solutio est, recte dicebatur *solutionis* verbum ad acceptilationem haud pertinere. Qua ratione etiam ab Ulpiano scriptum, *acceptilationem solutioni comparari*, *l. non solum* 7. *§. si is* 1. *ff. de liberatione legata.* Quin & debitum hypotheca immobilium munitum, nec non ipsam sortem annui reditus compensari, nihil prohibet, non modo cum simili debito, sed & cum alio quocunque, etiam pretio rerum minutim venditarum, eo quod leges non distinguunt: si modo debitum hypothecarium vel fors annui reditus ejus sit conditionis, ut repeti ab invito debitore possit. Secus, si repetitio sortis denegata sit, vigeatque paroemia, *eens renten altyt renten:*

nam cum tunc sortis restitutio in obligatione non sit, vix est, ut compensetur, quod debitum non est, etiamsi utrimque talem reditum annuum concipiamus constitutum. Plane si ipse reditus annui debitor, luendi reditus potestatem habens, compensare sortem cum alio debito paratus sit, mos ei gerendus esset; cum jam ex voluntate sua cœperit sortis debitor esse. In qua compensatione propterea etiam, velut singulare, notant pragmatici, illam non ipso jure fieri, nec ipso jure sisti cursum usurarum aut annuarum reditaum, ex quo incepit utrimque deberi, sed demum, ex quo debitor redituum talium suam declaravit de compensatione facienda voluntatem: nam cum ante talem mentis testationem nulla sortis reddendæ obligatio nata esset, deerant utique termini habiles compensationis. Confer Molinæum *de usuris quæst.* 43. *numer.* 322. *& seqq.* Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 33. Surdum *decis.* 117. Abr. à Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 20. *n.* 27. 28. 29. Responsa Juric. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. consil. 62.

15. Ex adverso compensationi locus non est in deposito, etsi utrimque res ejusdem generis deposita proponatur, *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t. pen. C. depositi*, quod jus prohibitæ in deposito compensationis, an etiam ante Justiniani tempora obtinuerit, disputat Revardus *lib.* 1. *varior. cap.* 11. Neque audiendos puto, qui compensationem quidem denegatam putant, retentionem tamen, præcipue pro impensis necessariis in rem depositam factis, permissam arbitrantur; quos citat & sequitur Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *c.* 51. Si enim generaliter definitum sit, depositarium deposita reddere *illico modis omnibus* compellendum, nullamque *compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem* posse opponi; quasi & ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecarias haberet; cum non sub hoc modo depositum acceperit, *ut non concessa retentio generetur*, *l. pen. C. depositi*, non animadverto, quo modo ista sententia cum verbis legis adeo emphaticis, ac omnem non modo *compensationem*, sed & *deductionem* ac *doli exceptionem* vetantibus, imo *non concessam retentionem* ponentibus, conciliari satis possit; præsertim si consideres, opposita doli mali exceptione solitam fieri pro impensis retentionem, §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divisione*, Donellus *ad d. l. pen. C. depositi n.* 9. adde quæ scripsi *tit. commodati n. ult.* ubi & quid moribus fieri possit.

16. In causis quoque momentaneæ possessionis compensatio improbata fuit, quoties quis possessionem alienam rapina, furto, vel aliter perperam occupavit; cum spoliatus ante omnia restituendus sit, *l. ult.* §. *ult. C. h. t.* Zangerus *de except. part.* 3. *cap.* 8. *nu.* 119. Quod & ad reparationem attentatorum extendit Marta in *digestis juris noviss. tom.* 3. verb. *compensatio cap.* 19. Tributorum insuper & vectigalium exactioni nullam objici compensationem, utilitatis publicæ gratia constitutum est, sive illa fisco debeantur, sive civitati, *l. aufertur* 46. §. *ut debitoribus* 5. *ff. de jure fisci*, junct. *l. in ea* 3. *C. h. t.* Zangerus *de except. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 19. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 38. *num.* 11, *&* 13. Nec ejus quod fisco vel civitati debitum ex causa annonaria, *d. l.* 46. §. 5. *ff. de jure fisci*, *d. l.* 3. *C. h. t. l. ob negotium* 20. *ff. h. t. l.* 2. §. *ad frumenti* 4. *ff. ad admin. rer. ad civit. pertin.* Nec obstat *l. ideo* 17. *ff. h. t.* cum de ædile agat, qui a curatoribus annonæ distinctus est: distribuit nempe ædilis annonam, quam ab annonæ curatoribus accepit, ac proinde ædilis non est fisci debitor ex causa annonaria, sed magis ipsi curatores, qui pecuniam annonariam a fisco annonæ procurandæ causa acceperant, Cujacius *lib.* 2. *observ.* 23. licet aliud ædilium officium fuisse circa annonam præbendam, eosque annonam publice præbendam redemtoribus elocasse, putet Revardus *libr.* 5. *varior. cap.* 4. Non etiam compensatur quod reipublicæ debitum ex calendario vel ex causa fideicommissi, *d. l.* 3. *C. h. t.* nec pretium rei per fiscum venditæ, cum eo, quod fiscus alia ex causa debet, *d. l.* 46. §. 5. *ff. de jure fisci.* Nec merces a publicanis pro vectigalium condictione fisco pendenda, si vicissim fiscus iis alia ratione devinctus sit, *l. in ea* §. *C. h. t.* Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 9. 10. Nec quisquam alimenta futura, sive ex contractu, sive ex legato debeat, sive privatis, sive corpori seu collegio, velut orphanotrophio, nosocomio, gerontocomio, similibusque, præstanda; idque favore alimentorum, quorum intuitu singularia multa præter communes juris regulas recepta sunt, ne eorum præstatio differatur, licet alioquin aliis in casibus dilatio atque suspensio probata esset, *d. l. in ea* 3. *C. h. t.* arg. *l. si, instituta* 27. §. *pen. ff. de inoffic. testam. l. qui pro tribunali* 2. *in fine ff. de re judic. l ult. ff. de appellat. recip. vel non.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 7. Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *num.* 28. 29. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 8. *defin.* 9. Secus, quam obtinet in alimentis in præteritum debitis, quippe quæ uti desinunt propriam habere naturam alimentorum, dum nemo in præteritum alendus est, & simplicis *transaction. num.* 14. ita nec gaudent privilegiis, quibus alimenta vera a jure munita sunt. Idemque est, si de alimentorum jam præstitorum pretio solvendo quæratur; cum illud pecuniarum, non alimentorum, debitum sit, Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 40. *th.* 10. Adhæc, si quid alicui legatum sit sub conditione *dandi decem tertio*, compensatio non videtur admittenda ad eum effectum, ut conditio *dandi* censeretur impleta; quia nec impleta censetur per acceptilationem, quæ æque, ac compensatio, annumeratur modis, quibus ipso jure obligatio perimitur, *l. Julianus ait* 45. *ff. de condit. & demonstrat.* Ut tamen favore libertatis id permittatur statulibero, qui sub conditione, *si decem dederit*, liber esse jussus est, *l. si peculium* 20. §. *quod si heredi* 2. *ff. de statuliberis*; quod in exemplum trahendum non est, cum & per partes *ista decem* statuliber heredi præstare possit favore libertatis, licet alioquin solutio debiti particularis invito creditore permissa non sit, *l. cum heres* 4. §. *item si decem* 6. *ff. de statuliberis*, junct. *l. tutor.* 41. §. 1. *ff. de usuris.* Amplius, usu probatum, compensationem non admitti, in pretio rei venditæ, cum auctione publica necessaria, quæ judicati exsequendi causa, vel curatore bonorum jam constituto sit, licitatione vicit & ita pretii debitor esse cœpit, qui alia ex causa creditor est: ubi enim ita sub hasta emit, non jam pretium incipit debere debitori suo, sed creditoribus ejus, atque ita quod uni debet, compensaret alteri, quod jura non sinunt. Prolixe Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 7. ubi plures citat. Annui præterea canonis

compensationem cum alio debito non satis apte fieri, nisi alia concurrant, monui *tit. si ager vectigal. id est emphyteut. pet. num.* 59. Debitum unius tabernæ seu stationis credito compensari, negant statuta Antwerpiensia *tit.* 52. *art.* 7. sed hæc plenius petenda ac decidenda ex iis, quæ dicta *tit. de tributoria act.*

17. Ceterum, ut compensationi locus esse queat, requiritur, ut debitum utrimque sit purum & liquidum; id est, quod jure aperto nititur, & certum ac indubitatum est, veluti ex confessione adversarii, sententia judicis, instrumento publico, atque ita judici facilem sui exitum præstare potest, §. *in bonæ fidei* 30. *Instit. de action. l. ult.* §. 1. *C. h. t.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 8. *nu.* 94. *& seqq.* Si quid in diem debeatur, non compensatur, antequam dies venit, quamvis dare oporteat, l. *quod in diem* 7. *ff. h. t.* quod tamen haud confundendum cum debitis illis, quæ quandam solutionis dilationem ex æquo & bono habent, veluti quæ debentur ex causa judicati, cui quatuor mensium dilatio adhæret; hæc enim medio tempore compensari, nihil vetat; cum aliud sit, diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis, *l. cum militi* 16. §. 1. *ff. h. t.* Illiquidi adeo non admittitur compensatio, ut, licet ex juris Romani principiis defendi possit, opposita doli mali exceptione de debito illiquido; protelari condemnationem ad solvendum id, quod liquidum est, de quo Vinnius *relect. quæst. libr.* 1. *cap.* 50. moribus tamen nostris, quibus liquidi debiti solutiones fiduciariæ in principio litis decerni solent, ne per modum quidem exceptionis proponi possit, ad id, ut differretur sententia judicis aut executio, donec liquidum fuerit factum; Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 36. *num.* 3. nisi in continenti liquidum reddi possit; intra duos quidem menses in debito fiscali, seu eo, quod quis sibi vicissim a fisco debitum ait, *l. aufertur* 46. §. *qui compensationem* 4. *ff. de jure fisci*, in aliis tempore arbitrario per judicem definiendo, Menochius *lib.* 2. *arbitrar. casu* 14. Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 50. Zoesius *ad Pandect. h. t. n.* 11.

18. Necesse insuper ad compensationem, ut debita sit utrimque quantitas seu res fungibilis, ejusdem generis, non diversi, quo fit, ut olei quidem cum oleo, vini cum vino, pecuniæ cum pecunia: at non pecuniæ cum vino, olei cum frumento compensatio admittatur, repugnante ipsa compensationis natura ac denominatione, *l. si ambo* 10. §. 2. *l.* 11. *l.* 12. *ff. h. t. l. si constat* 4. *l. si propter* 8. *C. h. t.* Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet, si idem genus utrimque sit debitum; ita ut utrimque debitori competat electio, quam speciem ex genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quæ ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua reddita vicissim ipse liberatur. Secus si vel ex uno latere vel utrimque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse. Ita sane distingui, jubet analogia juris, etsi alii simpliciter affirment, alii in universum negent, generis cum genere compensationem esse. Vide Zoesium ad *Pand. hoc tit. nu.* 14. Wissenbac *ad Pand. h. t. num.* 1. *post med.* Corporis in specie debiti cum corpore alio, vel corporis cum quantitate debita nulla compensatio est, *l. quod dicitur* 5. *ff. de impensis in rem dot. factis*, adeo ut, si corpus aut quantitas alternatim debeatur, compensatio demum fieri possit, si debitor declaraverit, se velle solvere quantitatem, *l. si debeas* 22. *ff. h. t.* Quin &, si quantitas, veluti pecunia, debeatur tanquam corpus, dum forte legata sunt *centum quæ in arca* testator habet, compensationem talium nummorum jus nostrum videtur reprobasse, dum negat eos *permutationem recipere*, ac exemplo cujuslibet corporis æstimari jubet, *l. sed si certos* 51. *ff. de legatis* 1. Fachineus *controv. lib.* 1. *cap.* 6. Quorum omnium illa ratio est, quod, ubi ex uno latere corpus, ex altero quantitas, vel utrimque quantitas diversi generis, vel utrimque certa species, in quam cadit vel cadere potest peculiaris affectio, debetur, nulla adest debiti paritas aut æqualitas, in compensatione desiderata, & aliud pro alio invito creditori solvi non potest, quod tamen fieret, si compensationis interventu quisque retineret, quod debet. Nec est, quod objiciatur corpora solvi posse; unde & videbantur compensanda, quia nihil interest, solvat quis, an penset, ut ante dictum ex *l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pignore, l. si constat* 4. *C. h. t.* Etenim licet idem compensationis, qui solutionis, effectus sit, quotiens termini habiles compensationis existunt; non tamen ideo sequitur, omne, quod solvi potest, etiam compensationem recipere: nam & acceptilationis idem qui solutionis, effectus est; & tamen solas verborum obligationes, non item alias, acceptilatione tolli constat, §. 1. 2. *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Minus movet, quod & in commodato, in rebus amotis aut a conjuge donatis, & in aliis corporibus reddendis compensationis jus a legibus probatum est, *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. commodati, l. fructus* 7. §. *ob donationes* 5. *ff. soluto matrimon.* cum facile poni possint termini habiles, quibus corporum extinctorum aut depretiatorum æstimatio debetur. Adde Fachineum *controv. lib.* 11. *cap.* 7. Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 49. *in pr.*

19. Quod si compensationis in judicio allegatæ rationem judex non habuerit, salva nihilominus manet petitio; neque enim rei judicatæ exceptio objici potest, ubi judex de eo solo pronunciavit, compensationem non posse locum invenire; dum innumeris prope modis evenit, ut ejus quod vere debitum, compensatio non fiat ob deficientia requisita ejus. Aliud dicendum foret, si judex reprobasset pensationem, quasi non existente debito: tunc enim exceptio rei judicatæ nocitura esset persequenti idem, velut debitum, *l. quod in diem* 7. §. 1. *ff. h. t. l. autem is* 8. §. *si quocunque* 2. *ff. de negot. gestis, l.* 1. *C. de crimine expil. hered. l. in rebus* 18. §. *ult. ff. commodati, l.* 1. §. *præterea* 4. *ff. de contrar. tut. & utili act.*

20. Cum compensatione non confundendum jus retentionis, licet in quibusdam compensationi haud sit adsimile, ac compensationis exemplo etiam si executione opponi posit; Ant. Faber *C. lib.* 7. *tit.* 21. *defin.* 12. Nec recte dixeris, retentionem cessare, quia cessat compensatio, cum retentio locum habeat etiam in corporibus compensationem non admittentibus, ac in debitis etiam non liquidis admissa sit; nec obligationem ipso jure perimat, uti quidem fit

per compensationem. Pluribus autem in causis retentiu usum invenit: nam & nauta merces pro contributione propter jactum retinet; & venditor, donec: venditæ rei pretium solutum fuerit; & uxor res mariti, donec dos & reliqua mulieris bona restituantur; & institor merces sibi a præponente commissas, donec sibi solutum sit, quod præponens debet; de quibus plenius suis locis. Præcipue retentioni locus ob id, quod occasione rei retentæ debetur; veluti ob impensas in eam factas, aut opificia, vel artificia circa eam præstita; qua ratione fullones, sartores, bonæ vel malæ fidei possessores, panni, vestis, rerum possessarum retentione sibi recte consulunt, pro mercede vel impendiis factis obtinendis; uti & magistri navium habent jus retinendi merces pro naulo arg. *l. pen. ff. locati*, Andr: Gayl *lib.* 2. *observ.* 12. *num.* 5. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 21. & *lib.* 1. *cap.* 19. *nu.* 58. Respons. Juric. Holl. *part.* 1. *consil.* 196. Confer Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 37. Nec dubium, quin illi, quibus retentionis a lege vel consuetudine datum est, id ipsum tum ad heredes suos, tum ad successores particulares, quibus vendiderunt, donarunt, legarunt, aut aliter cesserunt mercedis exigendæ sumtuumve recuperandorum jus, transmittant, arg. *l. in hoc judicium* 14. §. *impendia* 1. *ff. communi divid.* ibique Costalius, Berlichius *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 52. *n.* 11. 12.

21. An autem jus retentionis habens teneatur rem adversario restituere, quoties is idoneam de reddendis impensis, aut mercede solvenda, cautionem offert, judicis circumspecti arbitrio videtur committendum, prout ex circumstantiis e apparuerit, vel eum, qui suo impensarum aut mercedis prætextu diu id intendere debitorem impensarum, ut re recuperata sub cautione, longa deinceps ac calumniosa litis protelatione difficilem adversario faciat impendiorum, mercedis, similiumque persecutionem. Vide Ant. Fabrum *C. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 15.

TITULUS II.

Depositi vel contra.

SUMMARIA.

1. *De deposito in æde sacra, in horreis publicis, apud argentarios. Quid sit contractus depositi? An depositum maneat, si id agatur, ut* tantundem *reddatur?*
2. *Cujus gratia depositum celebrari possit? An solius depositarii gratia? recensentur casus, quibus dubium, an mandatum an depositum sit.*
3. *Quales res deponi possint? an & immobiles? an & res propria apud suum dominum?*
4. *Directa actio depositi quibus detur? An & tertio, de quo id actum ut ei reddatur? Quid juris, si plures eandem rem dividuam vel individuam deposuerit, vel uni deponenti plures heredes extiterint?*
5. *Contra quos detur? Quid si plures sint depositarii, vel plures unius depositarii heredes? An detur contra manumissum de eo quod durante servitute recepit? an & contra tertium possessorem?*
6. *Ad quid tendat? ubi & de accessionibus rerum depositarum, & circa obsignata deposita, & usuris rerum fungibilium depositarum.*
7. *Qualem culpam præstet depositarius? quando de casu fortuito teneatur? Quid juris, si ipse vel heres ejus rem depositam vendiderit, ac tunc illa casu perierit?*
8. *An deponens rem a depositario alienatam vindicare possit? & quid juris, si depositarius res suas ex incendio eripuerit, non salvatis depositis? remissive.*
9. *An depositi restitutio impediri possit compensatione, retentione ob impensas, exceptione non numeratæ pecuniæ, intercessione tertii, pacto* de utendo si velit, *vel ut demum post certum tempus reddatur?*
10. *Contraria actio depositi ad quid tendat? an res pro damno noxa dari depositario possit?*
11. *De deposito miserabili, & quid in eo moribus obtineat?*
12. *Quid sit depositum sequestrarium? An sequester possideat rem sequestratam?*
13. *Quæ potestas, quæ officia sequestrorum sint? & an sequester jurisdictionem aut jus patronus exercere possit, si res, quibus ea jura cohærent, sequestratæ sint?*
14. *Propter quas causas invito altero litigantium sequestratio fieri possit, etiam ipsius pecunia numeratæ; an possessor rei impedire possit sequestrationem ejus per oblationem idoneæ cautionis?*
15. *De actionibus ex deposito sequestrario natis; & quando iis locus sit? quæ pœna sint subducentium auctoritate privata res sequestratas?*
16. *De obsignatione publica ædium, cœnaculorum, cistarum, sarcinarum; & quando auctoritate privata resignatio fieri possit, vel non?*
17. *De depositione pecuniæ apud acta; quid si graphiarius eam in suos usus converterit? quid si & foro cesserit, an potiores sint, qui ita deposuerunt, in bonis ejus? An & ipsi magistratus tunc teneantur?*

1. Custodiæ causa Romanos res suas sæpe in æde sacra deposuisse, notum est; & plenius exsequitur Ræverdus *lib.* 1. *varior. cap.* 15. quandoque & in publicis horreis, *l. pignus in bonis* 9. *C. de pignorat. act.* D. Noodt *probabil. libr.* 4. *cap.* 5. *ant. med.* nonnunquam apud argentarios seu mensularios, *l. si hominem* 7. §. *pen.* & *ult. l.* 8. *ff. h. t. l. si ventri* 24. §. *in bonis* 2. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Rævardus *d. cap.* 15. *in pr.* & *circa fin.* frequenter apud privatos, mediante contractu depositi, qui est bonæ fidei, ac re constans, quo res alteri gratis custodienda traditur, ea lege, ut quandocunque restituatur eadem in specie §. *pen. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* Quod si id actum sit, ut *tantundem* restituatur, cum esset deposita pecunia aliave res fungibilis, egreditur quidem ea res notissimos depositi terminos, quatenus rerum depositarum dominium transit in accipientem, ac in creditum itur; in ceteris tamen manet natura ac contractus depositi, *l. Lucius Titius* 24. *l.* 25. §. 1. *l. si sacculum* 29. §. 1. *ff. h. t. l. in navem* 31. *ff. locati.* Idemque est, si res æstimatæ depositæ fuerint, & pretium earum restituatur, arg. *l. si. vir. uxori* 52. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* In mutuum tamen totum abire negotium Ulpianus tradit, cum id expresse actum est, ut depositarius utatur nummis. depositis,

l. certi condictio 9. §. *ult. l.* 10. *ff. de rebus creditis*. Plura scilicet in jure nostro aliud operantur, si expressa fuerint, quæ verbis idem significantibus involuta ac tecta, alium effectum habent; adeoque manet depositum, si id agatur, ut *tantumdem* reddatur, quamvis huic formulæ insit utendi licentia; mutuum fiet, ubi nominatim de pecuniæ depositæ usu convenit, *d. ll.*

2. Licet autem depositum plerumque deponentis solius gratia celebretur; nihil tamen vetat, quo minus exemplo mandati etiam quandoque deponentis, & depositarii, vel deponentis & tertii, vel depositarii, & tertii utilitas apparere queat. Quin imo, cum mandatum solius mandatarii causa interpositum reprobatum esset, §. *tua tantum* 6. *instit. de mandato*, depositum tamen in depositarii solius commodum fieri posse placuit, in facti specie, quæ est in *l. si quis nec* 4. *ff. de rebus creditis*, ceterum adeo magnam mandatum cum deposito affinitatem habet, ut aliquando dubium sit, utrum mandatum, an magis depositum, intercessisse intelligatur. Qua ratione si procuratori instrumenta causæ data sint, nec is ea mihi reddat, fuerunt, qui depositi cum eo agendum putarunt; quorum tamen sententiam, ut minus probabilem, Labeo rejiciens, mandati actionem dedit, & quod uniuscujusque contractus initium spectandum ac causa, *l. si procuratorem* 8. *ff. mandati*. Similiter, si te rogaverim, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque fecerim, mandati magis quam depositi actionem esse, Pomponius ait, quia mandatum primus contractus est, *l.* 1. §. *idem Pomponius quærit* 13. *ff. h. t.* Quin imo si rem meam tibi dedi ad Titium perferendam, *ut is eam servet: & si is eam non receperit, tu custodias*: sique eam non receperit, non tantum depositi, sed & mandati tecum agere possum, quia plenius est mandatum, habens & custodiæ legem, *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. & 12. *ff. h. t.* ac mandare me posse, ut & custodiam mihi præstes, Paulus docet *l. naturalis* 5. §. *sed, si facio* 4. *in med. ff. de præscript. verbis*.

3. Deponi possunt res omnes, sive fungibiles sive non fungibiles, sive mobiles sive immobiles; cum & immobilium custodia alteri tradi queat, *l. emtor ædium* 38. *ff. de damno infecto*, & commendari, quæ commendatio depositio est, *l. Lucius Titius* 14. *in med. ff. h. t. l. commendare* 186. *ff. de V. S.* atque insuper immobilium commodatum sustineatur, *l.* 1. §. 1. *ff. commodati*, nec ratio appareat, cur minus depositum immobilium quam commodatum fiat. Dum utrobique idem traditionis modus potest intervenire; imo finis depositionis est custodia rerum, quæ etiam circa immobilia locum habet; & ipsi commodato immobilium inest substantia depositi, inest custodia, dum commodatarius vel immobilem commodato accipiens, etiam custodiam ejus in se recipit, eamque pleniorem quam ex causa depositi; cum in deposito sola lata, in commodato levissima quoque culpa ac custodia exactissima præstanda veniat, *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *in fine ff. commodati*. Et quamvis negandum non sit, quin & mandari rerum immobilium custodia possit; quia tamen in mandato levissima, in deposito sola lata culpa præstatur, facile quisque depositi titulo rerum alienarum custodiam recipiet, difficilius longe ex causa mandati, in quo nihil neglectum, aut declinatum, culpa vacuum foret, *l. in re mandata* 21. *C. mandati*. Nec interest propriæ res sint, an alienæ, eo quod dominium non transit; adeo ut & fur ac prædo deponere possit, *l.* 1. §. *si prædo* 39. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. h. t.* & creditor pignus, *l. pignus in bonis* 9. *C. de pignorat. act.* ac depositarius rem ipsam apud se depositam, *l. si is, apud* 16. *ff. h. t.* Si modo id unum caveatur, ne quis alienam rem apud ipsum deponat rei dominum; ut enim neque emptio, neque precarium, neque pignus, ita nec depositum suæ rei consistere potest, *l. neque pignus* 45. *ff. de regul. juris*, nec ulla in dominum, ex causa depositi forte rem suam ignoranter accipientem, actio est ad restitutionem, *d. l.* 31. §. *in fine ff. h. t.*

4. Ex hoc contractu descendit actio depositi directa & contraria. Directa datur deponenti, etiam prædoni vel furi; ut tamen in concursu potior domini vindicantis, quam furis ex deposito repetentis causa sit, *l.* 1. §. *si prædo* 39. *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. h. t.* adhæc domino servi deponentis, licet servus jam manumissus aut alienatus esset, *l.* 1. §. *si servus* 30. *ff. h. t.* & hereditati jacenti, atque adeo heredi, si servus hereditarius deposuerit, *l. cum hereditas* 9. *C. h. t.* fisco quoque, si deponens ac publicationem bonorum passus sit, *l. bona fides* 31. *ff. h. t.* Quin & utiliter tertio, quoties id actum est ab initio, ut non deponenti sed tertio res deposita restituatur; idque præter strictas juris regulas ex mera æquitatis ratione, *l. pen. C. ad exhibendum*, *l. Publia Mævia* 26. *princ. ff. h. t.* Si plures rem communem deposuerint, vel plures uni deponenti heredes existant, si quidem dividua res sit, quisque pro sua tantum parte, non singuli rem totam repetere possunt (nisi depositi celebrati tempore id actum sit, ut unusquisque ex pluribus deponentibus rei totius repetendæ facultatem habeat) *l.* 1. §. *sed si duo* 44. Junct. *l. licet deponere* 17. *ff. h. t.* adeo ut, si pecunia in sacculo signata deposita sit, & unus ex heredibus ejus, qui deposuit repetere velit, promenda sit ac resignanda pecunia, vel coram prætore, vel intervenientibus honestis personis, & exsolvenda petenti pro parte hereditaria, residuo vel apud depositarium manente, sigillis videlicet prius ei impressis, vel ab his, coram quibus signacula remota sunt; vel si hoc recusaverit, in æde sacra deponendo, *l.* 1. §. *si pecunia* 36. *ff. h. t.* Nec is, qui rei dividuæ partem recuperavit, eam reliquis sive simul deponentibus communicat, si reliqui deinceps suas nequeant partes consequi ob depositarii paupertatem; ea ratione, quia juria vigilantibus scripta sunt, nec æquum est, industrium ac diligentem desidiæ alienæ aut negligentiæ pœnas subire, *l. ult. C. h. t.* junct. *l. pen. in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Contra quam obtinet, si ex socio debitore suam partem consecutus esset, nec reliqui suas partes ob socii inopiam consequi possent, *l. verum est* 63. §. *si, cum tres* 5. *ff. pro socio*. Quod si individuum quid depositum sit, unicuique ex pluribus deponentibus, pluribusve deponentis unius heredibus, actio depositi in solidum competit; modo caveat agens, de partibus aliorum coheredum aut simul deponentium nullam depositario restituenti litem fore. Quam cautionem si præstare actor detrectet, depositarii est rem in æde sacra deponere, ut omni actione depositi liberetur, *d. l.* 1. §. *si pecunia* 36. *in fine ff. h. t.* Si tamen plu-

res rem individuam eodem tempore singuli sibi restitui desiderent, ei in concursu reddenda videtur, qui majore ex parte heres aut rei individuæ dominus est, ac de indemnitate idoneam depositario offert cautionem, arg. *l. si plures* 14. *ff. h. t.* Sed &, si duo de hereditate litigent, dum uterque se solum ex asse heredem contendit, ei hæc actio accommodanda, qui paratus est adversus alterum defendere depositarium de restituendo conventum; quod onus si non suscipiat, commodissimum est, in æde sacra rem deponi, donec de hereditate judicetur; *d. l.* 1. §. *apud Julianum* 37. *ff. h. t.*

5. Conveniendus hac actione depositarius & heredes ejus; quive, cum heres non esset, quasi heres lucrum ex re deposita percepit, *l. sed & si* 4. *ff. h. t.* Et si plures heredes sint, si quidem ex dolo defuncti agatur, non nisi pro ea parte conveniendi singuli, qua heredes sunt; sin defunctus dolo caruerit, is solutus heres, qui dolum ipse fecit, in solidum tenetur, nec in coheredes dolo carentes ulla ex dolo coheredis actio est, *l. in depositi* 9. *l.* 10. *ff. h. t.* si simul uterque coheres dolum admiserit, & uterque solvendo sit, ac de præstatione ejus quod interest, vel pecuniæ depositæ restitutione agatur; placuit unumquemque pro rata parte, qua heres est, aut pecuniam intervertit deponenti obstringi, *l. si duo* 22. *ff. h. t.* Si plures depositarii depositum receperint, adversus singulos in solidum actio ita comparata est, ut non electione unius, sed solutione, reliqui liberentur, ac in id quod ab uno in solidum convento servari nequit, adversus reliquos judicium supersit. Quin imo si unus in solidum conventus, ob id absolutus sit, quod dolo careat, nihil vetat, ad alterum perveniri, qui dolum fecit, *l.* 1. §. *si apud duos* 43. *ff. h. t.* In pupillum quoque, qui sine tutoris auctoritate suscepit depositum, recte agitur, quoties vel doli capax fuit, vel locupletior ex deposito factus est, *l.* 1. §. *an in pupillum* 15. *ff. h. t.* Insuper contra dominum & patrem, cujus servus aut filiusfamilias depositum suscepit, sive hi, qui in potestate sunt, sive illi, qui in potestate habent, dolum fecerint; adeo ut ex proprio quidem dolo in solidum conveniantur, ex dolo autem servi sui aut filiifamilias peculio tenus, *l.* 1. §. *filiumfamilias* 42. *ff. h. t. l. depositi* 5. *ff. de peculio.* Quia & in servum aut filium manumissum aut emancipatum actio datur de eo, quod adhuc in potestate constituti custodiendum receperunt, si modo post manumissionem adhuc manumissum possideat, non item, si sine dolo desierit possidere; quod in servo singulare est, cum alioquin ex contractibus in servitute celebratis nullum in manumissos judicium competat, *l. si apud filium* 21. *ff. h. t.* junct. *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. & act.* Quemadmodum nec ipsi manumissi agunt de eo quod adhuc servientes deposuerunt, *l.* 1. §. *si servus deposuit* 30. *ff. h. t.* arg. *l. juris gentium* 7. §. *pen. ff. de pactis.* Etsi non videatur negandum, quin ex dolo circa depositum in servitute commisso, tanquam ex delicto, post manumissionem actione ex lege Aquilia conveniri possint, quia servi ex delictis obligantur, &, si manumittantur, obligati remanent, ac de dolo in servitute adhibito tenentur, *d. l. servi ex delictis* 14. *ff. de obl. & act.* junct. *l.* 1. §. *si apud servum* 18. *ff. h. t.* Plane adversus tertios rei depositæ possessores actioni depositi locus non est, *l. si is qui* 8. *C. h. t.* nisi depositarius jussu deponentis eam penes tertium deposuerit, *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *ff. h. t.* si enim jussus ille desiit, deponens primus contra primum depositarium ad id tantum agit, ut is actiones sibi contra depositarium secundum quæsitas cedat, *l. si is, apud*, 16. *ff. h. t.*

6. Tendit hæc actio directa ad id, ut res deposita restituatur in loco, ubi contractus hic celebratus fuit, nisi aliud actum sit *l. si in Asia* 12. *pr.* & §. 1. *l. si, apud quem* 5. §. 1. *ff. h. t.* una cum accessionibus, etsi illa non videantur depositæ. Qua ratione non modo fructus, partus, & omnis causa, in actionem venit, *l.* 1. §. & *ideo* 24. *ff. h. t.* sed & quæ tempore depositionis rebus depositis accesserunt, licet ipsa proprie non sint deposita, veluti equi depositi capistrum, aut servi vestis, *l.* 1. §. *quæ depositis* 5. *ff. h. t.* junct. *l. si, ut certo* 5. §. *usque adeo* 9. *ff. commodati.* Si cista obsignata deposita sit, qui reddi oporteat, traditur in *l.* 1. §. *si cista* 41. *ff. h. t.* ac dictum latius ad *t. nautæ caupones stabularii ut recepta restit. num.* 8. Usurarum quoque rationem habendam esse, exigit generalis natura actionum bonæ fidei, sive de usuris per depositarium præstandis pactio sit apposita, cum id ageretur, ut non nummos in specie, sed tantundem redderet; licet ea res notissimos depositi terminos egrediatur, *l. Lucius Titius* 24. *ff. h. t.* sive pecuniam depositam in suos proprios usus converterit, *l. Quintus Cæcilius* 28. *ff. h. t. l. si deposita* 4. *C. h. t.* sive mora in reddendis rebus fungibilibus depositis commissa sit, *l. usuræ* 2. *C. h. t.* Si tamen his in casibus judex solius sortis, non item usurarum fecerit condemnationem, non ultra de usuris experiundi potestas est; cum non duæ sint actiones, altera sortis, altera usurarum, sed una; ex qua ubi condemnatio facta est, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur, *d. l. si deposita* 4. *C. h. t.*

7. Restituenda vero res deposita non deteriorata, adeo ut deteriorem reddens restituisse non intelligatur, nec liberetur, nisi id quod interest simul præstet, *l.* 1. §. *si res deposita* 16. *ff. h. t. l. sed mihi* 3. §. *si reddita* 1. *ff. commodati*, si modo deterioratio vel damnum rebus depositis illatum fuerit dolo aut lata culpa depositarii; quippe quam solam regulariter præstat, sive lata culpa negligentiæ sit, dum forte in propriis quoque rebus negligentissimus esse consuevit, sive lata culpa versutiæ intervenerit, dum minorem depositis, quam suis rebus curam adhibet, hoc ipso fraude non carens, *l. quod Nerva* 32. *ff. h. t. l.* 1. §. *is quoque* 5. *ff. de oblig. & action. l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, §. *pen. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.* quod & moribus servari, patet ex Grotio *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 7. De levi culpa non tenetur, quia nulla vertitur ut plurimum depositarii utilitas; nisi mercedem pro custodia pactus sit, quo casu velut ex conducto teneretur, *l.* 1. §. *si vestimenta* 8. 9. *ff. h. t. l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati.* Longe minus de levissima, nisi nominatim id pacto comprehensum sit, *d. l.* 5. §. 2. *ff. commodati, l.* 1. §. *si convenerit* 6. & §. *sæpe evenit* 35. *ff. h. t.* vel sponte se depositarius obtulerit deposito, *d. l.* 1. §. *sæpe* 35. *ff. h. t.* vel solius depositarii vertatur utilitas, juxta facti speciem in *l. si quis nec causam* 4. *ff.*

de rebus creditis. Denique nec casum præstat fortuitum, nisi id actum sit, ut tantundem reddatur, eo quod tunc in creditum itum intelligitur, & hactenus depositum mutuo in eo tertio exæquatum est, arg. *l. Lucius Titius* 24. *ff. h. t. l. in navem* 31. *ff. locati*, vel res casu perierit post litem contestatam, non interitura actori, si tempore litis contestatæ fuisset restituta, *l. si in Asia* 12. §. *ult.* junct. *l. si plures* 14. §. 1. *ff. h. t.* adde *tit. de rei vindicat. num.* 34. Sane si depositarius rem possidere desierit sine dolo aut culpa tali, ad cujus præstationem obstrictus erat, ne cavere quidem tenetur, *si deprehenderit, eam reddi*: licet reddere teneatur, ubi postea res iterum ad eum pervenit, *l. si sine dolo* 20. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. *inde scribit* 21. *ff. h. t.* Quod si dolo malo rem apud se depositam vendiderit, iterumque redemerit in causam depositi, ac tunc illa casu perierit, ob dolum præcedentem adhuc ad pretii integri & ejus quod interest restitutionem obligatus est, cum nata semel obligatio ex venditione dolosa ad pretium & id quod interest, haud evanescat per supervenientem rei redemtionem, nec dolus purgetur, *l.* 1. §. *si rem depositam* 25. *ff. h. t.* Vinnium *ad Peckium de re nautica ad l. ult.* §. 1. *ff. ad leg. Rhod. de jactu, lit.* B. *pag.* 287. 288. Aliud dicendum, si heres depositarii rem depositam bona fide distraxerit, putans eam defuncti propriam esse: tunc enim de pretio tantum, quod inde redegit, tenetur, nec ob id, quod sorte minoris vendiderit, deponenti devinctus est; ac si pretium necdum consecutus sit, actionem deponenti cedendo liberari potest. Si tamen redimere possit, nec id faciat, vel alia ratione suam jam factam præstare recuset, causatus, quod semel ignarus vendiderit, culpa, imo fraude non caret, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *ff. h. t.*

8. An autem deponens rem a depositario alienatam in tertium vindicare possit, latius exposui *tit. de rei vindic. num.* 12. Et an teneatur depositarius, si res suas ex incendio eripuerit, depositas perire passus sit, dictum *tit. commodati num.* 4.

9. Ceterum si hac conventus actione depositum restituere contumaciter detrectet, adversus eum in litem juratur, *l.* 1. §. *in depositi* 26. *ff. h. t.* Neque hanc restitutionem impedire potest compensatio, *l. pen. C. h. t. l. ult.* §. 1. *in fine* C. *de compensat.* nec retentio ob impensas in ipsam rem depositam factas. Confer *tit. commodati num.* 10. nec exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. in contractibus* 14. §. *sed quoniam* 1. C. *de non numerat. pecun.* nec intercessio seu prohibitio tertii, nisi verus dominus rem suam a non domino apud se depositam probato confestim & in continenti dominio retinere velit, & ita relata domini quæstione, asserere depositum ab initio non substitisse, arg. *l. qui rem suam* 15. *ff. h. t.* vel rem sibi a prædone surreptam, ab eoque depositam, sibi potius quam prædoni restitui oportere contendat, *l. bona fides* 31. §. 1. *ff. h. t.* Si quis enim alius restitutioni intercedat, non modo deponenti præstat omne damnum, quod is inde passus est; sed & usuras trientes ex tempore intercessionis, *l. pen. in fine, & auth. sed jam C. h. t.* Non etiam restitutionis necessitatem minuit aut tollit, quod forte pactum depositæ pecuniæ adjectum fuit, *ut depositarius, si voluerit, utatur*, quamdiu ea usus non est, *l.* 1. §. *si pecunia apud* 34. *ff. h. t.* vel ut demum *post centum tempus* aut *post deponentis vel depositarii obitum* reddatur depositum: quamvis enim id ea efficiatur conventione, ne depositarius invito deponenti maturius reddere possit, seque a custodiæ necessitate liberare, sed secundum modum ac tempus præscriptum servare rem teneatur, nisi justissima quædam causa interveniat, arg. *l. ei, apud quem* 5. §. *ult. ff. h. t. l. is, penes* 6. C. *h. t.* Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. l.* 3. *cap.* 7. *n.* 13. non tamen ipsi obest deponenti, quo minus ante tempus pacto expressum revocet depositum, *l.* 1. §. *si deposuero* 45. & 46. *ff. h. t.* Cum enim solius vertatur deponentis utilitas, neque ullum depositario, ex repetitione maturiore generetur præjudicium, sed magis ipse ab onerosæ custodiæ liberetur necessitate; merito scriptum fuit hoc ipso dolum facere eum, qui suscepit depositum, quod vel statim ab initio reposcenti rem non reddat, *l.* 1. §. *est autem* 22. *ff. h. t.* Sciendum interim, moribus nostris mediante arresto impediri posse per quemvis rei depositæ restitutionem; quamvis & verum sit, laxari quantocius arresti vinculum, si deponens, cujus interest restitui depositum, in gratiam sistentis idoneam interposuerit cautionem, Groenewegen *ad l. pen. & auth. sed jam C. h. t.*

10. Contraria actio depositi datur depositario contra deponentem, ad recuperandas impensas in rem depositam factas, sive graves, sive leves; cum non ita hic, uti quidem in commodato, impensæ modicæ possint compensari, cum rei usu, qui apud depositarium ex natura depositi nullus est, *l. actione* 23. *ff. h. t.* Præterea ad damna, quæ depositarius ex re deposita vel ejus occasione passus est, *l. ei, apud quem* 5. *ff. h. t.* adeo ut nec pro damno res deposita noxæ dari aut apud depositarium relinqui possit, ne ei officium, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum sit, ut ait Africanus in *l. si servus communis* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furtis*, qui sibi ipsi non censendus est contrariari in *l. si servus pignori* 31. *ff. de pignorat. act.* quæ est desumta ex eodem libro 8. quæstionum, ex quo & *d. l.* 61. petita fuit: quod enim comparationem illic instituit inter servum pignoratum, commodato datum, & depositum, si creditori commodatario aut depositario furtum fecerit, id tantum in eo tertio est, quo per dominum scientem ex istis causis datus est, secundum ea, quæ comparationi isti, in fine demum legis propositæ, immediate præmissa erant. Et quamvis in commodato, quod in *d. l.* 31. *in fine* jungitur deposito, idem obtineat per omnia, quod in pignore, ut ita demum cesset noxæ deditio, si dominus sciens servum furem commodato dederit, *l. pen. ff. commodati*, non tamen ideo necesse fuit, ita deposito quoque id obtinere; maxime, cum depositarius officium præstet, quod ei damnosum esse non debet, *d. l.* 61. §. 5. *ff. de furtis*, at commodatario beneficium præstitum sit per usus concessionem, *l. in commodato* 17. §. *sicut* 3. *ff. commodati*, cui consentaneum, nec commodanti ac officium præstanti suum beneficium damnosum esse; ac proinde eum liberari oportere noxæ dando, uti liberaretur, si servus commodato non datus nocuisset. Distat interim hæc contraria actio a directa in eo, quod hic non tam agatur de fide rupta, quam potius de calculo & indemnitate; quo fit, ut neque jusjurandum in litem hic deferatur, *l. ei, apud quem* 5. *pr. ff. h. t.* neque de-

mnatus infamis sit, *l. furti accipe* 6. §. *ult. ff. de his quio nt. infam.*

11. Præter depositum ordinarium, quod a libera voluntate proficiscitur, ac hactenus expositum est, aliud insuper occurrit, quod ex necessitate causam habet, ac vulgo *miserabile* dicitur, cum scilicet incendii, ruinæ, naufragii, tumultus gratia res deponitur, ita ut deponens nullam aliam deponendi causam habeat, quam imminens ex suprascriptis periculum amissionis, *l.* 1. §. 1. *&* 3. *ff. h. t.* In qua depositi specie id singulare est, quod depositarius ex inficiatione in duplum teneatur, ut ita quisque metu pœnæ discat perfidiam evitare, dum certi amici notam probatamque fidem eligi non patitur impatiens moræ periculum præsens, *d. l.* 1. §. 1. *& seqq. ff. h. t.* cujus inficiationis pœnam heres quoque depositarii ex proprio, non item ex defuncti dolo subit; quippe ex defuncti inficiatione nec ultra annum, nec amplius quam in simplum obstrictus, ac nec ultra eam partem, ex qua heres est, *l.* 1. §. 1. *l. de eo* 18. *ff. h. t.* Quam tamen dupli pœnam, uti in aliis, ita & in hoc deposito, ab usu recessisse tradit Groenewegen ad *l.* 1. *ff. h. t.*

12. Est denique & *sequestrarium* depositum, quod Paulo definiente, a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur, *l. proprie* 6. *ff. h. t.* seu, cum res litigiosa a litigantibus aut judice, plerumque ex partium consensu, penes tertium deponitur, ut post litis eventum victori, vel post impletum illud, quod impleri placuerat, restituatur, *l. propter* 5. *C. h. t. l. licet deponere* 17. *ff. h. t.* Unde & sequester a Papiniano & Modestino describitur, tanquam vir bonus & æquus, *apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt*: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos, qui contendunt, committitur, *l. sequester* 110. *ff. de verbor. signif.* junct. *l. postquam* 5. §. 1. *post med. ff. ut legat. seu fideic. serv. causa cap.* Quamvis & apud fœminam res sequestrari, nihil vetet, *l. deinde ait* 3. §. *ult. ff. de liberis exhib.* Estque simplici depositario in eo similis, quod non magis in hunc, quam in illum vera transeat possessio, sed tantum nuda detentio rei, adeo ut sequester possidere intelligatur nomine ejus, qui victor in lite evasurus est, & possessio medii temporis ei profutura; nisi aliud actum sit, *l. interesse puto* 39. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* uti id actum fuit in facti specie quæ est in *l. licet deponere* 17. §. 1. *ff. h. t.* quippe in qua de ipsa possessione sequestrata agitur; ait enim Florentinus, *rei depositæ proprietatem apud deponentem manere, sed & possessionem; nisi apud sequestrem deposita est*, ipsa scilicet possessio: *nam tum demum sequester possidet*, adeoque non omni casu, non, cum simpliciter res, sed tum demum, cum ipsa possessio litigiosa sequestrata fuit; *id enim agitur ea depositione possessionis, ut neutrius possessioni id tempus procedat.* Atque ita idem plane in hac lege traditur, ac iisdem prope verbis, quod in *d. l.* 39. post regulam propositam circa exceptionem scriptum fuit.

13. Quæ vero sequestrorum circa res sequestratas potestas, quodnam officium sit, an fructus percipere, an res perituras vendere, & alia plura facere; id dijudicandum fere ex iis, quæ de curatore bonis dato tradenda erunt *tit. de curatore bonis dando.* Illud vulgo in praxi receptum videtur, sequestros durante sequestratione prædiorum, quibus jurisdictio patrimonialis, vel jus patronatus cohæret, posse jus illud utrumque exercere, & beneficia ecclesiastica, vel munera civilia secundum jurisdictionis amplitudinem conferre, arg. *cap. ne pro defectu* 42. *extra de elect. & electi potest* ut post Corasium *miscellan. lib.* 3. *cap.* 2. *n.* 16. & alios tradit Wissenbach ad *Pand. h. t. n.* 21.

14. Invitis autem litigantibus sequestratio rerum permissa non est, cum executionis quædam species sit, a qua haud temere inchoandum, *l. unic. C. de proib. sequestrat. pecun.* nisi justa quædam causa subsit, veluti si periculum sit, fore, ut litigantes ad arma veniant, arg. *l. si cujus rei* 13. §. *sed si inter* 3. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* vel metus dilapidationis, aut fugæ, vel contumacia adversarii sui copiam non facientis, aut ex judicis præcepto haud caventis, *l. ab executione* 5. *Cod. quor. appell. non recip. l. l'Imperatores* 21. §. *ult. ff. de appellat. l. si cum dotem* 22. §. *sin autem* 8. *ff. soluto matrimon.* arg. *l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog. l. litibus* 20 *C. de agric. & censitis l. senatusconsulto* 16. *ff. de off. præsidis.* Quibus in casibus etiam numeratæ pecuniæ sequestrationem fieri, nihil impedit: licet enim ea perire nequeat, quatenus ut genus consideratur, ipsa tamen nummorum corpora & expendi & interire possunt, atque ita, adversario pauperiore facto, difficilior reddi persecutio pecuniæ litigiosæ. Impediri tamen plerumque potest sequestratio facienda, & quæ jam facta est, in irritum deduci re restituta, si possessor rei idoneam offerat cautionem de re præstanda vel restituenda; ubi id sua judex sententia præceperit, arg. *l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog. l.* 1. §. *si pecunia* 36. *in fine, et* §. 37. *l. si plures* 14. *ff. h. t. l.* 1. §. 1. *ff. l.* 1. *C. de Carboniano edicto, l. postquam* 5. §. 1. *ut legat. non cav.* Argentreus *ad consuetud. Britan. art.* 125. *gloss.* 1. nisi sequestratio ob id decreta fuerit, quod possessor rei jam rebus ipsis & factis fraudulenter rem litigiosam cæpisset reddere deteriorem, indeque præsumtio nata sit, eum & in posterum eam dolo corrupturum; tunc enim rem etiam oblata cautione oportere sequestrari, verius est, quia satisdatio tunc propositum malevolum possessoris non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præbet, §. *novissime* 12. *Instit. de suspect. tutor.* Parens p. mem. Paulus Voet *tract. de natura mobil. & immobil. cap.* 21. *n.* 5. *in med.* Extra quem casum, cum quisque præsumatur in dubio magis diligens & bonus futurus, magis est, ut cautionis præstatio admitti debeat, secundum leges ante allegatas. Frustra dissentiente Ant. Fabro *C. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 8. dum contendit, sententiam sequestrationis in forma specifica implendam esse; non considerans, hanc de sequestratione facienda non definitivam, sed interlocutoriam esse, nec litem finire; sed tantum litigantes securos facere, qui si alia ratione ac via ordinaria securi esse queant, puta cautione, non ultra debuit ab executione, cujus species quædam est sequestratio, initium fieri, sed potius quod jussit prætor, nunc propter oblatam satisdationem idoneam, contrario imperio tollendum foret, *d. l. si fidejussor* 7. §. *ult. ff. qui satisd. cog.* junct. *l. quod jussit* 14. *ff. de re judic.*

15. Ex sequestratione actio depositi sequestratoria

nascitur, tum directa tum contraria; in quibus eadem fere obtinent, quæ de vulgata ac ordinaria depositi actione superius sunt tradita, *l. si, apud quem* 5. §. 1. 2. *l. si in Asia* 12. §. 2. *ff. h. t.* eo excepto, quod non utrique deponenti, sed soli victori, adeoque non omni tempore, sed demum post latam sententiam, actio hæc detur, *l.* 1. §. *est autem* 22. *in fine ff. h. t.* unde si lis super re sequestrata ad finem non perducatur, non per hanc depositi sequestrariam, sed magis per præscriptis verbis actionem, repetendum foret quod sequestratum est, *l. si quis affirmaverit* 9. §. *Labeo* 3. *ff. de dolo malo,* Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 23. Privata auctoritate, vi atque armis, subducere rem sequestratam, usque adeo illicitum, ut jure & actione omni cadere debeat, quisquis id ausus fuit, arg. *l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. quod met. causa, l. si quis in tantam* 7. *Cod. unde vi,* etsi hanc crediti amittendi pœnam moribus passim, exemplo pœnarum aliarum legalium sublatam velint Carpzovius *defin. for. part.* 4. *constit.* 35. *defin.* 11. Groenewegen *ad* §. 1. *Instit. de vi bonor. rapt.*

16. Deposito sequestrario similis in multis ædium, cistarum, cubiculorum, sarcinarum obsignatio solemnis auctoritate publica facta (*Versegeling.*) quo casu ista resignare privato fas non est, ac resignans coercendus. Plane si omnes illi, in quorum favorem sigilla publica fuerunt impressa, communi consensu ea detraxerint, vix est, ut pœnam incurrere intelligantur, cum his, quæ pro se introducta sunt, rebus ipsis ac factis renunciare queant, arg. *l. ult. ff. de his quæ in testam. delentur,* junct. *l. pen. Cod de pactis,* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 180.

17. Observandum autem, depositiones illas, quæ olim frequentes erant in æde sacra, hodiernis moribus magis apud acta fieri; quo casu si graphiarius, actuarius, & similes, quibus pecuniæ sic depositæ cura incumbit, in suos usus eam converterint, ad usuras condemnandi forent, Groenewegen ad *l.* 4. *C. depositi,* & si bona eorum solvendo non sint, prima ratio habenda erit eorum, qui fidem publicam secuti pecunias hac ratione apud eos depositas habuerunt, arg. *l. si hominem* 7. §. 2. 3. *l.* 8. *ff. h. t.* de quo latius ad *tit. qui pot. in pign.* Ut tamen in subsidium non teneantur magistratus, qui talem elegerunt personam publicam, si dolo careant. Licet enim in magistratus, qui non idoneum dederunt tutorem, subsidiaria pupillis ad indemnitatem actio data sit, §. 2. & *seqq. Instit. de satisd. tut. tot. tit. ff. de magistrat. conveniendis,* id tamen cum singulari pupillaris ætatis favore sic introductum fuerit, ad consequentias trahendum non est præsertim, cum magistratus rem quidem publicam, at non rem privatorum, salvam esse spondeant, arg. *l.* 1. *pr. ff. de magistrat. conveniend.* ac ne ipsis quidem pupillis teneantur, quoties tutores ab ipsis constituti tempore dationis idonei fuerunt, quamvis postea destitissent tales esse, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. *ff. de magistr. conv.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 195.

LIBER SEPTIMUSDECIMUS.

TITULUS I.

Mandati vel contra.

SUMMARIA.

1. *Mandatum unde dicatur, & in quo distet a commendatione?*
2. *Quid sit mandatum? an honorarium intervenire possit? an promissum certum aut incertum peti possit, & qua actione? Quid moribus obtineat?*
3. *Quo modo tacite mandetur? & an in dubio præsumatur mandatum intervenisse? Quo modo tacite mandatum suscipiatur, & an suscepisse videatur, qui per literas mandati non respondet, sibi mandatum displicere?*
4. *Cujus gratia mandari possit? an & solius mandatarii gratia? An & quo respectu obligatorium sit mandatum, si quis solius mandatarii gratia mandaverit, certæ personæ tanquam idoneæ credi? & quid moribus servetur?*
5. *Qui possint mandare? an mandatarius rursus alteri negotium sibi mandatum? an deportati? an servi?*
6. *Mandatum rei turpis an, & quo respectu, ac inter quos obligatorium sit? Et quid, si adolescens luxuriosus mandet scienti, ut pro meretrice fidejubeat, filiof. mutuum credat? Si quis mandet ignoranti id quod in se turpe non est, lædit tamen jus tertii, veluti, ut arbores cædantur, quas mandatarius putat mandantis esse, solus mandans tenetur.*
7. *Actus legitimi non possunt mandari. Si tamen extraneus heredi mandet, ut is adeat, obligatur heredi.*
8. *Actio mandati directa cui detur, & contra quos? An primo mandanti contra secundum mandatarium? Quod juris, si plures simul mandatum susceperint?*
9. *Ad quid tendat hæc actio? ubi & de actionum per mandatarium quæsitarum cessione; de usuris per mandatarium præstandis; & qualem culpam mandatarius præstare debeat?*
10. *Contraria mandati actio cui detur; contra quos? quid juris sit, si plures mandaverint? Ad quid tendat? ubi & de impensis, earumque usuris? & quid juris? si mandans parcius fuisset impensurus, vel negotium ad finem perductum non sit, vel exitum optatum non habuerit? quid si reus criminis tertio nummos dederit distribuendos, ut delicti gratiam impetret, sed irrito successu?*
11. *Quid juris, si mandatarius excesserit mandati fines, circa impensarum repetitionem, & alia? An impensas recuperet, qui mandatum implevit per æquivalens?*

12. *Qui alterius mandato & in alterius commodum impendit in rem suam propriam, impensas non repetit, quatenus res inde pretiosior facta est, sed tantum in reliquum actio datur.*

13. *Petit & mandatarius, se liberari ab obligatione, si quam subiit mandati occasione. Qualia damna mandati occasione illata repetere a mandante possit, vel non? ubi & de mandatario per latrones spoliato.*

14. *Potest & jure compensationis indemnis fieri mandatarius, si termini habiles sint?*

15. *Finitur mandatum morte mandantis, & cur? Cujus mors spectetur, si mandatarius iterum alteri mandaverit? Recensentur casus excepti, quibus mandatum durat post mortem mandantis.*

16. *Finitur morte mandatarii? Quid si heredes mandatarii scientes executi sint? Quid si ignorantes, ac putantes negotium esse defuncti proprium? An tunc per heredes gesta rescindi possint, ubi id mandans petit, & cur non aeque rescindantur impleta per mandatarium post mortem mandantis?*

17. *De revocatione & renunciatione mandati, & quando illud fieri possit, quando non? praesumitur quandoque revocatio, si mandans aut mandatarius foro cesserit, si quis duobus idem mandet diversis temporibus, non item per speciale mandatum, si generale praecesserit; nec alias regulariter. Non potest revocari mandatum, quo actio cessa; nec si ad mandatum stipulatio aut delegatio secuta sit.*

1. MAndatum dictum a datione manus, quia, ut Isidorus ait libr. 4. origin. cap. 24. *olim in commisso negotio alter alteri manum dabat*, & manus fidei signum erat: trahitque originem ab amicitia, *l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* ac differt a commendatione in eo, quod qui mandavit, obligetur, qui commendavit, non item, *l. si vero* 12. *§. cum quidam* 12. *ff. h. t.* Christinaeus. *vol.* 3. *decis.* 34. *num.* 6. quali commendanti non absimilis videtur, qui amicabilem tantum affectionem in negotio gerendo praestitit in monendis procuratoribus, & actoribus, & in consilio regendis, *l. idemque &* 10. *§. si quis ea* 7. *ff. h. t.* Confer Wissenbach *ad Pand. h. t. n.* 3. 4. 5.

2. Est autem mandatum contractus bonae fidei consensu constans, quo negotium honestum alteri id suscipienti gratis gerendum committitur. Mercedem respuit, quippe quae officio & amicitiae contraria est, *d. l.* 1. *§. ult. ff. h. t.* non tamen *honorum* seu *salarium*, quod a mercede diversum est, licet aliquando improprie *merces* in jure nostro, & *quasi merces*, & *merces officii* appelletur, *l. hoc jure* 19. *§.* 1. *l. Aquilius Regulus* 27. *ff. de donation. l.* 1. *§. Divus* 13. *ff. de extraord. cognit.* magis proprie remuneratio *l.* 6. *pr. l.* 7. *l. idemque &* 10. *§. ult. l. si vero non* 12. *pr. ff. h. t.* Quo salario interveniente, mandatarius *salariarius* nuncupatur, *l. idemque* 10. *§. idem Labeo* 9. *ff. h. t.* ejusque promissi persecutio ita demum jure Romano fieri potuit, si certum quid mandatario promissum sit; nam si pollicitationis incertae salarium promissum fuerit, neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati ut certum constituatur, *l. qui mutuam* 56. *§. salarium* 3. *ff. h. t. l. salarium* 17. *C. h. t.* in quo secundum jus Romanum distincti a procuratoribus Advocati, etiam non promissi salarii petitionem habentes, eo quod publicum Advocatorum, non item procuratorum officium est, *l. Divus Antonius* 4. *ff. de extraor. cognit.* Neque tamen ad persequendum salarium certum promissum actione mandati agi potest, sed extraordinaria Praesidis cognitio imploranda ac praebenda est; cum de salariis solitum fuerit extra ordinem jus dici, *l.* 1. *l. salarium* 17. *C. h. t.* Non obstante *l. si remunerandi* 6. *pr. ff. h. t.* quippe quae, dum habet, *si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio*, non aliud vult, quam per honorarii promissionem non everti substantiam mandati, nec illud in locationis conductionis aut alterius contractus speciem transire, sed, non obstante honorarii interventu, manere nihilominus mandatum, & competere mandati actionem, non ad honorarium ipsum, verum ad ea, quae mandato comprehensa, & secundum naturam ejus praestanda sunt, juxta *d. l.* 1. *C. h. t.* Adde Wissenbach ad *Pand. h. t. n.* 16. 17. 18. Moribus tamen procuratores ad lites etiam non promissa salaria recte petere, monui *tit. de procur. num.* 1. Nec ab aequitate alienum fuerit, id quoque ad negotiorum extrajudicialium mandatarios porrigere, ut nempe arbitrio judicis aut viri boni honoraria, incertae licet pollicitationis, pro officii praestiti modo consequatur: si modo soliti fuerint non gratis opem aliis praebere, sed exigere operae navatae remunerationem, Groenewegen ad *l.* 17. *C. h. t.* Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 24. *n.* 13.

3. Interponitur mandatum non expresso tantum, sed & tacito consensu, dum quis praesens, & sciens, nec contradicens, per alium sua geri negotia patitur, *l. si fidejussor* 6. *Cod. h. t. §.* 1. *Instit. de iis per quos agere poss. l. si remunerandi* 6. *§. si passus* 2. *l. qui patitur* 18. *ff. h. t.* Confer *tit. de procurat. num.* 9. Quamvis alioquin in dubio mandatum non praesumatur intercessisse, sed tanquam tale, quid, quod facti est, probandum sit ab eo, qui se mandato instructum ait, arg. *l.* 1. *Cod. de mandatis Principum cap. cum in jure* 31. *extra, de offic. & potest. jud. deleg.* ibique DD. Responsa Jurisc. Holland. *part.* 2. *consil.* 183. Confer Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib.* 7. *tit.* 4. *& seqq.* Mascardum *de probat. conclus.* 1008. *& seqq. ad conclus.* 1017. Suscipitur quoque vel expresse vel tacite: licet enim ex solo silentio ejus, cui mandatur, colligi nequeat consensus ejus, *l. filiusfam.* 8. *§. invitus* 1. *ff. de procurat.* arg. *l. qui tacet* 142. *ff. de reg. jur.* rebus tamen ipsis & factis, veluti adimplendo ea, quae sibi mandata sunt, recte suum declarat assensum. Qua ratione, si quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, & Titius oblatam sibi a promissore solutionem acceptet; eum, velut ex suscepto per agendorum executionem mandato tacito, teneri mandati actione, patet ex *§. si quis alii* 4. *Instit. de inutil. stipul. l. qui res suas* 98. *§. qui stipulatus* 5. *ff. de solut.* Quin & si absenti per literas quid mandatum sit, nec is quantocius rescribat, sibi displicere mandati conditionem, suscepisse hoc ipso mandatum credi potest, maxime, si & alias solitus fuerit exsequi, quae praestare vel facere per epistolam ab eo rogatus erat, arg. *l. si filiusfamilias* 16. *ff. ad senatusc. Maced.* Costalius *ad l.* 27. *ff. h. t.* Hugo Grotius *inter responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2.

consil. 180. *num.* 1. Ant. Matthaeus *de oblig. disp.* 24. *th.* 2. Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 2.

4. Verti autem potest in mandato vel solius mandantis utilitas, §. 1. *instit. h. t. Quintus Mucius* 48. §. 1. *ff. h. t.* vel mandantis & mandatarii; vel mandantis & tertii; vel mandatarii & tertii; vel tertii tantum, *pr. &* §. 2. 4. 5. *inst. h. t. l. mandatum* 2. *pr. &* §§. *seq. ff. h. t.* vel denique mandantis, mandatarii, & tertii, cujus exemplum est in *l. si procuratorem* 8. §. *si tutores* 4 *ff. h. t.* Solius mandatarii gratia si mandetur, consilium magis, quam mandatum est, & ob id non obligatorium; eo quod liberum est cuique, apud se explorare, an expediat sibi consilium, illudque non sequi, *l. mandatum* 2. §. *ult. ff. h. t.* §. *tua tantum* 6. *inst. h. t.* nisi consilium fraudulentum fuerit; quo casu de dolo actio est, *l. consilii* 47. *ff. de reg. juris*, *l. idemque* 10. §. *si quis ea* 7. *in fine ff. h. t.* vel de certa persona rogatus, de qua dubium erat, utrum ei satis tuto crederetur, responderit, *periculo meo crede*, *bene credis*, *l. si vero* 12. §. *si quis mandaverit* 13. *ff. h. t.* vel denique tibi quis consulerit, certae personae credi; quia non aliter crediturus fuisses, quam si id tibi mandatum esset, *d.* §. *tua tantum* 6. *in fine inst. h. t.* Quod & Ulpiano placuit, *l. si remunerandi* 6. §. *plane* 5. *ff. h. t.* Idque non ad eum effectum, ut mandans directam haberet hoc in casu mandati actionem; cum certum sit, eam tum demum competere, cum coepit interesse ejus, qui mandavit, & si nihil intersit, cessare mandati actionem, denique eatenus competere quatenus interest *l. si procuratorem* 8. §. *mandati actio* 6. *ff. h. t.* sed magis ad id, ut mandatario contraria ad indemnitatem actio detur adversus mandantem, si forte ab eo, cui credidit, quique nunc minus appareat idoneus, creditum servare nequeat. Cujus ea ratio est, quia ita mandans re ipsa similis est fidejussori, neque multum refert, praesens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet, *l. si hereditatem* 32. *in med. ff. h. t.* Et sane, si mandati tenearis secundum Ulpianum, cum tibi mandavi, *ut vires excuteres ejus, cui eram crediturus*, & renunciasti, eum idoneum esse, *l. si mandavero* 42. *ff. h. t.* quid ni & tunc tenearis, cum ab initio mandans mihi, ut ei credam, tanquam idoneo, cui non credidissem, si tu mihi non mandasses. Nec recte verba finalia *d.* §. 6. *inst. h. t.* acceperis de casu illo, quo vel solius tertii, vel mandatarii & tertii, utilitas vertitur. Etenim de mandato aliena tantum gratia interposito jam ante actum fuerat in §. 3. & de eo, quod mandatarii, & aliena gratia intercesserat, in §. 5. at in §. 6. de mandato solius mandatarii intuitu interposito, quod restabat excutiendum, sermo ex professo instituitur, ac, cum monitum esset, *illud obligatorium non esse, quia nemo ex consilio mandati obligatur, cum liberum cuique sit apud se explorare, an sibi expediat mandatum*, mox subjungitur, *adeo haec ita esse, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio foenerares; sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse hoc in casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.* Patet sane, agi de mandato solius mandatarii gratia interposito; patet, illud non esse obligatorium; patet denique exceptionem a regula esse, & obligatorium fieri, si mandet quis tibi, ut Titio foenerares, idque ex Sabini sententia: at exceptionem oportere esse de regula, notissimum axioma est; ac proinde ineptus plane foret Justinianus, si regulam concipiens de mandato mandatarii solius intuitu interveniente, exceptionem posuisset in exemplo pertinente ad interpositum aliena tantum gratia mandatum. Cui accedit, quaestionem in *d.* §. 6. proponi a Justiniano de casu, in quo veterum Jurisconsultorum dissensus fuit, & in quo tandem magis obtinuisse dicitur Sabini sententia: nuspiam autem dissensus istius vestigia apparent de casu, quo aliena tantum, vel mandatarii simul & aliena utilitas vertebatur. Nec jam dictis adversatur, quod in *l.* 1. §. *idem Pomponius* 14. *ff. depositi* dicitur, si apud te volentem me deponere, jusseris apud libertum tuum deponere, tuque ita suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, nec mandati te teneri, quia rem meam gessi. Considerandum enim, Ulpianum auctorem *d. l.* 1. id non tam ex sua mente, quam ex Pomponii sententia proposuisse; dum in *d.* §. 14. ait, *idem Pomponius quaeris &c. & ait &c.* idque, quia res erat, ut dixi, controversa inter Sabinianos & Proculianos, an eo casu esset mandati actio. Et licet Ulpianus in *d. l.* 1. §. 14. non directo contradicat Pomponio, tamen nec assensum ei praebet, sed, decisione quaestionis illius in medio relicta, casum alium minus dubium, nec inter Sabinianos & Proculianos controversum, subjungit, suumque de eo judicium interponit, *sed si mandasti*, inquit, *mihi*, *ut periculo tuo apud eum deponam*, *cur non sit mandati actio*, *non video*. Interim in casu priore, in quo Pomponius dixerat, non esse mandati actionem, aliam ac contrariam Ulpiano stetisse sententiam, patet apertissime, cum scribit, plane, si tibi mandavero quod tua intererat nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio, *d. l. si remunerandi* 6. §. *plane si* 5. *ff. h. t.* Instabis forte, Ulpianum ipsum dedisse doli actionem adversus eum, *qui evidenti calliditate affirmaverat*, *idoneum esse illum, cui mutua pecunia dabatur*, *l. & eleganter* 7. §. *ult. ff. de dolo*, quam concedere non potuisset, si contra talem contraria ac non infamans mandati actio superfuisset. Sed non premunt ista, si attendas, in *d. l.* 7. §. *ult.* Ulpianum aeque, ac in *d. l.* 1. §. 14. *ff. depositi*, referre Pomponii sententiam, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione, cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod nisi ex magna*, *& evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii sententia, qui deficiente dolo nullam vel mandati vel doli actionem dabat ex tali affirmatione cujus opinionem quantum ad denegationem actionis doli Ulpianus quoque probat, addita ratione, *quod nisi ex magna*, *& evidenti calliditate non debet de dolo actio dari*; atque ita, dolo apparente, concedit quidem de dolo actionem, velut ultimum subsidium, sed supposita Pomponii, omnem mandati actionem denegantis, opinione. Ne dicam, actionem doli ab Ulpiano satis recte in ista facti specie potuisse concedi, dum non modo ad eam recurrit, cum alia actio non est, sed &, cum dubitatur, an alia esse possit,

arg. *l.* 1. *pr.* & §. 1. *ff. de praescript. verbis*, qualis dubitatio hic omnino suberat, dum alii dabant, alii denegabant mandati actionem. Minus stringit, quod nostrae sententiae objicitur, *proxenetam nominis faciendi gratia intervenientem non teneri quasi mandatorem, quia monstrat magis nomen, quam mandat, tametsi laudat nomen*, teste Ulpiano in *l.* 2. *ff. de proxeneticis*. Etenim, hoc ipso, quod ab Ulpiano quaeritur, an proxeneta nominis faciendi gratia interveniens teneatur quasi mandator, & dicitur eum non teneri quasi mandatorem, supponitur ab ipso, mandatorem teneri, si non ut proxeneta nomen monstrasset, sed vere mandasset. Porro separatur merito proxeneta a mandatore, diciturque non teneri, quia, ut habet *l.* 2. monstrat magis nomen, quam mandat; nec ipse contrahit, sed contrahentibus *medius* & *mediator* dicitur, *novell.* 90. *cap. quoniam* 8. utrique contrahenti aeque addictus, in negotio inter alios gerendo *operulam* & *ministerium quale quale accommodans*, & *in contractibus licitis ac commerciis utilem non improbabili more se exhibens*, *l. de proxenetico* 3. *ff. de proxeneticis*, nec longe a nunciis epistolae vicem gerentibus distans. Ut proinde a proxeneta ad eum, qui certae personae credi mandavit, argumentum duci nequeat, non magis quam ab arbitratore, cujus arbitrio quid gerendum erat, quique non animo procuratoris intervenire, sed affectionem amicabilem in monendis procuratoribus & actoribus, ac consilio regendis, promisisse, & ideo non mandati, sed de solo dolo teneri dicitur, *idemque* 10. §. *si quis ea* 7. *ff. h. t.* Denique nec nostram evertit sententiam, quod Celsus monuit, extra mandati formam esse, *ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen*, id est, *ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum duntaxat ad me pertineat: quemadmodum si mandem, ut* tibi (ita legendum cum Haloandro, non *mihi*, notante Gothofredo) *quemvis fundum emas*, *l. Quintus Mucius* 48. §. *ult. ff. h. t.* Non enim illic certa persona tanquam idonea, cui crederetur, designata fuit; suasit generaliter, credi cuicunque, pecuniam foenori dari, quo ipso nullum mandatum contrahi intelligebatur, sed tantum consilium, secundum *d.* §. 6. *Instit. h. t.* Ne dicam, legem non negare, eum teneri, qui mandavit generaliter suo periculo nummos foenori dari, sed tantum asserere, id genus conventionis *extra formam mandati esse*; & licet verum sit, eam rem notissimos egredi mandati terminos, tamen ubi ita convenerit, lex contractus servanda est, ut in simili loquitur Papinianus in *l. Lucius Titius* 24. *in fine ff. depositi*. Unde &, si mandares mihi, ut periculo tuo apud certum hominem deponam rem meam, Ulpianus professus est, se non videre, cur non sit mandati actio, *d. l.* 1. §. *idem Pomponius* 14. *in med. ff. depositi*. Ceterum, etsi haec ita disputata ex Romani juris principiis vera sint, tamen praxi contrarium invaluisse, vult Groenewegen ad §. 6. *Instit. h. t.* post Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 53. Christinaeum *vol.* 1. *decis.* 111. *numer.* 12. & *seqq.* & alios ibidem allegatos, quibus adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 242. 252. 277. Non desunt tamen, quibus placet, etiamnum inter mercatores ita jus esse, ut ad instar fidejussoris obligetur, qui ignoto tanquam idoneo merces credi persuasit rogavitve, ut ut bona fide. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 18. *defin. ult.* ibique alii citati. Quod & usu constante Antverpiae inter mercatores servatum fuisse, observat Neostadius *Curiae supr. decis.* 5. Sim. van. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 17. *num.* 17.

5. Mandare potest quilibet, qui & contrahere; ipse etiam mandatarius negotium sibi ex mandato commissum, etsi enim in mandato certo personae industria eligatur, & magna subinde inter artifices differentia sit, *inter artifices* 31. *ff. de solution.* tamen nihil impedit, quominus mandatarius primus vicaria alterius opera in exsequendo mandato utatur, dum plurium hominum saepe aequalis peritia atque industria est, arg. *l. veteris juris* 14. *in fine C. de contrah.* & *committ. stipul.* non quidem ad id, ut mandanti primo noceat, vel ut mandanti primo adversus mandatarium secundum actio quaeratur; sed ut mandatarius primus contra secundum, & primus mandans contra primum mandatarium de neglectis, ac residuis aliisque similibus actionem habeat, adeoque suo periculo mandatarius primus alteri mandet, *l. si quis mandatu* 28. *ff. de negot. gestis*, *l. si procuratorem* 8. §. *si quis* 3. *ff. h. t.* junct. arg. *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *ff. depositi*, Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 15. Si tamen procurator ad lites sit, ante litem contestatam alteri non recte mandat illud agendi jus, *l. neque tutores* 11. *C. de procurat.* Et ad eum casum restringi oportere vulgatam regulam, *procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse*; in negotiis extrajudicialibus contra servari, monet Ulpianus *l. si procuratorem* 8. §. *si quis mandaverit* 3. *ff. h. t.* Adde *t. de procurat. num.* 2. 3. ubi & discutitur, an procurator ad negotia datus possit alium ad lites substituere. Deportati mandare possunt, quatenus juris civilis est, arg. *l. deportatus* 15. *ff. de interdict.* & *relegat.* *l. sunt quidam.* 17. §. 1. *ff. de poenis*. Quibus non obloquitur Paulus Jurisc. cum ait, eum, cujus bona publicata sunt, mandare posse, utilemque ei contra mandatarium, si is fidem non praestet, actionem dari, *l. si mandavero* 22. §. *is, cujus* 5. *ff. h. t.* cum intelligi possit de relegato, cujus bona licet non soleant publicari, ex causa tamen publicari possunt, *l. relegatus* 14. §. *magna* 1. *ff. de interdict.* & *relegat.* qualis relegatus integrum statum retinet, *l. relegatus* 18. *ff. eod. t.* Nisi quis malit *d. l.* 22. §. 5. accipere de deportato, qui bona quaedam de facto detinet per conniventiam aut negligentiam a fisco non occupata; aut qui post deportationem bona quaedam acquisivit, quorum intuitu utilibus actionibus uti conveniri ita & experiri potest, *l. sed si alia* 5. §. 1. *ff. de bonis damnat.* *d. l.* 14. §. *ult.* junct. *d. l.* 15. *ff. de interdict.* & *relegat.* Servus, etsi negotia mandare potuerit, non tamen lites, *l. servum quoque* 33. *ff. de procurat.* *l. ab hostibus* 15. *ff. ex quib. causis major*, nec suis se nummis ab extero redimi sine domini voluntate, *l. cum servus* 54. *ff. h. t.* *l. unic. C. si servus extero se emi mandaverit.*

6. Mandantur negotia honesta & licita: rei enim turpis nullum est mandatum, nec inde inter mandantem & mandatarium actio datur; adeoque nec mandans ad implementum mandati turpis suscepti, vel id quod interest, recte contendit; nec mandatarius post illud impletum jure agit ad indemnitatem, sive in exsequendo mandato impensas fecerit, sive in poenam delicti mandati nomine inciderit,

§. *illud quoque* 7. *instit. h. t. l. si remunerandi* 6. §. *rei turpis* 3. *l. si mandavero* 22. §. *qui aedem* 6. *ff. h. t.* etiamsi nominatim mandans mandatario mandati turpis executori indemnitatem promisisset in casum, quo criminis aut delicti reus perageretur, arg. *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejussor.* Adde *tit. quod cujusque univers. nomine numer.* 8. *in fine*. Quin &, si adolescens luxuriosus mandet tibi scienti, *ut pro meretrice fidejubeas*, vel *ut meretrici pecuniam credas*, vel si quis mandet filiofamilias mutuum dari contra senatusconsulti prohibitionem, mandati judicium placuit denegari, *l. si vero* 12. §. *si adolescens* 11. & §. *si quis mandaverit* 13. *ff. h. t.* Mandato tamen delicto, & executioni dato, veluti furto, vulnere, homicidio, uterque aequaliter tum ad poenam pecuniariam laeso praestandam, tum ad poenam publicam delicto propositam damnandus est tanquam delinquens; cum aeque mandans ac mandatarius occidisse, furtum aut injuriam fecisse, intelligatur, *l. nihil interest* 15. *ff. ad leg. Corn. de sicariis*, *l. non solutum* 11. §. *si mandatu* 3. *ff. de injuriis*, *l. si quis id* 7. §. *ult. ff. de jurisdictione*, *l. non ideo* 5. *C. de accusation.* Confer Menochium *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 351. 352. 353. Plane, si quid mandatum sit ignoranti, quod sua natura neque turpe est neque delictum continet, laedit tamen jus tertii, solus mandans, non item mandatarius, ob id laeso devinctus foret, aut publica poena afficiendus; veluti si quis mercenarios in fundum inducat alienum, fruges collecturos, arbores caesuros, aut aliud simile praestituros, dum putant, fundi dominum esse operae suae conductorem; eo quod affectus maleficia distinguit, arg. §. *placuit* 7. & §. *interdum* 11. *inst. de oblig. quae ex delicto*, nisi a vero fundi domino interpellati serio, ut desisterent, in opere coepto nihilominus perseveraverint; cum ita dolo non careant, errore discusso, arg. *l. qui contra* 4. *in fine C. de incest. & inutil. nupt.* arg. *l. de pupillo* 5. §. *nunciari* 3. & *tot. t. ff de operis novi nunciat.* Jul. Clarus *sent. libr.* 5. §. *fin. quaest.* 60. *num.* 15. & 16. Henr. Kinschot *respons.* 33. (*vel* 39.) *numer.* 5. Menochius *de arbitr. judic. libr.* 2. *casu* 334. *num.* 35. & *seqq.*

7. Actuum legitimorum nullum de jure Romano mandatum est, veluti, ut hereditas mandati delata, per alium mandantis nomine adeatur, vel ut meus servus per alium meo nomine manumittatur, *l. nemo alieno* 123. *ff. de jur. l. per curatorem* 90. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* quod tamen non impedit, quo minus extraneus heredi mandet, ut is sibi delatam adeat hereditatem, ad id, ut mandans mandati teneatur, si ea forte damnosa sit, *l. si hereditatem* 32. *ff. h. t.*

8. Ex mandato duplex descendit mandati actio, directa altera, altera contraria. Directa mandanti & heredibus ejus datur, cujus interest, & quatenus interest, mandatum impleri, *l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *ff. mandati*, contra mandatarium & heredes: licet enim mandantis & mandatarii morte mandatum finiatur, non ideo mandati actio peremta est, *l. praecedente* 58. *pr. l. si mandatu* 59. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* Si mandatarius negotium sibi mandatum rursus alteri mandaverit, nulla primo mandanti in mandatarium secundum actio competit, sed primus mandans primum mandatarium, & is rursus secundum, convenire debet, arg. *l.* 1. §. *si te rogavero* 11. *l. si is, apud quem* 16. *ff. depositi.* Mugnos *de ratiociniis cap.* 4. *num.* 16. Si plures mandatarii susceperint mandatum, adversus singulos ita in solidum actio est, ut uno solvente reliqui liberentur, *l. creditor* 60. §. *duobus* 2. *ff. h. t.* Excusso tamen prius eo, qui solus administraverit, exemplo tutoris administratoris, arg. *l. ult. C. de divid. tutela*, dato forsitan de divisionis beneficio, si omnes solvendo sint, ac ex culpa communi adversus unum in solidum agatur, ad similitudinem plurium tutorum, arg. *l.* 1. §. & , *si quidem* 11. & *seqq. ff. de tut. & ration. distrab.* moribus sane hodiernis ita receptum esse, observat Groenewegen ad *d. l.* 60. §. 2. *ff. h. t.* Si filiofamilias mandatum sit, ut exigeret, isque sui juris factus exegerit, ipse mandati judicio, pater de peculio intra annum utilem conveniri potest, *l. penult. ff. h. t.* sed & si servus mandatum susceperit, ac liber factus perperam gesserit, ejus nomine mandati tenetur, *l. eum actum* 7. *ff. de negot. gestis*, licet alias vulgo obtinuerit, ex contractibus in servitute initis manumissos non teneri, *l. servi ex delictis* 14. *ff. de oblig. & act.*

9. Petitur hac actione, ut mandatarius exsequatur mandatum juxta praescriptum modum, aut alioquin solvat id quod interest, *d. l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *l. si quis alicui* 27. §. *qui mandatum* 2. *ff. h. t.* sive nullo modo impleverit mandatum per se aut per alium aeque idoneum, ut potest. *d. l.* 8. §. 6. *l. si vero non* 12. §. *si filiofamilias* 5. *ff. h. t.* sive mandati fines egressus sit, ita ut ob id mandantis intersit, ut post dicetur. Restituat insuper, quod penes eum ex gestione residet, tradat mandanti res secundum mandatum emtas una cum fructibus, actiones quaesitas mandati cedat, *l. si procuratorem* 8. §. *ult. l.* 9. *l.* 10. §. *si ex fundo* 2. & §. *si cui mandavero* 6. *l. qui mandatum* 43. *l. si mandatu* 45. *ff. h. t.* quas tamen nostris moribus cedi haud opus, quoties mandatarium non suo, sed mandantis nomine contraxisse, expressum est; quia procuratores hodie in negotiis contrahendis considerantur magis ut nuncii, & quisque nunc alteri aeque ac sibi actionem quaerit Jacob. Coren *observ.* 25. Groenewegen ad *l.* 49. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess.* parens p. mem. Paulus Voet ad §. 5. *Instit. per quas pers. nob. acquir. n.* 4. & *ad tit. Instit. per quas person. nobis oblig. acquir. n.* 5. Sane, si suo nomine procurator contraxerit, cessionem actionis fieri necesse est; quin imo, laudimia duplicata solvenda foret, quoties suo nomine emit, ac dein in mandantem transfert res isti laudimiorum similiumque oneri subjacentes. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 6. Jac. Coren *d. observ.* 25. Tendit praeterea haec actio ad id, ut mandatarius usuras praestet, quoties vel moram fecit in restituendis nummis residuis, vel eos in proprios suos convertit usus; vel foenori collocavit nomine domini, sive hoc ei mandatum sit, sive non, vel otiosam habuit domini pecuniam, quam is solebat foenori collocare, *l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *l. si vero* 12. §. *dedi tibi* 10. junct. *l. ex mandato* 20. *ff. h. t. l. qui semisses* 13. §. 1. *ff. de usuris.* Adde *tit. pro socio n.* 17. Denique & damnum reparet dolo, vel culpa quacunque, etiam levissima, datum; eo quod aliena negotia exacto officio geri debent, nec

quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est, *l. a procuratore* 13. *l. jure mandata* 21. *C. h. t.* Et hoc est, quod Ulpianus quoque voluit in *l. si procuratorem* 8. §. *ult. in med. ff. h. t.* cum ait, mandatarium non teneri, *si dolus non intervenerit nec culpa*; sub *culpa* generaliter posita omnes culpæ species complectens: eo modo, quo id etiam factum in *l. si negotia* 11. *ff. de negot. gestis*. Quamvis enim Ulpianus scripserit, nihil amplius quam bonam fidem præstare oportere eum, qui procurat, *l. idemque* 10. *pr. ff. h. t.* ac in bona fide esse dicatur, qui dolo caret, sciendum tamen, per *bonam fidem* pro subjecta materia denotari illud omne, quod ex natura contractus præstari debet: ac proinde, cum mandati natura exactissimam in mandatario diligentiam desideret, ideoque mandatarius simpliciter suscipiendo mandatum semet obligaverit ad præstationem ejus, fidem datam non implet, nec bonam præstat fidem, si quid minus diligenter curet. Quod autem solius culpæ levis in mandato præstandæ mentio fiat in *l. contractus* 23. *ff. de reg. juris*, parum stringit; cum non negetur, etiam levissimam in mandatum venire, ideoque quod huic legi deest, ex *d. l.* 13. & 21. *C. h. t.* supplendum est. Non obstat denique, quod depositum solum & latam culpam recipiat, *d. l.* 23. *ff. de reg. juris*. Id enim ita placuit, quia in deposito nihil gerendum, sed tantum aliquid custodiendum est, ad quam custodiam industria & diligentia opus non est, adeoque sufficit dolum & proximam dolo culpam abesse fidemque præstari: cum ex adverso quid in mandato gerendum suscipiatur, ad quod industria omnimodo desideratur, ac propterea fallit quoque hic illud, mandantem de se queri, suæque facilitati imputare debere, quod negligentiori amico negotium commiserit; quippe quod in deposito quidem circa rem custodiendam locum habet, §. *pen. Inst. quib. mod. re contrah. oblig.* at non, ubi quis peritiam gerendi expresse vel tacite professus est; cum suscipere non debuisset, quo non callebat, & in quo intelligebat vel intelligere debebat, suam imperitiam aut imprudentiam alteri damnosam fore, arg. *l. idem juris* 8. §. 1. *in fine ff. ad leg. Aquil.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 52. Wissenbach. *ad Pand. h. t. num.* 14. Dissent. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 15. 16. Casum fortuitum, uti vulgo nullus in rerum alienarum gestione, ita nec mandatarius præstare cogitur, nisi pacto adjecto id actum sit, *l. Et Aristoni* 39. *ff. h. t.*

10. Contraria mandati actio mandatario competit, etiam patri, si is pro suo filiofamilias mandatario mandatum contemplatione filii perfecerit, ut impleret fidem ejus, *l. si vero* 12. §. *si filiofamilia*. 5. *ff. h. t.* (secus, si id egerit pro filiof. sed mandantis intuitu, vel filii quidem intuitu, sed post emancipationem; quibus in casibus magis est, ut negotiorum gestorum actio detur, *d. l.* 12. §. 6. *ff. h. t. mandasti* 46. *ff. de negot. gestis.*) Contra mandantem, licet mandantis non interfuerit, dum vel aliena tantum, vel mandatarii & aliena, vel solius mandatarii gratias secundum antedicta mandatum intercessit. Si plures simul mandaverint, contra singulos in solidum, *l. si mandatu* 59. §. *Paulus respondit* 3. *ff. h. t. l. amissi.* 52. §. *ult. ff. de fidejussoribus & mandat. l. reos principales* 23. *generaliter* 28. *C. de fidejuss.* ut tamen divisionis beneficium ipsis exemplo fidejussorum competat, si omnes solvendo sint, *l. ult. C. de const. pecun.* arg. *l. fidejuss.* 10. *pr.* junct. §. 1. *C. de fidejussor.* Costalius ad *d. l.* 59. *ff. h. t.* Pyrrhus Maurus *de fidejussor. par.* 2. *sect.* 6. *cap.* 5. *n.* 25. Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 24. *thes.* 13. Ad id, ut durante mandato necessaria mandans subministret, *si vero non* 12. §. *ult. ff. h. t.* eoque finito probet seu laudet, quæ gesta sunt; ac restituat impensas necessarias & utiles, una cum usuris, etiamsi necdum mora in restituendo facta sit, dum forsan ipse fœnori nummos accepit, aut eam, quam fœnori dederat pecuniam, repetiit, quo haberet, unde mandatum exsequeretur, *d. l. si vero non* 12. §. *si mihi* 9. *ff. h. t. l.* 1. *C. h. t.* nisi mandatarius salariarius sit, cum quo id actum est, ut de salario sibi constituto impendia in iter, exsequendi mandati gratia suscipiendum, ferat, *l. idemque* 10. §. *idem Labeo* 9. *ff. h. t.* Nec refert, utrum duret etiamnum impensarum utilitas, an casu aliquo fortuito utiles esse desierint, arg. *l. sed an ultro* 10. §. 1. *ff. de negot. gestis*, *l. quod si servus* 3. §. *unde recte* 7. *ff. de in rem verso.* Nec, utrum mandans ipse parcius erogaturus fuisset, an non; cum sufficiat, eum sumtus bona fide secundum suam fecisse conditionem, *l. quis alicui* 27. §. *impendia* 4. *ff. h. t.* Nec etiam, an negotio mandato finis sit impositus per mandatarium, an vero sine culpa sua id reliquerit imperfectum, *l. ita ut omnes* 36. §. *ult. l. qui mutuam* 56. §. *ult. ff. h. t.* nisi aliud ab initio actum sit: nam si fundum, qui per partes venit, emendum tibi mandassem, id ita, *ut non aliter mandati tenear, quam si totum fundum emeres*, & totum emere non potueris, in partibus emendis tibi, non mihi, negotium gessisse intelligeris, tuoque interim periculo partes emisse, *l. ita ut omnes* 36. §. *quod si fundum* 2. *ff. h. t.* Nec denique interest, utrum negotii ex mandato ad finem perducti optatus extiterit eventus, an contra votis ac spe mandans exciderit. Qua ratione, si contrariam procurator ad lites datus sententiam reportaverit, sumtus tamen probabili ratione in litem factos repetere potest, *l. etiamsi* 3. *C. h. t. l. qui proprio* 46. §. *pen. ff. de procurat.* eodemque inter alia niti videtur fundamento, eum, qui a reo criminis pecuniam, remissionis pro se impetrandæ gratia distribuendam, acceperat, & distribuerat, irrito successu, ad erogata reddenda haud esse compellendum. Confer Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 155. quod repetitum *part.* 4. *consil.* 80. Nisi forte hoc mandati genus rectius retuleris ad non obligatorum rei turpis mandatum, saltem secundum constitutionem Philippi Hisp. Regis. Holl. Comitis, qua cautum, illos qui convicti fuerint ad impetrandam homicidii remissionem pecunias numerasse, remissionis impetratæ carituros effectu, eumque, qui accepit, extra ordinem coercendum. *Ordonnantie op de Criminele justitie van Koning Philippus anno* 1570. *art.* 26. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1019.

11. Non aliter tamen mandatarius id, quod impendit, hac actione contraria recuperat, quam si, & quatenus, servavit mandati fines, hoc enim si excesserit, forte pluris emendo rem, vel in majorem quantitatem fidejubendo, quam mandato comprehensum erat, nec mandati nec negotiorum gestorum a-

ctione, quod amplius expendit, repellere potest, cum videatur inviti & prohibentis negotia gessisse, quo casu constat, non mandati tantum, sed & negotiorum gestorum cessare actionem, §. *is, qui exequitur* 8. *Inst. b. t. l. praterea* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 5. *l. rogatus* 33. *ff. b. t.* arg. *l. si pro te* 40. *ff. b. t. l. ult. C. de negot. gestis.* Si tamen res, quæ pluris emta est, etiam vere pluris valeat, non tenetur mandatarius eam aliter mandati præstare, quam si hic totum pretium, quod erogatum, refundere paratus sit, & mandatarius adhuc mandantis contemplatione rem pluris emerit; cum alioquin excedens mandati fines non mandatum executus esse, sed aliud quid fecisse, sibique potius, quam mandati, negotium gessisse censeatur, arg. *l. diligentes* 5. *ff. b. t.* Mandati autem fines excessisse non videbitur, qui mandatum implevit per æquivalens, quoties non interest mandati, an secundum formam mandato præfinitam, an eo, quo hunc impletum, modo finis negotio impositus sit, *l. diligenter* 5. §. *ult. l. si quis pro eo* 46. *ff. b. t.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 12. si enim interesset, adeoque non expediret mandanti, aliis præstationibus mandati executionem fieri, tantum abest, mandatario contrariam oportere actionem dari, ut potius ipse mandanti directa mandati actione teneatur ad id quod interest, servatos non esse mandati fines, *d. l. diligenter* 5. §. 1. 2. *d. l.* 46. *ff. b. t.* eoque pertinet facti species in *l. ult.* §. *ult. ff. b. t.* ubi cum mandatum esset, ut quis, pro Titio fidejuberet apud Sempronium, isque non fidejusserit, sed mandaverit, Titio credi, *teneri* dicitur mandanti scilicet actione contraria, tanquam talis, qui aliud egit, quam quod sibi mandatum est. Sim. van Leeuwen *in not. ad d. l. ult.* §. *ult. ff. b. t.*

12. Quod si quis ex mandato alterius, & in alterius utilitatem, impensas fecerit in rem suam, non integras recuperat, sed deducto eo, quanto melior ac pretiosior tali impensa res facta est, in reliquum tantum actionem dandam esse Celsus respondit, cum quidam Aurelius Quietus hospiti suo medico mandasse diceretur, *ut in hortis ejus, quos Ravennæ habebat, in quos annis omnibus secedere solebat, sphæristeria, & hypocausta, & quædam ipsius valetudini apta, suis impensis faceret*, *l. si quis mihi* 16. *ff. b. t.*

13. Ceterum præter impensas mandatarius etiam jure petit, se liberari ab obligatione, si quam forte mandati intuitu subiit: aut eam saltem in mandantem transferri, *l. si mandatu* 45. *pr. &* §§. *seqq. ff. b. t.* arg. §. *tutores* 2. *Inst. de oblig. quæ quasi ex contractu*; damna quoque sibi resarciri, quæ mandati occasione propriis in rebus perpessus est, si modo non casu, sed aliqua mandantis culpa id damnum evenerit, veluti si quis certum servum, puta Stichum, emi mandaverit, isque mandatario furtum fecerit; mandans enim id ipsum reparare compellitur, cum in culpa sit, quod non penitius in Stichi, pretio comparandi, conditionem inquisiverit, & justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum tale non suscepisset, *l. si servus communis* 61. §. *quod vero* 5. *ff. de furtis*, ad quod tamen damnum sarciendum non teneretur mandans, sed liberari posset servum noxæ dando, si servum in genere tantum, sine certæ personæ designatione, emi mandasset; cum casus plane fortuitus sit, quod mandatarius in servi furis emptionem inciderit: ac de tali mandato generali accipienda *l. inter causas* 26. §. *sed cum servus* 7. *ff. b. t.* in cujus fine dum *scientiæ* mentio injicitur, scientia talis videtur intelligenda, quæ demum post interpositum mandatum, servumque jam emtum, supervenit. Similiter, si quis mandati exsequendi causa profectus, a latronibus spoliatus sit, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit, mandatarii potius quam mandantis id damnum esse oportere Romanis visum fuit, tanquam casui magis quam mandato imputandum, *d. l. inter causas* 26. §. *non omnia* 6. *ff. b. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 7. *tit.* 19. *n.* 14. Sed hodie mandatario ex æquitate hic quoque succurrendum putant; cum æque ac in superiori casu, quo servi certi emendi mandatum habebat, *justissime procurator allegare possit, non fuisse se id damnum passurum*, si mandatum, & ex mandato iter non suscepisset, arg. *d. l.* 61. §. 5. *ff. de furtis.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 26. *defin.* 29. & *in rat. ad d. l.* 26. §. 6. *ff. b. t.* Groenewegen ad *d. l.* 26. §. 6. *ff. b. t.* parens p. memr. Paulus Voet *ad* §. 8. *Instit. b. t. n.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 385. *in med.*

14. Quicquid autem contrario judicio mandatarius repetere potest, id quin & jure compensationis sibi servare possit, si quam teneat mandantis pecuniam, dubium non est, secundum vulgata compensationis jura, arg. *l. in rebus* 18. §. *ult. ff. commodati*, *l.* 1. §. *præterea* 4. *ff. de contraria. tut. & utili act.* Joh. Papon *lib.* 6. *t.* 12. *in append. art.* 3.

15. Finitur mandatum morte mandantis, *l. mandatum* 15. *C. b. t.* §. *item si* 10. *Inst. b. t. l. ult. in fine ff. de solution.* Cum enim mandati implementum dependeat in universum a voluntate mandantis, qui omni tempore, sive re integra sive non integra, illud revocare potest, modo præstet mandatario id quod interest, adeo ut post revocationem mandati quandocunque factam mandatarius non ultra procedere queat in mandato exequendo, quia ut Ulpianus ait, extinctum est mandatum, finita voluntate, *l. si vero non* 12. §. *si mandavero* 16. *ff. b. t.* ratio dictat, id, quod ita a mera ejus dependet voluntate, etiam morte perimi, dum jam amplius velle non potest, qui mortuus est. Qua ratione, licet locatio ejus conditionis sit, ut & heredes locatoris locationi per defunctum factæ stare debeant, morte tamen locatoris evanescet, precario assimilata, si res elocata sit, *quoad is, qui eam locasset, vellet*, *l. locatio* 4. *ff. locati.* Quod si mandatarius secundum potestatem sibi concessam alii rursus idem negotium gerendum mandaverit, non primi mandatarii, sed primi mandantis morte extingui mandatum, & finiri officium substituti, tradit Ant. Faber *C. lib.* 2. *t.* 8. *defin.* 24. Berlichius *dec.* 274. *n.* 11. Joh. Papon *lib.* 6. *t.* 4. *art.* 15. Gratianus *dis. for. c.* 737. *n. ult.* Fallit tamen superior regula, si id mandatum sit, quod demum post mortem mandantis impleri potest, veluti monumentum sibi fieri, *l. si vero* 12. §. *ult. ff. b. t. haredi dari, haredi fundum emi*, in quantum nullius viventis hereditas, heres nullus est, *l. idem est* 13. *ff. b. t.* junct. *l.* 1. *ff. de hered. vel act. vend.* Confer Bachovium *ad Treutlerum vol.* 1. *disput.* 27. *th.* 6. *lit. c.* Uti &, si mandatarius ignorans mortem

mandantis, bona fide negotium ad finem perduxerit, quod tunc etiam ratum manet, nec subjacet rescissioni, *d.* §. 10. *Inst. h. t. inter causas* 26. *pr.* & §. 1. *ff. h. t.* (adde casum singularem in *l. si pater filio* 4. *ff. de manum. vindicta.*) Si actio mandata sit, *l.* 1. *C. de oblig. & act.* Cujacius *lib.* 2. *observ.* 31. Si quis officii sui nomine mandaverit, veluti præses, *l. venditor* 49. §. 1. *ff. de judic.* Si mandatum institori datum, quo is tabernæ vel negotiationi erat præpositus, quippe quod durat, donec per heredes præponentis revocatum fuerit, *l. si quis mancipiis* 17. §. 2. *ff. de Inst. act.* Adde *d. t. de Inst. act. n.* 3. Si ad mandatum stipulatio subsecuta sit, dum mandatu meo Titius a Mævio stipulatus est, sibi post mortem meam decem solvi, qui sensus est *l. ult. in pr. ff. de solution.* tali enim in casu quia me vivo Mævius stipulatus est, mandatum meum hoc ipso suum implementum habet; de cetero inter Titium, ex mandato meo stipulantem, sibi dari post mortem meam, & Mævium promittentem nulla ex mandato, sed tantum ex stipulatu obligatio est, quam morte tertii seu mandantis non magis quam stipulantis aut promittentis, evanescere, certum est. Denique, si tale quid mandatum sit, ad quod mandans jam ante alia ex causa obligatus erat, veluti si venditor, qui vacuam fundi possessionem emtori tradi mandaverat, ante traditionem secutam decesserit; in quantum recte post ejus obitum tradit mandatarius, sive ignoret mandantem esse mortuum, sive, cum id sciret, heredibus non prohibentibus emtorem in vacuam induxerit fundi venditi possessionem, *l. fundi venditor* 33. *ff. de acquir. vel amitt. possess.*

16. Morte quoque mandatarii mandatum extinguitur, quia personæ industria electa creditur, quæ in heredes cum bonis haud transmittitur, *l. si quis alicui* 27. §. *morte* 3. *ff. h. t. d.* §. 10. *Inst. h. t.* nisi quis, cessis sibi actionibus, in rem suam procurator constitutus sit, *l. illam subtilem* 33. *C. de donation.* adeo ut extra hunc casum exceptum heredes mandatarii nec negotia adhuc integra perficere queant, nec, si perfecerint scientes mandata atque ita aliena esse, ullam habeant mandati actionem, *d. l.* 27. §. 3. *ff. h. t.* Plane si negotia adhuc integra, probabili facti errore ducti gesserint, dum forte ea non mandata, sed defuncti propria & hereditaria esse putant, non modo utili actione mandati contraria ipsis succurrendum videtur, ne justa & probabilis ignorantia alioquin damnum adferat, arg. *d.* §. 10. *post med. Inst. h. t.* sed & summo jure valet, quod per heredes ita errantes actum est: quamvis verum sit, illud ob justam mandantis absentiam rescindi posse, si is implemento mandati per heredes mandatarii facto se læsum doceat, intentata actione Publiciana, non ea qua usucaptum fingit prætor quod vere necdum usucaptum est; sed potius altera, quæ frequentius rescissoria interpretibus dicitur, quaque ob justam absentiæ causam fingitur usucaptum non esse, quod vere usucaptum erat, *l. mandatum* 57. *ff. h. t.* junct. *l. in honorariis* 33. *in fine prin. ff. de oblig. & act.* modo observemus in *d. l.* 57. *ff. h. t.* pro *non utiliter* oportere legi *non inutiliter*, ut Gothofredus ibidem in notis post alios monet. Si quæras, cur ratum maneat, nec rescindatur, quod post mortem mandantis a mandatario ignorante actum est, ut supra monitum; rescindi ex adverso possit, quod post mandatarii obitum heredes ejus bona fide executi sunt? sciendum est, priore casu nullam occurrere æquitatis rationem, quæ rescissionem suadet, quia ex præscripto mandantis licet defuncti, mandatum implevit idem ille, cujus industriam mandans elegerat: at hoc in casu executi erant illi, quorum industria probata non fuerat, neque oportebat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum affici damno, *d. l.* 57. *in fine ff. h. t.* Priori casu si læsi sint mandantis heredes, est quod mandanti imputent, qui mandatario tali rem gerendam commiserat; posteriore nulla mandanti culpa imputari potuit, alio, cujus industriam non elegerat, negotiis se immiscente.

17. Revocatione quoque mandantis, nec non mandatarii renunciatione, mandatum solvitur, licet pactum de non revocando fuisset appositum, arg. *l.* 1. §. 45. 46. *ff. depositi*, utrobique quidem impune, si res adhuc integra sit, cum mandati actio tum directa tum contraria demum competat, ex quo, & in quantum, agentis cœpit interesse, §. *recte quoque* 9. & §. *mandatum* 11. *Inst. h. t.* junct. *l. si procuratorem* 8. §. *mandati* 6. *ff. h. t. l. si vero non* 12. §. *si mandavero* 16. *l. si quis alicui* 27. §. 1. 2. *ff. h. t.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 67. Re non integra, præstandum id quod interest, renunciationem, aut revocationem intempestive contigisse, *d.* §. 9. & 11. nisi justis ex causis mandatarius renunciet, quales sunt inimicitiæ capitales, adversa valetudo, absentia reipublicæ causa, aliæque similes, *l. si mandavero* 22. §. *ult. l.* 23. 24. 25. *l.* 27. §. 2. *ff. h. t.* aut nisi justa revocandi causa subsit, quo casu & procurator domini mandantis revocandi jus habet, *l. si hominem* 30. *ff. h. t.* atque etiam quandoque revocatio facta præsumitur, dum is, cui quis solvi mandaverat, conditionem seu statum mutavit, ex libero servus, ex cive deportatus, vel ex servo liber factus, *l. cum quis sibi* 38. *ff. de solution.* §. *item si adhuc* 10. *in fine Inst. h. t.* Henr. Kinschot *resp.* 56. *n.* 3. 4. 5. aut si quis diversis temporibus duos ad idem negotium constituat procuratores; in quantum posteriorem dando priori gestionem videtur ademisse, *l. si procuratorem* 31. §. *ult. ff. de procurat. cap. non injuste pen. extra, de procurat.* Adde *t. de procurat. n.* 24. *in fine.* Quin &, si quis foro cesserit, hoc ipso revocatum censeri mandatum, tum quod dedit foro cedens, tum quod ei suscipiendi datum est, dicendum videtur, arg. *l. vel exilio* 21. *ff. de procurator.* Mantica *de tacit. & ambig. conven. l.* 7. *t.* 22. *n.* 45. & *seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 16. Non tamen mandatum generale per subsecutum speciale, ut dictum latius *t. procurat. n.* 24. Nec regulariter mandatum in dubio præsumitur revocatum. Vide Mascardum *de probat. conclus.* 1017. & quæ scripsi *t. de procurat. n.* 24. Ceterum nullo modo revocari mandatum potest, si quis in rem suam procurator constitutus sit cessa sibi actione, arg. *l. procuratore* 55. *ff. de procurator.* vel, si ex mandato Titii Mævius a Sempronio stipulatus sit, cum eo casu & Mævius invito Titio actione ex stipulatu Sempronium convenire queat, & vicissim Sempronius invito Titio facere Mævio solutionem ejus, quod ex stipulatu debet, *l. ult. ff. de solution.* idemque est, si ex mandato delegatio subsecuta & ad finem perducta sit; cum ita mandans seu delegans in totum li-

beretur, & nova inter alios obligatio intercedat, §. pen. *Inst. quib. mod. toll. oblig.* Neostadius *Curia Holl. dec.* 38.

TITULUS II.

Pro Socio.

SUMMARIA.

1. *Quid sit societas? quo modo, & a quibus, iniri possit?*
2. *Quo modo societas tacite ineatur? cum societate non confundenda communio. Quæ veniant in tacitam societatem? Tacita universorum bonorum societas coiri nequit.*
3. *Quid sit publica, quid privata societas? & in quibus differant?*
4. *Quæ veniant in universalem societatem? ubi de dote filiæ, sumtibus in studia filii; & an non soluta societate socius unus tantum præcipiat, quantum propter alterius filium filiamve erogatum? Si aliquando ad patrem dotantem redeat dos data, an alteri socio pro rata communicari debeat? Quid juris, su unus sociorum ab uxore dotem acceperit, vel dotem ex pacto lucratus sit? An in universalem veniant turpia lucra? & an moribus probata sit universalis societas?*
5. *Quænam veniant in societatem simpliciter initam? quæ in societatem certæ rei vel negotiationis sive lucra sive damna? Quæ in societatem navigandi communi periculo, & de societate Indiæ Orientalis & Occidentalis, remissive.*
6. *Quæ res in societate ipso jure communes fiant, quæ communicandæ sint? An communicatæ, si eas socius retulerit in rationes societatis?*
7. *Rei turpis & maleficiorum nulla societas est. Quid juris, si occasione honestæ societatis alter sociorum lucra turpia captaverit, & alteri socio scienti vel ignoranti communicaverit, ac postea ad restitutionem aut pœnam damnetur?*
8. *Quales lucri & damni partes ferant socii ex natura societatis? Omnia pacta circa lucrum & damnum sustineri debere, quibus leonina societas evitata est, nominatim; ut unus ferat partem lucri, de damno non teneatur. Apparente tamen enormi læsione per pactionem aut arbitrium tertii, locus est remedio l.* 2. C. de rescind. vend.
9. *Actio pro socio plerumque datur finita societate; quandoque & ea durante.*
10. *Per actionem pro socio tantum petuntur præstationes personales, neutiquam rerum ipsarum communium divisio.*
11. *Ad præstationes personales pertinet rationum redditio. Hæc ab initio non potest pacto remitti. Quando, & quibus temporibus peti possit, maxime, si unus socius omnia tractet?*
12. *Huc etiam pertinet lucri & damni communicatio; cautio de lucro & damno futuro communicando. An socius teneatur, si acquirendi conditione usus non sit? An lucrum cum damno pensandum, si in quibusdam diligentia maxima profuerit, in aliis negligentia summa nocuerit? Præstat culpam levissimam, si in suis diligentissimus sit; vel præter operam insuper artificium promiserit ad explicationem* l. 52. §. 2. ff. h. t.
13. *Petitur & restitutio impensarum una cum usuris; ubi & de privilegio retinendi rem communem pro impensis in eam a socio factis; qua occasione definitur per distinctiones, an singuli socii in solidum, an tantum pro parte conveniri possint ex contractibus nomine societatis celebrati: & quid moribus obtineat?*
14. *An socii ære alieno nomine societatis contracto obligentur; si pecunia societati credita in arcam communem versa non sit, itidem distinctione explicatur.*
15. *An socius derelinquendo suam partem societatis liberari possit ab onere æris alieni, ad quod nomine societatis devinctus est, etiam per distinctionem declaratur.*
16. *Petitur etiam ut socius reliquis restituat, quod supra suam partem nomine societatis accepit. Et an socius unus a debitoribus societatis solidum petere possit, vel hi tuto uni socio solidum solvere?*
17. *An socius moram faciens in restituenda pecunia societatis aut lucris societati communicandis, vel nummos tales in suos usus convertens, ad usuras condemnandus sit, distinctione definitur, ad explicationem* l. 60. ff. h. t.
18. *Agitur quoque ad id ut liceat uti re secundum primam sociorum intentionem, & ne quid novi fiat contra eam: item ut præstentur quæ singularibus pactis placuerunt: explicatio* l. 69. ff. h. t.
19. *An socius, qui præcipue vel solus negotia societatis gessit, salarium pacisci, aut viri boni arbitrio consequi possit?*
20. *Socii inter se gaudent beneficio competentiæ tam particulares quam universales. Quando illud cesset? & quid moribus?*
21. *Singulare est, quod unus ex pluribus sociis suam partem integram adeptus a socio debitore societatis communicare id reliquis teneatur, si illi solidum consequi ab eo nequeant; & si unus sociorum impendia per alterum facta restituere nequeat, id reliquos pro rata gravat.*
22. *Si socius unus, qui nomine societatis plusquam suam partem consecutus est, foro cesserit, reliqui socii in rebus & creditis societatis potiores sunt aliis sociis foro cedentis creditoribus.*
23. *De fine societatis per mortem socii; quo usque hac in parte societas vectigalium differat a privata? An testator heredem damnare testamento possit, ut in societate perseveret? Heres socii, si non sit adscitus, an, & quo usque emolumenti successor sit, & quid distet hic publica vectigalium a privata? Qualem culpam præstet heres socii in perficiendis a defuncto incohatis? Quid juris, si socius quædam gesserit ignorans mortem socii?*
24. *Nemo potest invitis sociis ceteris alium suo loco substituere: renunciare tamen potest societati expresse vel tacite. Quid juris, si callide, vel intempestive renunciaverit? & an renunciari possit societati vectigalium?*
25. *Quo modo renunciatio fieri possit? an & procuratori? An procuratori socii? an, & quomodo absenti socio? An sufficiat renunciationem privatim fieri, an vero publice facienda sit, distinctione explicatur.*
26. *Finitur societas finito negotio, publicatione bono-*

rum, ac cessione. Quid juris, si servus socius alienetur, vel socius ex patrefamilias fiat filiusfamilias, aut vice versa?

27. *Finita societate, pro qua parte res redeant ad socios, maxime, si unus operam, alter pecuniam contulerit?*

28. *An cum actione pro socio concurrere possit actio furti contra socium; & an una intentata alteram perimat?*

1. SOcietas est contractus juris gentium, bonæ fidei, consensu constans, super re honesta de lucri & damni communione. Quam inire possunt omnes liberam habentes rerum suarum administrationem, idque vel simpliciter, vel ad certum tempus, *l.* 1. *l. si convenerit* 14. *l. actione* 65. §. *item qui* 6. *ff. h. t.* vel in perpetuum, id est, dum vivunt, *d. l. ff. h. t.* (non tamen in æternum *l. nulla societatis* 70. *ff. h. t.*) ac non pure tantum, sed & ex die vel sub conditione; licet de eo olim disputatum fuerit: quia olim solemnis mancipatio ad communionem rerum inter socios faciendam erat necessaria, quæ actibus legitimis adnumerata vitiabatur per temporis vel conditionis adjectionem, *l.* 1. *ff. h. t. l. pen. C. h. t.* junct. *l. actus legitimi* 77. *ff. de reg. jur.*

2. Dividitur primo in expressam, quæ expressa conventione fit, & tacitam, quæ re contrahi dicitur, dum rebus ipsis & factis, simul emendo, vendendo, lucra & damna dividendo, socii ineundæ societatis voluntatem declarant, *l. societatem coire* 4. *ff. h. t. l. cum proponas* 2. *C. h. t.* Ut tamen non omnis rerum inter plures communio societatem pariat: nam, ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet, adeoque conventionem ac voluntatem sociorum, unde & societas voluntarium consortium appellatur, *l. cum duobus* 52. §. *idem Papinianus* 8. *ff. h. t.* Nec sufficit rem esse communem, dum communiter res agi potest etiam citra societatem, ut puta, cum non affectione societatis incidimus in communionem; quod evenit in re duobus legata, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obveniat, aut a duobus separatim emerimus partes eorum, non socii futuri, aut, cum nollemus inter nos contendere, inflando pretia mercedesve rerum auctione publica vendendarum vel locandarum, per nuncium rem in commune emimus conducimusve, *l. ut sit pro socio* 31. *& seqq. ff. h. t.* §. *item si inter instit. de oblig. quæ quasi ex contractu.* Illud interim inter expressam & tacitam societatem interest, quod in expressam & ea veniunt omnia de quibus actum est, quandocunque illa, quæ actibus istis, quibus tacitus declaratur in societatem consensus, necessario includuntur, ac inde dependent; quod absurdum esset, ex facto colligere consensum in ea, quæ necessariam cum eo facto non habent connexionem, arg. *l. ult. C. ne uxor pro marito.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 85. *num.* 15. *& seqq.* Cui conveniens est, consensu tacito ac re iniri non posse universalem totorum bonorum præsentium ac futurorum societatem, unde & in *l. ea vero* 3. §. 1. *ff. h. t.* Jurisconsultus ait, cum *specialiter* omnium bonorum societas coita est, tunc, & hereditates & legata & quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum est, communioni acquiri, dissent. Fachineus *controv. lib.* 12. *c.* 14.

3. Alia insuper societas publica est, alia privata. Publica dicitur vectigalium societas, dum plures simul vectigalia & alia similia commoda fisco obvenientia a fisco conducta habent. Privata, quæ de rebus privatorum inter privatos initur, *l. societates* 5. *pr. l. adeo morte* 59. *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* adde Car. Sigonium *de antiquo jure civ. Roman. lib.* 2. *cap.* 4. *post med.* Quæ duæ species, in quibus inter se distent, prolixe tractat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8.

4. Est & vel universalis totorum bonorum, vel particularis. Universalem appellant, in quam omnia veniunt mobilia, immobilia, corporalia, incorporalia, præsentia & futura, hereditates, legata, donationes, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. 3. *l. si societatem* 73. *pr. ff. h. t.* omne lucrum, & onus omne, omneque damnum, quod sine dolo, lata ac levi culpa sociorum uni incumbit aut supervenit, adeoque etiam alimenta, sumtus in studia, vel in honorem, dotes, & alia similia liberis unius socii suppeditata, licet alter nullos liberos habeat, in quorum usum talia venirent vicissim eroganda; uti id aperte cautum *l. si societatem* 73. *ff. h. t.* in qua non tam pactio peculiaris societati totorum bonorum adjecta proponitur, quam potius formula plenior, qua universalis societas contrahi solita; sive enim id agatur, ut *universarum fortunarum societas sit*, sive convenerit, *ut quicquid erogaretur vel quæreretur communis lucri atque impendii esset*, nil præter diversum verborum sonum interest. Firmatque hanc sententiam, quod socius universorum bonorum, qui quid ob injuriarum actionem damnatus præstiterit, ex communi consequi debeat, si injuria judicis, non ob maleficium suum, damnatus sit, *l. cum duobus* 52. §. *ult. ff. h. t.* quodque a Scævola responsum, filium reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hereditaria reputare non posse, *si non in omnibus socii essent*, *l. ex parte* 39. §. *filius* 3. *ff. famil. ercisc.* unde a contrario, si bonorum omnium socii fuissent, communioni hoc æris alieni onus imputandum foret. Prolixe Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 6. *cap.* 20. Jacob. Coren *consil.* 18. *num.* 8. *& seq. ad num.* 18. *& num.* 26. 27. Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 127. *num.* 3. Wissenbac *ad Pand. h. t. num.* 24. Neque iis, quæ de dote filiæ ex communi præstanda diximus, repugnat, quod videatur pacto speciali opus est, ut filiæ vel prima vice vel iterato nubenti dos de communi constituatur, *l. si socius pro filia* 81. *ff. h. t.* cum in ista lege non de universali totorum bonorum societate tractetur, nec ulla ejus mentio fiat, sed magis de particulari, cui inter alia pactum appositum, *ut de communi dos constitueretur.* Minus adversatur, quod dotis datio, ac subministratio sumtuum in studia, ad liberalitatem ac donationem pertineat; de suo autem, non de alieno unumquemque largiri æquum sit, l. *debet autem* 27. *ff. de adilit. edict.* Considerandum enim, dotem a patre filiæ dandam minus recte, ac improprie admodum ad liberalitatem referri; cum & legis & judicis necessitate compulsi parentes cogantur dotem pro sua dare progenie, *l. capite* 19. *ff. de ritu nupt. l. ult. C. de dotis promissione*; (adde *t. de jure dot.*) at nemo in necessitatibus liberalis existit; *l. rem legatam* 18. *ff. de adimend. legatis.* Eo quod attinet ad sumtus in studia, nec hi ad simplicem donationem jure

reducuntur, sed propius ad alimenta liberis præstanda accedunt, ac naturalem in se continent præstationis æquitatem pietatemque, atque ita vinculum quoddam obligationis naturalis habent, licet nulla liberis ad eorum exactionem contra parentes actio sit. Adeo autem verum est, universali societati hæc aliaque impendia similia imputari, ut nec societate finita deduci queat ante divisionem ab altero, liberos non habente, quod alter ex causis istis in liberos proprios erogavit. Cum enim hereditates, legata, donationes ita jure societatis communes fiant, ut societate diremta eas jure præcipui non deducat is, ex cujus latere obvenerunt, sed æqualiter cum rebus ceteris inter socios pro rata dividendæ sint; absurdum esset, damni ex uno latere citra culpam levem evenientis aut oneris a natura vel lege impositi intuitu ullam ab altero fieri præceptionem; tum quia damni lucrique par ratio est in societate, quoties non aliud nominatim actum est, §. 1. & 3. *inst. h. t. de societ.* tum quia secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem & incommoda sequuntur, ac vice versa, *l. secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris.* tum denique, quia ab initio socii in societate universali incertæ sese spei committunt. Fachineus *controv. libr.* 8. *cap.* 4. dissent. post alios Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 45. 46. Si tamen dos vel durante societate universali, vel ea finita, iterum alio casu ad patrem socium dotantem revertatur, societati eam rursus cedere æquum foret. Cum enim jus illud, ex quo dos etiam post dissolutam societatem ad patrem redit, ex ipsa dotis numeratione, quæ stante societate contigit, originem ac causam trahat, atque adeo durante societate jam natum ac societati quæsitum fuerit, si non re ipsa, at saltem spe; necesse est, reversam quandocunque ex illo jure dotem inter quondam socios, velut rem societatis, communicari dividique pro rata, *l. si socius pro filia* 81. *ff. h. t.* arg. *l. cum emancipati* 2. §. *id quoque* 3. & 4. *ff. de collation.* eodem modo, quo & inter socios universales dividenda illius dos, quam unius eorum ab uxore sua acceptam vi pacti dotalis aut aliter, soluto matrimonio lucratus est, *l. quod si eo* 66. *ff. h. t.* Jac. Coren. *consil.* 18. *num.* 16. licet divisio non sit facienda, sed socius maritus eam de communi præcipere debeat, si stante adhuc matrimonio societas distrahatur; non alia de causa, quam quia post dissolutam societatem solutum maritum socium sequitur onus personale matrimonii; natura autem æquum est dotem illic esse ubi onera matrimonii sunt, quippe ad quæ sustentanda dos data fuerat, *l. actione* 65. §. *ult. l.* 66. *ff. h. t.* junct. *l. si is, qui Stichum* 56. §. 1. 2. *ff. de jure dot. l. si maritus* 46. *ff. famil. ercisc.* Plane, neque turpia lucra, neque damna, quæ socius unus dedit aut passus est suo dolo lata vel levi culpa, dum injuriarum vel furti vel adulterii convictus & damnatus fuit, vel alea aut luxu perdidit, in universalem veniunt societatem, *l. cum duobus* 52. §. *ult. l. adeo morte* 59. §. 1. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 20. 21. Ceterum universalem omnium bonorum, tam futurorum quam præsentium, societatem jam olim in Hollandia fuisse reprobatam, si eam excipias, quæ vi statuti inter conjuges obtinet, a Grotio notatum est, *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 5. 6.

5. Particularis societas vel simpliciter initur, ut nulla certarum rerum aut negotiationis certæ mentio fiat, aut ex adverso de re certa, vel certa rerum quarundam universitate, certave specie negotiationis. In eam quidem, quæ simpliciter initur, omnia illa veniunt, quæ ex industria & labore sociorum acquiruntur, & *quæstus* appellatione continentur; ac vice versa illud æs alienum, quod ex quæstu pendet, non damna alia rebus ipsis sociorum casu vel per tertium illata, nec hereditates, legata, donationes, quoties aliam ob causam, quam industriam, veluti ob sanguinis vinculum & affectionem uni socio acquiruntur, *l. coiri societatem* 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. *l. duo societatem* 61. §. *ult. ff. h. t. l. aditio* 45. §. 2. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* Jac. Coren *consil.* 18. *numer.* 18. & *seqq.* Adde quæ scripsi *tract. de familia ercisc. cap.* 4. *numer.* 11. & *seqq.* & quæ dicentur de communione omnium bonorum, ac communione quæstuum inter conjuges ex usu hodierno, *tit. de pact. dotal.* Quod si de re certa vel certa specie negotiationis vel certa rerum universitate, societas contracta sit, nulla in eam veniunt lucra aut damna, præter ea, quæ rerum istarum certarum aut certæ negotiationis intuitu obvenerunt: aliunde quæsita quisque sibi retinet, uti damna solus fert. Quo fundamento responsum, explorati juris esse, etiamsi maxime argentaria societas sit, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quæsivit, ad communionem non pertinere. Nec in communionem redigendum, quod aliunde fratres quæsiverunt, cum parentum indivisas hereditates ideo tenuissent, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, *l. cum duobus* 52. §. *cum duo* 5. & §. 6. *ff. h. t.* Sed &, si socius certæ negotiationis res quasdam ex pecunia societatis sibi soli comparasset, eas nec communes fieri nec communicandas esse; frequentius placuit, nisi res tales essent, quæ ad ipsam illam, de qua societas contracta fuerat, spectabant negotiationem, arg. *d. l.* 52. §. 5. & 6. *ff. h. t.* junct. *l. si ex ea* 6. *C. de rei vindic.* Hector Felicius *de societate cap.* 14. *num.* 74. & *seqq.* Ex adverso cum sagariam quidam negotiationem coivissent, & alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidisset, pecunias & res alias communes & proprias perdidisset, ipse & servi ejus vulnerati essent, & ob id in Medicos debuisset impendi, Juliano ac Ulpiano placuit, damnum commune fore tam pecuniæ quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius, nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur, *d. l. cum duobus* 52. §. *quidam sagariam* 4. *ff. h. t.* Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 27. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 324. *potius* 224. *pag. mihi* 604. Quæ porro damna veniant in societatem navigandi simul communi periculo, (*als verscheyde Scheepen te sumen varende Admiraal schap maken tot gemeene vervveringe*) & ad quid quisque ex istius societatis jure alteri obligetur, definitum est *placito Ordin. General.* 1. *Sept.* 1643. & *aliis pluribus anterioribus, quæ exhibentur vol.* 1. *placitor. pag.* 876. *art.* 37. & *mult. seqq.* item *placito anni* 1652. 26. *Aprilis d. vol.* 1. *pag.* 907. Adde Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 8. *cap.* 22. Quæ insuper Jura sint societatis Indiæ Orientalis, petendum ex variis placitis, quorum catalogus est *vol.* 3. *placit.*

pag. 1306. *& seqq. ad pag.* 1329. quæ Indiæ Occidentalis, docent placita recensita *d. vol.* 3. *pag.* 1329. *& seqq.*

6. Illud sciendum est, corporalia quidem tempore societatis initæ penes socios reperta, ipso jure citra veram traditionem fieri sociorum communia, postea vero quæsita communicanda esse; incorporalia omnia, potissimum actiones, tum tempore societatis initæ quæsitas, tum postea quærendas, mediante demum cessione communicari, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. 3. *l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *numer.* 11. Ut tamen intelligantur res in societate communicatæ, si eas emtas socius retulerit in rationes societatis, arg. *l. quod autem* 53. 54. junct. *l.* 55. *ff. h. t.* ubi id, quod una in lege dicitur in *medium collatum* & ita commune factum in altera dicitur *in societatis rationes collatum.* Jacobus Coren *obs.* 25. *n.* 49. *& seq.*

7. Versatur societas circa res honestas, non turpes: neque enim ulla maleficiorum, veluti furti, direptionis, societas, nulla doli communio est, *l. nec prætermittendum* 57. *ff. h. t. l.* 1. §. *plane* 14. *ff. de tut. et ration. distrab.* Hinc nec socius recte petit, in societatem conferri ea quæ per alterum socium scelere parta sunt; nec qui ex delicto, de quo societas coita fuerat, in pœnam damnatus est, jure desiderat damni ex maleficio communionem, *d. l.* 1. §. 14. *ff. de tut. et rat. distrab. l. nec prætermittendum* 57. *ff. h. t.* Si tamen, cum ab initio rei honestæ & licitæ societas coita esset, unus ex sociis nonnulla turpiter quæsita sponte sua in medium contulerit, hactenus alteri cedunt socio, ut conferens ea repetere nequeat, nisi cum ipse ad restitutionem damnatus est; quo casuis, qui turpe lucrum sciens ex communicatione admisit, non rem tantum restituit, sed & pœnæ partem agnoscere tenetur, quoties in pœnam alter damnatus est; quia æquum est, ut, cujus lucrum, participet & damnum; ad quam pœnæ communionem non teneretur, si ignorans inhonesti lucri suscepisset portionem, *l. quod autem* 53. 54. 55. 56. 57. *ff. h. t.*

8. Præcipue vero ad societatis substantiam pertinet communio lucri & damni, adeo ut, ubicunque ea esse nequit, ibi nec societas sit. Quo fundamento reprobata societas, qua id agitur, ut alter lucrum tantum, alter tantum damnum sentiret, quamque Jurisconsulti nostri *leoninam* dixerunt: quippe in qua neque lucri neque damni ulla communio est, *l. si non fuerint* 29. §. 2. *ff. h. t.* Extra quem casum reliqua omnia de lucri & damni partibus cuique cessuris ex libera sociorum dependent voluntate; quippe qui, licet tunc, cum nihil de partibus lucri damnique convenit, pro rata ejus, quod quisque contulit in societatem, partes lucri & damni ferant, §. *& quidem* 1. *instit. h. t. d. l. si non fuerint* 29. *pr. ff. h. t.* junct. *l. si societatem* 6. *l. quid enim* 80. *in fine ff. h. t.* recte tamen paciscuntur, ut neglecta utrinque collatorum proportione, aliæ cuique cedant lucri partes, non modo, ubi unus operam, vel præter rem operas confert, sed cum utrimque rerum collatio facta est; sic ut secundum collatorum proportionem alia, alia ex pacto lucri ac damni divisio facienda sit, ac vi pacti plus ex lucro capiat, qui minus in rebus aut operarum præstandarum æstimatione contulit; minus lucretur, qui contulit plus. Si enim non nisi pro rata, qua operæ ex uno latere collatæ valent, disparitas pacto speciali induci potuisset, nihil sane prodesset pactio; quippe extra quam ex ipsa juris dispositione pro rata rerum aut operarum in societatem collatarum, lucra & damna cuique acquiri ac quemque gravare debent: neque tunc satis apte Imperator inter se opposuisset juris communis dispositionem, & pacta specialia societati apposita, quibus id jus commune immutatur, cum ait, *si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales partes in lucro & in damno spectari: quod si expressæ fuerint partes, has servari debere*, §. 1. *Inst. h. t.* uti pro hac sententia argumentatur Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 53. Quam & moribus hodiernis invaluisse post alios allegatos ibidem in fine testatur; nec satis jura commerciorum & societatis inter mercatores intellexisse illos, qui hic aliam fovent opinionem, scripsit Hugo Grotius *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. *revera* 203. *numer.* 3. *pag. mihi* 541. Cui consequens est, ut pactum sustineri debeat, quo id agitur, ut unus duas lucri partes ferat, damni unam; ut alter conferat operam, alter pecuniam, lucrum commune sit; vel ut unus conferat operam, alter pecuniam, lucrum & damnum commune sit, atque ita periculum sortis per unum collatæ ad eum quoque spectet, qui operas confert, denique ut unus ferat lucri partem, de damno non teneatur. Quo casu postremo licet conventio videatur prima specie tantum lucri non vero damni communionem inducere, contra naturam societatis; non tamen ita est, eo quod isto in casu non aliud in lucro esse intelligitur, quam quod superest pensato omni damno, ac proinde idem ille, qui secundum verborum corticem a damni onere videri poterat immunis esse, tamen interveniente hac lucri cum damno pensatione, damni quoque communionem re ipsa subit, §. 1. 2. 3. *Inst. h. t. l. si non fuerint* 29. *pr. &* §. 1. *l.* 30. *ff. h. t.* Abr. a Wessel *de connub. societ. tract.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. 12. 13. Et licet forte per speciales hujusmodi a jure communi recedentes de lucro & damno pactiones subinde sociorum alteruter læsionem quandam sustineat, & conditione meliore in societatem admittatur, qui pro collatorum proportione vel paris vel deterioris debuisset conditionis esse, non tamen eo superiore evertitur probata a Justiniano paciscendi licentia; cum ratio nulla sit, cur non in societate æque, ac in emtione, permutatione, similibusque aliis liceret contrahentibus in pretio, aut rebus permutandis, se invicem circumvenire, convenienter *l. in causæ* 16. §. *idem Pomponius* 4. *ff. de minor.* 25. *annis.* Dummodo id unum caveatur, ne enormis alterutri socio ex tali pactione, a jure communi remota, læsio inferatur; quippe quo casu locus foret remedio *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* ut illo titulo latius dicendum erit. Nam &, si in arbitrium tertii certi in societate contrahenda partium lucri & damni determinatio collata fuerit, quod utique per leges licet, sed arbitrium arbitri ita pravum sit, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi debet judicio bonæ fidei, *l. societatem mecum* 76. 77. 78. 79. 80. *ff. h. t.* Et secundum hæc cum Hugone Grotio *inter Responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 303. *revera* 203. *num.* 2. 3. *pag. mihi* 541, & Arnoldo Vinnio *d. lib.* 1. *cap.* 53. *in fine*, accipienda videntur Ulpiani verba in *d. l.* 29. §. 1. cum ait, ita

demum valere conventionem illam (ut nempe lucrum commune sit, de damno alter non teneatur) *si tanti sit opera, quanti damnum est*, non quod æqualem & mathematicam proportionis æqualitatem inter socios præcise exigat, sed quod nimiam inæqualitatem reprobet, in qua manifesta iniquitas & læsio enormis appareret. Societatem quidem donationis causa non recte contrahi, ab eodem Ulpiano admonemur, in *l. societates* 5. §. *ult. ff. h. t.* Sed & idem docuit, venditionem non valere, quoties in totum venditio donationis causa facta est, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. empt.* Ceterum, uti venditio valet, si quis rem donationis causa minoris vendat, teste eodem Ulpiano in *d. l.* 38. ita, cur non in societatem socius quoque plus conferens deteriore conditione donationis causa admitti desideret, ratio diversitatis sufficiens in promptu non est.

9. Ex hoc contractu actio pro socio nascitur, utrimque directa & ob dolum aut culpam latam infamans, §. *ex quibusdam* 2. *Instit. de pœna temere litig. l.* 1. *ff. de his qui not. infam.* quæ plerumque quidem finita demum societate locum habet adeo ut renunciandum sit societati, quæ nondum extincta erat, si quis hac velit actione experiri, imo unusquisque, dum hac contendit pro socio actione, eo ipso intelligatur societati renunciasse, arg. *l. tam diu* 5. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 8. *n.* 10. Quod tamen non aliter verum est, quam si judicium pro socio per unum sociorum ideo dictatum fuerit, ut societas distrahatur, *l. actione* 65. *pr. ff. h. t.* cum alioquin nihil vetet, quo minus etiam manente societate pro socio agatur, dum & in publica vectigalium & in privata societate propter varios contractus aliasque causas neutri sociorum expedit recedere a societate, *d. l. actione* 65. §. *pen. ff. h. t.*

10. Datur hæc actio socio contra socium, heredi & in heredem, quippe qui, licet socii non sint, tamen emolumenti successores sunt, *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* Non tam ad ipsarum rerum communium divisionem, quam potius ad præstationes personales, *l.* 1. *ff. communi divid.* Cum enim actio pro socio tantum in personam sit, tendere non potuit ad ea, quæ non obligationis, sed juris in re, effectus sunt. Etenim, quisque rerum communium desiderat divisionem, non aliud petit, quam ut sibi soli rem suam, hactenus cum alio pro indiviso communiter habitam, in posterum pro diviso habere liceat; atque ita tantum vindicat suam partem ex re communi, ad quod apprime conducebat actio communi dividundo, mixta, primario in rem ac pro rei vindicatione comparata, ut latius expositum *tit. finium regund. num.* 4. Unde &, cum in rerum ipsarum communium divisionibus semper per adjudicationes negotium explicandum esset, sive res tota individua uni cederet, sive singulis rerum dividuarum partes ex divisione obvenirent, in actione tamen pro socio adjudicationes reprobatæ sunt, & definitum, solam *nominum*, id est, obligationum & præstationum personalium rationem habendam esse, *l. si actum sit* 43. *ff. h. t.* Ac proinde actio pro socio in eo quidem cum actione communi dividundo juris ejusdem ac potestatis est, quod utrobique personalium præstationum persecutio fiat, *l. pro socio arbiter* 38. §. 1. *ff. h. t.* quo etiam solo intuitu actionem communi dividundo in personam esse, probatum est, *tit. finium regund. num.* 4. ideoque una ex his intentata alteram perimit, quatenus is, qui primo egit actione communi dividundo, atque ita modo rerum divisionem, sed & præstationum personalium partem obtinuit, postea agens actione pro socio tanto minus consecuturus est, *d. l.* 38. §. 1. *d. l. si actum sit* 43. *ff. h. t.* sed in ceteris dispar harum actionum ratio & effectus est, quod nempe per judicium communi dividundo præter præstationes personales amplius rerum ipsarum divisio impetretur; non item per hanc pro socio actionem. Nec repugnat *l.* 2. *ff. communi divid.* utpote quæ reddens rationem, cur necessarium fuerit communi dividundo, judicium, *quia* scilicet *pro socio actio magis ad personales invicem præstationes pertinet, quam ad communium rerum divisionem*, non aliud vult, quam, actionem pro socio neutiquam tendere ad rerum communium divisionem; cum alioquin ista ratione non potuisset evinci necessitas actionis communi dividundo; quippe, quam nemo recte necessariam dixerit, si & actione pro socio communium divisio potuisset obtineri; eoque sensu vocem *magis* in jure nostro sæpius usurpari, patet ex *l. si forte* 6. §. *hæc autem* 3. *ff. si servit. vind. l. si quis absentis* 5. §. *is quoque* 3. *ff. de oblig. & act.* §. *is quoque* 1. *Instit. quib. mod. re contrah. obl.* §. *pen. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr. l. si vero non* 12. §. *cum quidam* 12. *ff. mandati.* Confer Vinnium *select. quæst. libr.* 1. *cap.* 56.

11. Ad præstationes autem personales, in hoc *pro socio* judicium venientes, pertinet, ut socius reddat rationes administrationis, si quid societatis intuitu ab eo gestum sit, aut geri debuerit, eumque in finem ipsum quoque librum rationum edat *l. quædam sunt* 9. *pr. ff. de edendo.* Hector Felicius *de societate cap.* 38. *nu.* 41. 42. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 127. sive solus omnia tractaverit, sive plures partitis per varias regiones aut tabernas operis seorsim singuli curæ partem subierint; quo casu adeo ad reddendas sibi invicem rationes obstricti sunt, ut nullus ab altero eas exigere queat, si non & ipse reddiderit, aut saltem obtulerit rationum redditionem, arg. *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. de act. empti l. cum proponas* 21. *C. de pactis.* Hector Felic. *d. tract. de societ. cap.* 37. *num.* 11. 15. 16. Wassenaar *pract. jud. c.* 10. *num.* 15. Quam etiam, licet finita societate remitti socio liberum sit, ad exemplum tutorum, arg. *l. Aurelius* 28. §. 3. & 4. *l. ult.* §. *Titia* 2. *ff. de liberat. legata*; tamen ab initio, tempore eo quo societas initur, remissionem talem fieri non magis socio posse, quam tutoribus cum ad tutelæ gestionem vocantur, merito visum est, tum arg. *l. ita autem* 5. §. *Julianus* 7. *ff. de admin. & peric. tut.* tum quia nulla conventione dolus in futurum remitti potest; quod tamen fieret, si a rationum redditione statim ab initio immunes essent, arg. *l. si unus* 27. §. *illud nulla* 3. *ff. de pactis.* Hect. Felic. *d. tract. cap.* 37. *num.* 17. Et quamvis, durante societate, non singulis momentis socius administrator rationum solemniter reddendarum onere ac necessitate gravandus videatur, sed magis finita societate, vel ea durante singulis annis aut talibus temporibus, quibus id ex usu mercatorum aut regionis fieri assuevit; tamen si bona fide & sine calumnia socii reliqui frequentibus inquirant, quo loco societatis res sint, sum-

matim id iis videtur explicandum. Vid. Hect. Felic. *d. tract. de societ. cap.* 37. *num.* 59. 60.

12. Praeterea inter personales praestationes hac actione petendas & illud est, ut socius socio lucra communicet, damna reparet, non tantum dolo & lata, sed & levi, non item levissima culpa vel casu, societati illata, *§. ult. Instit. h. t. l. cum duobus* 52. *§.* 2. 3. 4. *ff. h. t.* cautionem quoque de damno vel lucro imminente communicando interponat, dum societatis occasione adhuc lucra sperantur, damna metuuntur, obligationes societatis intuitu contractae, ex quibus societati debetur vel ipsa debet, ex incerta conditione suspensae sunt, *l. omne aes alienum* 27. *l.* 28. *ff. h. t.* Nec interest, utrum res communis sua culpa corruperit aut perdiderit socius, an conditione acquirendi usus non sit; cum & ad lucrum captandum societas ineatur. Mudaeus ad *l. nemo ex sociis* 68. *§.* 1. *ff. h. t.* Ant. Matthaeus *de obligat. disp.* 23. *thes.* 13. *in fine.* Non etiam refert, an sola socii negligentia culpari possit, an vero, cum in quibusdam negligentior fuisset, in plerisque aliis diligentia summa auxerit societatem; eo quod non placuit, hic diligentiae cum negligentia compensationem fieri, sed magis ex negligentia socium omnino teneri, *l. de illo* 23. *§.* 1. *l. non ob eam* 25. *l.* 26. *ff. h. t.* Quae licet hodie mutata velit Groenewegius ad *l.* 23. *§.* 1. *ff. h. t.* tamen, cum nulla certa aequitatis ratio pro hac militet mutatione, magis juri Romano standum puto cum Ant. Matthaeo *de obligat. disput.* 23. *thes.* 15. Quin imo, si socium suis in rebus diligentissimi patrisfamilias officia implere solere in aperto sit, vix dubium esse potest, quin & in rebus societatis ad exactissimam diligentiam praestandam obstringatur, dum fraude non caret, minorem rebus alienis curam adhibens, quam suis, arg. *l. quod Nerva* 32. *ff. deposit.* Idemque est, si non simplicem operam sed artificium socius promiserit ad societatem promovendam, arg. *l. item quaeritur* 13. *§. si gemma* 5. *l. si merces* 25. *§. qui columnam* 7. *ff. locati*. Quod & Ulpianum, tametsi verbis obscurioribus, velle puto in *l. cum duobus* 52. *§. utrum* 2. *ff. h. t.* cum tractans de eo, qui artem operamve pollicitus est, dum pecus in commune pascendum, aut agri politori (fundos excolere & polire solito) dati erant in commune quaerendis fructibus, ait, *nimirum ibi etiam culpa praestanda est*, puta, omnis, tanquam quid singulare praeter communes societatis regulas inductum; addita ratione, *quia pretium operae artis est velamentum*, hoc est, ut ego existimo, quia artis velamentum, accedens operae, est, seu auget pretium operae, adeoque, quia pretium operae ex uno latere collatae, dum altera ex parte fundus colendus aut pecora pascenda conferebantur, hoc ipso pluris fuit, & rerum collatarum utilitati magis respondens, quia non nuda opera, sed artis professione ac pollicitatione munita atque velata, considerabatur per eum, qui pecora pascenda agrumve in commune colendum dabat, quique non fuisset alteri rem suam in communem commissurus utilitatem, si nuda tantum opera qualis qualis fuisset ab eo praestanda, nullumque insignius ex artificio & peritia, operae conjuncta, sperasset societatis seu lucri augmentum. Atque ita nulla opus est hujus legis emendatione, quam plerique varie tentant, ut videri potest apud Gothofredum *in not. ad l.* 52. *§.* 2. *ff. h. t.* & Ant. Fabrum *in rational. ad eandem legem.*

13. Petitur insuper hac actione, ut socius indemnis pro rata servetur ratione damni, quod casu fortuito suis in rebus societatis occasione perpessus est, ut ante dictum, *l. cum duobus* 52. *§. quidam* 4. *ff. h. t.* eique refundantur impensae, quas sociorum unus supra suam partem fecit, sive in rerum communium conservationem erogaverit; (quo casu etiam, si socius alter intra menses quatuor, ex quo ad restitutionem condemnatus est, non reddat, victori jus Romanum permisit rem totam, in quam impensum, pro impensis retinere ac suam facere, si id sibi expedire putet, *l. cum duobus* 52. *§. idem respondit.* 10. *ff. h. t. l. si ut proponis* 4. *C. de aedific. privat.* quod tamen una cum aliis poenis legalibus, aliquem privantibus jure suo, desuetudinem abisse, monet Groenewegen ad *d. l.* 4.) sive ultra suam partem societatis intuitu solvere extraneo societatis creditori coactus fuerit, *l.* 1. *§. ult. & ll. seqq. ff. de exercit. act.* arg. *l. omne aes* 27. *ff. h. t.* una cum usuris, quas aut erogavit, nummos impendendos mutuos accipiens, aut ex propria pecunia depensa potuisset redigere, *l. si unus* 67. *§. pen. ff. h. t.* Considerandum enim (ut aliquantulum digrediamur) socium unum quandoque a societatis creditoribus ultra suam posse partem conveniri. Quod ut manifestius appareat, inspiciendum erit, utrum omnes socii communiter & per se societatem pro indiviso exerceant, an vero uni ex suo numero, vel etiam institutori extraneo, demandaverint totam societatis curam ac administrationem; an denique partitis per partes aut regiones operis pro diviso singuli susceperint societatis tractationem. Si per se omnes communiter & pro indiviso societatem exerceant, adversus singulos non nisi pro rata parte, qua socii sunt, actio videtur danda; exemplo eorum, qui sine magistri opera navem per se exercuerunt, quos tantum pro portionibus exercitionis conveniendos esse, quia invicem sui magistri non videntur. Ulpianus tradidit, *l. si tamen* 4. *pr. ff. de exercit. act.* Sin plures socii unum de suo numero, vel extraneum quempiam, societati praefecerint, & ita elegerint in magistrum societatis, (de quo *l. item magistri* 14. *ff. de pactis*, & Sigonius *de antiquo jure civ. Roman. lib.* 2. *c.* 4. *post med.*) magis est, ut is, societatis nomine ac intuitu contrahens, non modo semetipsum in solidum obligatum reddat, juxta *l. si unus* 67. *pr. ff. h. t.* sed & reliquos socios, qui ipsum praefecerunt, in solidum singulos creditori societatis efficiat obnoxios; eo modo, quo & plures navem simul exercentes, si unum de numero suo, vel extraneum navi praeposuerint, ex ejus contractibus navigationis intuitu initis in solidum tenentur, *l.* 1. *§. ult. l.* 2. *l. si tamen* 4. *§. sed si plures* 1. *ff. de exercit. act.* aut plures unius tabernae domini ex institoris conventionibus in solidum singuli possunt conveniri, *l. habebat* 13. *§. ult. l.* 14. *ff. de Inst. act.* Idemque est, si omnes quidem tractarint societatis negotia, sed pro diviso, seu separatim, per partes aut regiones distributa administratione: cum enim tunc singuli in partibus, sibi per reliquos socios demandatis, sibi invicem magistri vel institores esse videantur, consequens est, ex unius, tanquam institoris, contractu reliquos in solidum obligari. Qua ratione, si plures vectigalium

socii partes vectigalium separatim administrent, alter ab altero minus idoneo in se transferri portionem jure desiderat, *l. locatio* 9. §. *socii* 4. *ff. de publicanis*, quod frustra fieret, si non ultra suam partem singuli vectigalium socii ex conductione devincti essent. Nec est, quod cum Ant. Matthæo *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 5. existimes, non idcirco, quod singuli in solidum obligentur, sed quod idoneus pro non idoneo conveniri possit, hanc desiderari partis translationem, dum pro partibus quidem obligantur singuli, si uterque socius idoneus sit, sed si alter inidoneus sit, idoneus oneratur. Quamvis enim verum sit, tunc cum delictum perpetratum, cum plus justo per publicanos exactum est, cum multi fraudem fisco fecerunt, singulos quidem pro parte tantum teneri, sed unius inopia gravari ceteros, *l. si multi* 6, *ff. d. publicanis l. aufertur* 46. §. *ult. ff. de jure fisci*, non tamen ab obligatione ex delicto ad eam, quæ ex conventione descendit, argumentatio recte fit, nam & ex delicto magistri exercitores singuli pro ea tantum parte, qua navem exercent, devincti sunt, *l. ult.* §. *si plures* 5. *ff. nautæ caup. stabul. ut recept. restit.* quos tamen ex contractu magistri singulos in solidum obligari certum est, *d. l.* 1. §. *ult. ff. de exercit. act.* Ex usu interim hodierno inter mercatores dicendum forte, etiam tunc, cum plures socii unum ex suo numero vel extraneum velut institorem societati præfecerunt, singulos pro rata tantum parte ex ejus contractu teneri; ad similitudinem exercitorum, in quibus a jure Romano, eos in solidum singulos obligante, hactenus recessum est, ut monui *t. de exercit. act. n.* 5. & *t. de institor. act. n.* 2.

14. Porro (ut & hoc addam) præter primam hanc differentiam inter eos, qui per se communiter ac pro indiviso, quique ex adverso per unum ex suo numero, aut per institorem extraneum, vel partita inter se societatis administratione, sibi invicem institores sunt, insuper & altera est: puta, quod si plures societatem pro indiviso simul exercuerint, jure societatis per socium ære alieno socius non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint, cum neque socium alterum fecerit institorem, neque cum eo contrahi jusserit, ac proinde non ultra ex facto ejus obligetur, quam quatenus inde ad ipsum pervenit, idque secundum jus commune, quo nemo sine sua voluntate ex alieno contractu obligatur, nisi locupletior inde factus sit, arg. *l. quod si servus* 3. §. *sed si sic* 9. *ff. de in rem verso*, ac de hoc casu plurium simul & pro indiviso negotia societatis curantium puto intelligendum esse Papinianum in *l. jure societatis* 82. *ff. h. t.* cum ex adverso reliquis in casibus, quibus vel unus sociorum, vel extraneus, vel socii sibi invicem partitis societatis curis & gestione institores sunt, parum referat ad socios singulos in solidum obligandos, utrum pecunia aut res aliæ societati creditæ sociis reliquis communicatæ, ac ita in arcam communem versæ fuerint, nec ne; sed sufficiat, societatis intuitu pecuniam bona fide creditam fuisse, cum societas tali credito indigeret, si jus Romanum spectet; (ex usu autem hodierno forte, etiam si non ita evidenter ea crediti necessitas appareret, si modo bona fides credentis adsit) arg. *l.* 1. §. *unde quæris* 9. *ff. de exercit. act.* Confer *t. de exercit. act. n.* 6.

15. Sed & tertio illud interest, quod, si plures socii communiter & pro indiviso tractaverint negotia societatis, unus pro sua conventus parte ab extraneo societatis creditore, non possit suam societatis partem cedendo ac pro derelicto habendo ab illa liberari actione; eo quod jam non ex alieno sed proprio contractu quem communiter cum aliis sociis inivit, ad solvendum interpellatur, ac æquum est, præstari in universum eam debiti partem, in quam quis ex propria cœpit conventione cum extraneo societatis creditore celebrata teneri. Contra vero, si sociorum unus conveniatur ex contractu non suo, sed institoris societati præpositi, vel alterius socii, qui velut institor, secundum superius proposita, nomine societatis contraxerat, ex moribus hodiernis ita jus est, ut liberari possit suam societatis partem derelinquendo; idque propter rationes easdem, ob quas usu obtinuit, exercitores liberari ab obligatione ex magistri contractu nata, si partes suas, quas in navi habent, derelinquere parati sint. Jacobus Coren *observ.* 40. *n.* 17. 18. 19. Christinæus *vol.* 1. *decis.* 165. *num.* 10. 11. 12. 13. Junge *t. de exercit. act. n.* 5. Plane socium illum, qui nomine societatis ipse cum societatis creditore contraxit, liberari derelinquendo suam societatis portionem, cum ex proprio contractu conveniatur, iniquum foret, Christinæus *d. vol.* 1. *decis.* 155. *n.* 7. *& seqq.* Sed &, si sociorum unus non societatis sed proprio nomine contraxerit, socios reliquos ne ab initio quidem in solidum, aut ulla ex parte, obligatos reddit, arg., *l. si unus* 97. §. *si unus* 1. *ff. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 27. *defin.* 1. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 6. Carpzovius *defin. forens. part.* 2. *const.* 17. *defin.* 12. in *pr.* De hac quæstione, an & quo usque socium extraneo obligare possit, vide varie sentientes Hect. Felicium *de societate cap.* 30. Christianæum *vol.* 3. *decis.* 52. *n.* 2. 3. 4. Vinc. Carocium *decis.* 118. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 24. *n.* 8. 9. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 5. Carpzovium *defin. for. part.* 2. *const.* 17. *defin.* 12. Brunnemannum, *ad l.* 82. *ff. h. t.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 283. ibique plures cit.

16. Uti autem repetit socius hac actione quod supra suam erogarat partem, ita, si quid supra partem suam ex rebus societatis vel ejus occasione consecutus sit, hac actione restituere compellitur. Idemque est, si forte debitor societatis uni sociorum debitum solverit in solidum. Quamvis enim socii singuli ex contractu societatis nomine inito in solidum agere nequeant, sed tantum pro sua parte, adversus eos, qui quid societati debent, nisi sint correi credendi, *l. cum te in Gallia* 9. *C. si cert. pet.* vel inter argentarios societas sit, *l. si unus* 27. *pr. ff. de pactis*, vel is agat, qui solus contraxit & ita actionem sibi quæsivit, ceteris deinde communicandam, arg. *l.* 1. 2. 3. *ff. h. t. d. l.* 9. *Cod. si cert. petatur*, Hect. Felic. *de societate d. cap.* 30. *num.* 39. *& seqq.* Quamvis etiam toties, quoties unus socius in solidum agere nequit, debitor quoque non satis tuto uni socio solidum præstet, Zoezius *ad Pand. h. t. num.* 47. tamen si solidum societatis intuitu sociorum unus sibi oblatum acceptaverit, eum id reliquis sociis communicare velut societatis pecuniam, aut certe societatis occasione quæsitam, æquum est; quod longe magis convenit eorum opinioni, qui de-

bitorem societatis uni solidum solventem liberari arbitrantur, inter quos est Hect. Felic. *de societate d. c.* 30. *num. ult.* Pyrrhus Maurus *de solution. c.* 5. *num.* 2.

17. Illud non satis expeditum est, an & quando socius ob id, quod pecuniam societatis intuitu possessam, ac sociis reliquis restituendam aut communicandam, penes se retinuit, aut suos in usus convertit, ad usuras teneatur? Distinctione opus esse existimo: aut enim pecuniam ipsius societatis per socios collatam, aut lucrum jam communicatum non restituit, aut penes se retinuit vel suos in usus erogavit lucra, quæ per eum societatis quidem intuitu acquisita, sociis tamen reliquis necdum communicata fuerant. Si societatis ipsius communem pecuniam, ad usuras omnino obligatus est, sive de ea restituenda interpellatus moram fecerit, sive sine mora ex persona, seu necdum a sociis ceteris interpellatus, in suos usus proprios eam converterit: quippe quod exigit natura judiciorum bonæ fidei, in quibus usuras ex mora deberi certum est, *l. mora fieri* 32. §. *in bona* 2. *ff. de usuris*, & aperte respondit Papinianus in *l.* 2. §. 1. *ff. de usuris*, in qua dum usuræ dicuntur omnimodo, etiam mora non interveniente præstandæ, id accipiendum de mora ex persona, quæ per interpellationem induci solet: nam quin potius communem invadens pecuniam, aut suos convertens in usus, re ipsa moram faciat, dubitari nequit, in quantum fur & prædo semper moram facere intelliguntur, *l. in re furtiva* 8. §. 1. *ff. condict. furt. l. merito* 19. *in fine ff. de vi & vi armata*. Neque ratio ulla apparet, cur non idem quod in mandato, negotiorum gestione, ac pignoris distracti pretio placuit, in societate quoque servaretur; in quibus gestorem, procuratorem, creditorem ad usuras teneri, si pecunias domini, aut pignorum venditorum pretia, in suos usus converterit, vel in iis reddendis moram fecerit, docet *l. qui sine usuris* 38. *ff. de negot. gestis*, *l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *ff. mandati*, *l. quamvis* 6. §. 1. *l.* 7. *ff. de pignor. act.* Nec hisce adversatur *l. si unus* 67. §. *si unus* 1. *ff. h. t.* secundum quam, si socius particularis pecuniam communem fœneraverit suo nomine, adeoquè suos in usus converterit, usuras inter socios non partitur, sed sibi retinet. Etenim, licet usuras, quas ita exegit, sibi servet, non tamen id impedit, quo minus ipse sociis reliquis usuras ex societatis natura præstet, sive majores, quam ipse consecutus est, sive minores, prout mos regionis induxerit in graviores aut leviores usuras mora damnari, quod & post Accursium notat Ant. Faber in *rational. ad d. l.* 67. §. 1. *ff. h. t.* Neque in jure nostro similes de usuris definitiones desunt. Nam &, si procurator nummos domini, quos domini mandato ac nomine credere tertio debuerat, suo nomine ac periculo crediderit, atque ita usuras consecutus sit, ab Ulpiano (qui Paulo auctori *d. l.* 67. coætaneus) responsum fuit ex Labeonis sententia, *cessare in usuris actionem mandati*, *l. idemque* 10. §. *si mandavero* 8. *ff. mandati*. Cessat scilicet mandati actio quantum ad usuras illas, quas procurator exegerat, cum suo nomine atque periculo pecunias domini fœnori dedisset, quia, cum sortis periculum sustinuerit, oportebat eum sortis istius usuras retinere, ex Paulli ratiocinio in *d. l.* 67. §. 1. *ff. pro socio*. At non ideo ab omni usurarum præstatione procuratorem suo nomine nummos domini credentem immunem esse, sed ad usuras ex mora regionis conveniri posse, idem Ulpianus in eadem *l.* 10. §. *si procurator* 3. *fere in fine*, aperte definit, dum ait, *quod si non exercuit pecuniam* (nempe nomine & periculo domini, ut mox explicabitur) *sed in suos usus convertit, in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*. Convertit autem procul dubio nummos dominicos procurator in suos usus quando eos suo nomine atque periculo fœnori dat, atque ita suum gerit negotium, sibique nomen acquirit. Sed nec absimilis plane facti species est, quam idem Ulpianus proponit in *l. si remunerandi* 6. §. *apud Julianum* 6. *ff. mandati*, ubi cum procurator ex domini voluntate nummos domini suo periculo in fœnore posuisset, ea tamen lege, ut nomine istius pecuniæ certas ipse usuras domino penderet, responsum fuit, procuratorem ipsum lucraturum, si pluris potuerit fœnerare. Fatendum quidem, pactum domini de usuris certis sibi per procuratorem præstandis fuisse interpositum: sed & in jure evidens est, ac constitutum ut in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, tantum possit officium arbitri, quantum stipulatio, *l. Lucius Titius* 24. *post med. ff. depositi*, ut proinde nulla inde diversitatis ratio peti possit. Denique etiam in tutore, cui pater permiserat pecunias pupillares in suos usus convertere, si modo unciariam usuram pupilli rationibus inferret, Scævola respondit, defungi posse tutorem præstando id, quod testator voluisset, nec cogendum, ut usuras, quas suo nomine credens stipulatus fuerat, utcunque majores, pupillo restituat, *l. Titium & Mævium* 47. §. *præfectus* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* Restat tamen ratione responsionis ad *l.* 67. §. 1. *ff. pro socio*, difficultas in eo, quod Ulpianus scripsit, procuratorem meum, *si pecuniam meam fœnori dederis, usurasque consecutus sis, debere præstare quantumcunque emolumentum sensit, sive ei mandavi sive non*, quia bonæ fidei hoc congruit ne de alieno lucrum sentiat, *d. l. idemque* 10. §. *si procurator* 3. *ff. mandati*. Sed animadvertendum, procuratorem ibi nummos dominicos non suo, sed domini nomine fœnerasse, quo casu æquum erat, ut & emolumentum fœnoris quanticunque domino cederet, sive is mandasset fœnerari nummos, sive non. Nam si mandasset, certo certius periculum nominis ad eum pertinebat; cui consentaneum erat, ei quoque usuras quascunque nominis istius acquiri. Rursus, si mandatum deesset, tamen & tunc periculum nominis ad dominum spectabat, adeoque & usuræ, cum negotiorum gestor non teneatur, si sine mandato pecuniam domini bene collocaverit, & casu fortuito, sine culpa gestoris, is, cui credita, solvendo esse desinat, *l. litis contestata* 37. §. 1. *ff. de negot. gestis* (vide *tit. de reb. creditis num.* 7.). Quod autem procurator in *d. l.* 10. §. 3. domini nomine seu in domini utilitatem nummos fœneraverit, id inde patet quod in verbis demum frequentibus *dictæ legis* 10. §. 3. Ulpianus incipit tractare de eo, qui pecuniam domini in suos usus convertit, (qualis secundum ante dicta & ille est, qui eam suo nomine fœneravit) de quo etiam ait, ipsum teneri ad usuras, *quæ legitimo modo in regionibus frequentantur*, ut jam supra expositum. Hactenus de socio, qui in pecunia communi societatis restituenda moram fecit, aut eam in suos con-

vertit usus. Ex adverso, si socius non ipsis rebus societatis communibus, sed eo, quod ex societate lucrifecit, reddendo moram adhibuerit, vel ante interpellationem a sociis factam in suos usus converterit, ad usuras non tenetur, sed demum, si utrumque concurrat, id est, & in reddendo moram fecerit, & in suos simul usus converterit: quo tamen ipso casu ad usuras, non quasi usuras, sed quod socii intersit moram non fuisse factam, teneri socium moratorem, Pomponius ex Labeonis sententia scribit, *l. socium qui* 60. *ff. h. tit.* ait enim; *socium, qui in eo, quod ex societate lucrifaceret*, NB. reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, *usuras quoque praestare debere*: adeoque ad id, ut usurarum obligatio nascatur, hæc duo junctim exigit, ut in *reddendo moram adhibuerit*, & ea pecunia ipse usus sit: quorum si unum desit, socium ad usuras in illa facti specie non teneri, non modo per argumentum ex verbis illis *a contrario* elici potest, sed & apertissime in verbis sequentibus per oppositionem declaratum est, dum mox subjungitur; *sed si aut usus ea pecunia non fuerit*, *contra esse*: perinde ac si diceret, si alterutrum ex superioribus deficiat, adeoque socius *aut usus ea pecunia non sit* (licet forte moram fecisset) *aut moram non fecerit*, (licet forte pecunia illa usus esset) *contra esse*, seu socium talem tunc ad usuras non teneri. Rigidius scilicet agendum videbatur cum socio, qui pecuniam societatis non ex asse suam, sed communem, & ita pro parte alienam, in suos usus converterat, aut in ea reddenda moram fecerat, quam si circa suam propriam pecuniam, tametsi alteri debitam, tale quid commisisset; quod posterius est in casu *d. l.* 60. *ff. h. t.* ubi socius lucrifecerat ex societate, & ita sibi soli acquisiverat, non sociis reliquis, quibus tamen jure societatis id tenebatur communicare, & ita commune efficere, juxta *l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Nec turbare debet, quod emtor, quamvis pretii debiti ex asse domus, in usuras tamen teneatur venditori, si modo moram fecerit, licet in usus suos non erogaverit, sed otiosum forte penes se retinuerit, *l. curabit* 5. *Cod. de act. emti*, *l. Julianus* 13. §. *veniunt*, 20. *ff. de act. emt.* Quod enim illic ita placuerit, ejus hæc ratio est, quod emtorem omnes emtæ rei fructus omnisque utilitas statim ab emtione perfecta sequitur, quia venditor emtori statim ad rem tradendam obligatus est; ut proinde æquum fuerit, usuras vicissim per eum præstari, ne alioquin idem & fructus rei & pretii utilitatem sentiat, *d. l.* 13. §. 20. 21. *d. l.* 5. cum ex adverso socius, qui lucrifecit, non ita certo reliquos socios sibi vicissim devinctos habeat in vicem eorum, quæ iis ipse debet: unde & difficilius onere usurarum, vel ejus quod interest, gravandus fuit. Confer Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* 60. *ff. h. t.* Atque hinc etiam *post mortem socii nulla talis æstimatio ex facto heredis facienda est*, *quia morte socii dirimitur societas*, ut habent verba *d. l.* 60. *in fine principii ff. h. t.* hoc est, heres socii ne quidem ad usuras velut interesse damnandus est ex proprio facto, seu ex eo, quod post mortem socii, dum ex antegesto pendentia ad finem perducit, aliquid lucratus est, & lucrum illud non communicavit, sed moram fecit, simulque suos in usus convertit; quia morte socii extincta est societas, nec heres socii socius est. Et licet verum sit, heredem socii ex bono & æquo obstrictum esse ad communicanda lucra illa, quæ ex antegesto pendentia suo facto percepit, quia vicissim emolumenti quoque per reliquos quæsiti successor est; tamen hoc totum non ex jure societatis fluit, quippe quæ morte extincta fuit, sed tantum ex bono & æquo fit. Secus quam obtineret, si socius ipse adhuc vivus in lucris communicandis moram fecisset, & simul ea in suos usus convertisset, atque ita cœpisset ad usuras, quasi ad interesse, devinctus esse, tunc enim obligatio ex facto defuncti nata, etiam adversus heredem socii continuanda esset, utpote ex jure societatis adhuc durantis initium habens. Quod autem in *d. l.* 60. usuræ non quasi usuræ, sed tanquam id quod interest, dicuntur præstandæ, ejus hanc puto rationem esse, quod usuræ proprie debeantur, ubi principaliter res fungibiles debitæ sunt; at in casu *d. l.* 60. socius ad factum magis, quam ad rem devinctus fuit, ad lucrum illud, quod perceperat, in arcam quasi communem inferendum, & sociis reliquis communicandum, dum illud ipso jure commune non sit, *d. l. si quis societatem* 74. *ff. h. t.* Hæc de legis perdifficilis sensu ac ratione dixisse suffecerit, aliam ab usuris demum a tempore Labeonis in bonæ fidei judiciis ex officio judicis cœptis deberi petitam rationem eruditam communicavit Clariss. Collega D. Noodt, quæ propediem typis vulganda, plenius ab eo adstructa videri poterit; neque enim inventa aliena pro meis orbi literato propinare, animus aut consuetudo fert.

18. Denique & ad id hæc actio pro socio competit, ut socius patiatur, socium alterum uti re communi ad eos fines, ad quos illa ab initio comparata fuit sociorum voluntate, *l. cum duobus* 62. §. *item Mela* 13. *ff. h. t.* ac vice versa ab iis abstineat circa rem communem agendis, quæ nova sunt ac primæ repugnant sociorum destinationi, arg. *l. si fundus* 39. *ff. h. t. l. Sabinus* 28. *ff. communi divid.* adde *d. t. communi divid. numer.* 7. etiamsi forte id tunc uni ex sociis minus expediret; eo quod semper in societate non id, quod privatim interest unius ex sociis, sed quod societatis expedit, servari solet, *l. actione* 65. §. *Labeo autem* 5. *ff. h. t.* Et generaliter, ut sociorum quisque præstet ea, quæ nominatim in se recepit: quo pertinet *l. cum societas* 69. *ff. h. t.* cujus hæc species facti videtur: quod inter plures nundinarum tempore contracta societate convenerit, ut unus eorum reliquis simul operam impensuris epulas præberet suis sumtibus; qui cum legi seu conditioni isti de epulis suo sumtu præstandis non pareret, quæritur, quæ ob id actio competat; ac respondetur, actionem pro socio dandam, scilicet sociis reliquis, ut ab epularum solutione ipsi immunes habeantur ab eo, qui epularum præstationem suo sumtu se præbiturum promiserat: dandam & ex vendito actionem, nempe epularum venditori, qui epulas ex istius socii voluntate secundum conventionem societati appositam paraverat, & ita socii istius fidem secutus erat. Quam explicationem a verbis aut mente Jurisconsulti longius recedere, tunc credam, cum id non affirmari simpliciter, sed probari videro; ait enim Ulpianus, *cum societas ad emendum coiretur*, *& conveniret*, *ut unus reliquis nundinas*, *id est epulas præstaret*, *eosque a negotio dimitteret*, *si eas eis non solverit*, *& pro socio*, *& ex vendito cum eo agendum est.* Nundinas pro epulis nundinalibus dici, ipse Jurisconsultus monet, ut id probatione ulteriore non indigeat. Convenerat

vero, ut ille unus epulas præstaret, *eosque a negotio dimitteret*, puta, ab illo negotio epularum, adeoque efficeret, ut reliqui liberi & immunes essent ab obligatione solvendi pro rata istas epulas, quam communiter absumturi essent: ita enim *dimittere*, est etiam alium ab obligatione dimittere & liberare, eoque sensu ambitiosa dicuntur ac rescindenda decurionum decreta, quibus largiti sunt, aut *aliquem debitorem dimiserunt*, secundum eundem Ulpianum in *l. ambitiosa 4. ff. de decretis ab ordin. fac.* Cum ergo socius ille unus reliquos ab illo epularum negotio non dimisisset immunes, adeoque epulas quidem præstitisset, sed *eas eis non solvisset* secundum pactionem, qua solus onus illud epularum solvendarum subire obstrictus erat, recte a Jurisconsulto generaliter definitum est, *& pro socio & ex vendito cum eo agendum esse*, non per eundem, sed diversos, per socios quidem *actione pro socio*, per venditorem epularum *actione ex vendito*, ut jam dictum est. Alii aliter. Confer Ant. Dadinum Alteserram ad *d. l.* 69. *post tract. de fictionibus Iuris*, Cujacium *lib. 4. observat.* 17. Ant. Fabrum *conject. lib.* 5. *cap.* 4. Wissenbachium *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 33.

19. Salarium seu honorarium quod attinet, licet rarior ejus in societate, quam quidem in mandato, usus sit, dum partes lucri singulis obvenientes sufficiens operæ pretium sunt; nihil tamen impedit, quo minus uni socio, negotia societatis forte potissimum aut unice tractanti ac promoventi, cum ad illam operam supra ceteros præstandam ex conventione non teneretur, vel ab initio salarium aliquod assignetur, aliis ob viri boni arbitratum adjudicetur, idque ex vel postea potius magistratus cognitione, quam ordinaria pro socio actione intentata, argumento eorum quæ de salario in mandato interveniente dicta sunt. Quod & moribus hodiernis conveniens esse, patet extraordinaria responso Jurisconsultor. & mercatorum inter Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 252.

20. Sciendum autem, singularia quædam in hac actione pro socio recepta esse: etenim primo quidem socius, hoc condemnatus judicio, competentiæ beneficio munitus est: non modo in universali sed & in particulari societate, secundum Ulpianum in *l. verum est* 63. *pr. ff. h. t.* Qui non videtur sibi contrarius, cum in *l. sunt qui* 16. *ff. de re judic.* inter eos, qui in id quod facere possunt conveniuntur, enumerans & *socios*, subjungit, *socium autem omnium bonorum accipiendum est.* Nam ut sileam, non deesse qui totam istam periodum non Ulpiani, sed imperiti interpretis esse putant, propter Latinitatis corruptionem, dum scribendum fuisset, *socius accipiendus est*, Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 63. *ff. h. t.* dici etiam potest, dissensum fuisse de particulari socio inter Sabinum aliosque, Ulpianum autem in *d. l.* 16. tantum brevem recensentem catalogum eorum, quibus competentiæ beneficium indultum erat, proposuisse societatem universalem, de qua nullum dubium erat; de particulari vero in *d. l.* 63. post discussionem pleniorem probasse Sabini sententiam; unde propterea supplendum, quod *d. l.* 16. deest. Caret tamen hoc beneficio, si se socium esse per mendacium negaverit, *l. si unus* 67. *§. ult. ff. h. t.* vel dolo fecerit, quo minus solidum præstare possit, sua erogando, non item, occasionem acquirendi omittendo, *l. verum est* 63. *§. hoc quoque* 7. *l. nemo* 68. *§. illud quæritur* 1. *ff. h. t.* nec competit heredibus socii aut fidejussoribus, aut patri vel domino, in cujus patria vel dominica potestate socius est, si hi consenserint in societatem, *d. l. verum est* 63. *§.* 1. 2. *ff. h. t. l. exceptiones, quæ* 7. *ff. de exception.* imo jure hodierno sociis omnibus, in universum hoc beneficium denegari, vult Groenewegen ad §. 38. *Inst. de action.* aliique ibidem allegati: licet pro hoc beneficio adhuc a pluribus Hollandiæ Jurisconsultis responsum sit, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 70.

21. Illud quoque singulare est, quod, si pluribus ex sociis unus egerit contra socium ex societate obligatum, & damni reparationem pro sua parte in totum obtinuerit, deinde reliqui, pro sua quoque parte agentes, solidum consequi ob socii conventi inopiam non possint, is, qui solidum acquisivit, pro rata reliquis communicare teneatur, quod vigilando sibi servaverat; quasi iniquum sit, ex eadem societate alium plus, alium minus consequi, *l. verum est* 63. *§. cum tres* 5. *ff. h. t.* contra communem regulam, qua jura vigilantibus dicuntur scripta, meliorque occupantis conditio inter eos, quibus eadem ex causa debetur, *l. pen. in fine quæ in fraud. cred. facta sunt, ut rest. l. inter eos* 19. *pr. ff. de re judic.* Sed & vice versa, si sociorum unus quid supra suam partem impenderit, & quidam ex reliquis sociis solvendo non sint; idoneos reliquos gravabit id, quod ab aliis ob inopiam eorum servari non potest: quia, cum societas contrahitur, tam lucri quam damni communio initur; in damno autem societatis intuitu superveniente & illud est, quod depensum non possit a quibusdam pro rata servari, *l. si unus* 67. *pr. h. t.*

22. Denique & illud, si non singulare, saltem observatu dignum est, si unus ex sociis foro cesserit, cum jam ultra suam partem, quæ ei jure societatis competebat, quacunque ratione consecutus esset, in reliquis rebus hac creditis societatis potiorem fore causam sociorum reliquorum, quam creditorum aliorum istius socii foro cedentis. Cum enim unusquisque non ultra socius sit, aut jus in rebus societatis habeat, nec amplius quicquam jure societatis percipere possit, quam quatenus in societatem contulit, collatumque reliquit, seu necdum recepit; neque reliqui socii pati teneantur, ut is, qui jam multa ex societate percepta sibi retinuit, quicquam ulterius sibi deducat, nisi postquam & ipsi tantundem ex rebus aut creditis societatis pro rata perceperint; consequens est, tunc, cum foro cedens plus quam suam partem consecutus est, nullam amplius ei partem ex rebus aut creditis societatis deberi, sed quicquid in societate reliquum invenitur, reliquorum sociorum proprium esse, ac inter eos solos oportere pro rata dividi portione. Quod autem socius ipse foro cedens percipere non potuit, id nec creditores ejus bona ipsius possidentes exigere aut sibi arrogare posse, rationis est: quippe jus omne suum metientes ex capite socii foro cedentis, eumque repræsentantes. Hector Felicius *de societate c.* 31. *n.* 24. 25. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 6. ibique plures comprobationes.

23. Finitur societas morte unius socii, non tantum respectu mortui ipsius, sed & inter reliquos socios superstites, eo quod fieri non raro solet, ut uno pereunte utilis esse desinat, vel saltem longe minus proficiat reliquorum industria aut rerum collatio, arg. §. *illud non* 10. *Inst. de leg. Aquil. l. adeo morte* 59.

in fine pr. ff. h. t. nisi in privata societate id ab initio vel postea convenerit, ut inter reliquos superstites maneat societas, §. *solvitur* 5. *Inst. h. t. l. actione* 65. §. *morte* 9. *ff. h. t.* aut societas sit vectigalium, quippe in qua tria singularia videntur jure Romano constituta, comprehensa in *d. l.* 59. & *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* quorum primum est, quod morte unius socii inter reliquos superstites non dissolvatur ipso jure societas; secundum, quod in publica societate etiam ab initio conveniri possit, ut heres socii succedat in societatem, & ita pars defuncti ad personam heredis adscribatur, ut heredi quoque conferri oporteat; cui conventioni vivis sociis omnibus initæ omnino deinceps uno moriente socio standum est, nisi is mortuus sit, propter cujus operas maxime societas coita est, aut sine quo societas administrari non potest. Et hanc puto sententiam esse *legis adeo morte* 59. *ff. h. t.* ut verba posteriora conveniant primis; quibus cum esset proposita regula, *adeo morte socii solvi societatem, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati*, exceptio mox subjungitur, cum dicitur, *hoc ita in privatis societatibus*; *in societate vectigalium nihilominus manet societas &c.* Regula autem hæc duo continebat: primo, *morte socii solvi societatem*; secundo, *ab initio non posse pactum iniri, ut heres socii succedat societati*. Cum ergo regula ista duplex tantum obtineret in *privatis societatibus*, in *societate vectigalium* diversum statueretur; duo quoque singularia in exceptione a regula, duo continente, admitti necesse fuit, quorum unum erat quod *in societate vectigalium nihilominus maneat societas & post mortem alicujus*, ut habet *d. l.* 59. alterum, quod & heres socii in societatem succedat, eique tanquam socio conferri oporteat, si modo id ab initio inter socios actum sit; quod significatur in verbis mox sequentibus, *d. l.* 59. *sed ita demum, si pars defuncti ad heredem ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat*, perinde, ac si dixisset, *post mortem quidem socii alicujus manet nihilominus vectigalium societas*; verum non ideo etiam in heredem socii transmittitur, *sed ita demum* continuatur cum herede socii, *sic ut heredi quoque* tanquam socii *conferri oporteat*, *si pars defuncti ad heredem ejus adscripta sit*; id est, si in societate ineunda id actum sit, ut pars socii alicujus defuncti heredi ejus tanquam socio adscripta habeatur. Quod enim verba illa de *parte defuncti*, *ad heredem ejus adscripta*, non de adscriptione post mortem unius socii facta, sed de ea, quæ vivis omnibus sociis ab initio intercessit, intelligenda sint, aperte ex eo colligitur, quod Jurisconsultus talem adscriptionem partis defuncti ad heredem non semper probat, nec omni casu efficacem esse vult; *sed ipsum ex causa æstimandum esse: quid enim si is mortuus sit, propter cujus operam societas maxime coita sit? aut sine quo societas administrari non possit?* ineptum sane esset, per socios superstites post mortem socii illius, sine quo societas administrari non posset, partem defuncti in heredem ejus, nihil societati tali profuturum, transcribi. Atque ita satis recte conveniet Pomponius, auctor *d. l.* 59. cum Ulpiano, qui in *l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* primo quidem proponit similitudinem inter privatam societatem, & eam quæ vectigalium est, quod scilicet in utraque heres socii socius non sit; cum ait, *in heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit. Licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est. Et circa societates vectigalium cæterorumque idem observamus, ut heres socius non sit.* Sed & deinceps post illam societatis utriusque comparationem subnectit differentiam, cum dicit, circa societates vectigalium ceterorumque idem observari, ut heres socii socius non sit, *nisi fuerit adscitus:* non post mortem socii; sic enim non esset singularitas aut exceptio; cum & in privata societate heres ejus jam notus, post mortem socii adscisci possit, ut quasi nova societas intelligatur, *l. plane si hi* 37. *ff. h. t.* arg. §. *pen. in fine Inst. h. t.* sed statim ab initio, dum id ex privilegio singulari inter publicanos socios actum est, ut heres socii succedat in societatem, adeoque *pars defuncti* statim ab initio, aut saltem vivis omnibus vectigalis sociis, *ad personam heredis ejus adscripta fuit*, ut habet *d. l.* 59, *ff. h. t.* Neque mirandum adeo, istam in societate vestigalium conventionem admissam fuisse; cum utique heres socii, etsi adscitus non fuerit, particeps tamen vectigalium maneat ex jure conductionis, ut mox explicabitur. Confer varias circa hanc quæstionem opiniones apud Ant. Fabrum *in rational. ad d. l.* 59. *ff. h. t.* Cujacium *lib.* 1. *observat.* 26. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 6. 7. 8. In privatis societatibus hujusmodi pactionem, ut heres socii succedat in societatem, reprobatam esse, in aperto est, quia in societate persona eligitur, sive propter industriam atque peritiam, sive propter integritatem, candorem, facilitatem & bonam fidem, dum forte nil præter rem confert ad societatem; qualis industria, peritia, candor, bona fides, facilitas ac virtutes aliæ ad heredes non transeunt, quos sæpe imperitos, sæpe negligentiores, morosos, rixosos, dolosos, & potissimæ fidei esse, experientia testatur, *l. nemo potest* 35. *l. adeo mores* 59. *ff. h. t.* Quemadmodum & socius testamento imperare potest heredi suo, ut in societate perduret, si socii reliqui eum assumere parati sint, arg. *l. si qui ita ff. de condit. inst.* Respond. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 3. *consil.* 332. *rectius* 232. *num.* 7. *pag.* 667. Adde *t. famil. ercisc. num.* 32. Heredem tamen post mortem socii de novo assumi, nihil vetat, secundum jam tradita *d. l. plane si hi* 37. *ff. h. t.* Et, si maxime adscitus non fuerit, tamen emolumenti successor est, tum ejus, quod viro socio quæsitum fuit, tum ejus, quod post socii obitum supervenit, si modo ex ante gesto pendeat, id est, si causa istius acquisitionis mortem socii antecesserit; idemque in damno jus est, *l. actione* 61. §. *morte* 9. *ff. h. t.* Plane, si quid lucri aut damni acciderit societati post mortem unius socii, ex negotio novo, seu nova causa, quæ mortem socii insecuta est, ad heredem socii in privata societate non pertinet, sed tantum in publica vectigalium id peculiariter receptum, in qua non ea solum quæ ex ante gesto pendet, sed omnia durante societate obvenientia lucra ac damna heredi socii, etiam non adscito, prosunt aut nocent; notante illam differentiam tertiam satis evidenter Ulpiano in *d. l. verum est* 63. §. *in heredem* 8. *ff. h. t.* Cum enim dixisset, circa societates vectigalium cæterorumque idem servari, quod in societate privata, ut nempe heres socius non sit, ac mox subdidisset de illa vectigalium societate exceptionem, *nisi fuerit adscitus* continuato sermone istam de societate vectigalium prosequens assertionem, ait, *verumtamen* (id est, licet

adscitus non sit) *omne emolumentum societatis ad eum pertinet, simili modo & damnum agnoscit, quod contingit, sive adbuc vivo socio vectigalis, sive postea* (id est, cujus causa sive vivo sive mortuo socio existit) *quod non similiter in voluntaria societate observatur;* quæ *voluntaria* societas est *privata* societas, cum opponatur vectigalium societati, quæ non ita voluntaria est, quippe continuanda præcise in tempus illud, ad quod usque vectigalium conductio facta fuit, nec resolvenda sociorum arbitrio ac voluntate, uti quidem societas privata. Estque ratio singularitatis in vectigalium societate in eo, ut opinor, posita, quod in omnem eventum heres socii publicani succedat in conductionem vectigalium ad heredes transitoriam, & suam possit exercere partem in vectigalium exactione, adeoque, licet non socius, attamen particeps sit lucri & damni ex ea conductione provenientis. Quia vero heres socii in societate privata in lucra & damna, quæ ex ante gesto pendent succedit, hinc etiam est, quod ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debeant, in quibus & dolus per eum præstandus est, & culpa levis, *l. heres socii* 40. junct. *l. actione* 65. §. *morte* 9. *ff. b. t.* seu culpa talis, qualem & defunctus socius præstare debuit, *l. & acti* 36. junct. *l.* 35. *ff. b. t.* Nec huic obest, quod heres tutoris in perficiendis illis, quæ in tutorem inchoata erant, non nisi ex dolo inveniatur obligatus, *l.* 1. *ff. de fidejussor. & nominat. & hered. tut.* Etenim diversitatis illa ratio est, quod socii heres ex implemento inchoatorum a defuncto lucrum quoque sperat, ut proinde æquum sit ex generali juris regula eum de levi culpa teneri, tanquam in negotio in quo utriusque utilitas vertitur: heres vero tutoris neque tutor est, neque ex perficiendis emolumentum sentit, ut proinde nec muneris intuitu nec lucri sperati contemplatione ex culpa levi videretur condemnandus. Quod si, integris omnibus unus ex sociis ignorans mortem socii negotia communia bona fide gesserit, lucrum & damnum ex bona fide gestis commune erit: non item, si sciverit, *l. actione* 66. §. *item si alicujus* 10. *ff. b. t.*

24. Quamvis autem socius ita se nequeat societati subducere, ut alium suo loco substituat, futurum deinceps socium, & a reliquis volentibus, nolentibus, admittendum; quia socios sua nequit efficere voluntate, ut is mihi socius sit, quem ego socium esse nolui, cum societas consensu contrahatur, *l. qui admittitur*, 19. *ff. b. t.* usque adeo ut ex eadem ratione ne pater quidem adrogator per adrogationem, modum acquirendi dominii universalem, socius fiat, & in filii adrogati societatem subintret, *d. l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. b. t.* renunciatione tamen per unum facta, licet invitis ceteris, societatem dissolvi placuit, *l. societatem* 4. §. 1. *ff. b. t.* §. *manet autem* 4. *Inst. b. t.* sive expresse, sive rebus ipsis & factis renuncietur, veluti separatim negotiando, actionem pro socio intentando ea mente, ut a societate discedatur, ut supra dictum, *l. verum est* 63. §. *ult. l.* 64. *l.* 65. *ff. b. t.* Si modo renunciatio neque fraudulenter neque intempestive facta sit. Nam si callide quis in hoc renunciaverit societati, obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, ut hereditatem solus lucrifecerit, cogitur hoc lucrum communicare, si ea lucrosa sit, sin damnosa, damnum ad solum eum pertinet, qui renunciavit. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renunciatum est, quicquid omnino post renunciatam societatem acquiritur, soli conceditur, §. *manet.* 4. *Inst. b. t. l. actione* 65. §. *diximus* 3. *ff. b. t.* Simili modo, si societatem inierimus ad aliquam rem emendam, deinde renunciaveris societati, ut solus tibi emeres, teneberis mihi quanti mea interest: quod non obtineret, si ideo renunciaveris, quia tibi displicebat emtio; eo quod hic nulla fraus est, *d. l. actione* 65. §. *item si societate* 4. *ff. b. t.* Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 21. *n.* 41. Quod si ad certum tempus societas coita sit, eam ante tempus renunciando socium a se, non se a socio liberat, ideoque si quid compendii postea factum fuerit ab altero socio, ejus partem renuncians haud fert; at si dispendium, æque præstabit portionem; nisi renunciatio ex necessitate quadam, veluti imminente diuturniore absentia reipublicæ gratia, aut alia justa ex causa facta fuerit; neque enim tenebitur pro socio, qui ideo renunciavit, quia conditio quædam, qua societas erat coita, ei non præstatur; aut quia socius adeo rixosus, injuriosus, ac damnosus est, ut non expediat eum pati; vel quia ea re frui non licet, propter quam negotiatio suscepta est, *d. l. actione* 65. §. *item qui* 6. junct. *l. si convenerit* 14. *& seqq. ff. b. t.* aut quia socius ad egestatem delabitur, *l. societatem coire* 4. §. 1. *ff. b. t.* arg. *l. ubi adbuc* 29. *C. de jure dotium. Hector* Felicius *de societate cap.* 34. *n.* 24. Dummodo sciamus, non videri societatem ad certum tempus initam fuisse, si id tantum convenerit, ne intra certum tempus communis res dividatur, *d. l.* 14. *ff. b. t.* Ceterum societatibus ad certum tempus initis accensenda quoque vectigalium societas, cum ipsa vectigalium conductio certo temporis spatio circumscripta sit; cui consequens est, ut intempestiva dicatur hujus societatis publicæ vectigalium renunciatio, quamdiu ipsum condictionis tempus elapsum non est, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 8. *n.* 8.

25. Modum renunciandi quod attinet, non ipse tantum socius, sed & curator ejus renunciare potest, si socius ipse furere cœperit, *l. ult. C. b. t.* uti & procurator socii, sive ad id speciale mandatum habeat, sive generale cum libera, quoties ei dominus non specialiter prohibitur renunciare, *d. l. actione* 65. §. *renunciare* 7. *ff. b. t.* Nec tantum socio, sed etiam procuratori ejus recte renunciatur; si modo socius istam renunciationem suo procuratori velit ratam habere, quod totum ab ipsius arbitrio pendet, ac in potestate ejus est, *d. l.* 65. §. *item scriptum* 8. *ff. b. t.* Nec præsenti tantum, verum & absenti per epistolam aut nuncium renunciari potest, ut ita unumquodque eo dissolvatur modo, quo colligatum est. Si tamen absenti renunciata societas sit, placuit, quoad is sciverit, cui renunciatum est, in commune redigi quod is acquisivit, qui renunciavit; detrimentum autem solius ejus esse, qui renunciavit. Sed quod absens acquisivit, ad eum solum pertinere; detrimentum ab eo factum commune esse, *l. sed & socius* 17. §. 1. *ff. b. t.* An autem renunciatio privatim facta sufficiat, an vero publice denunciandum sit, non æque expeditum est. Sociorum quidem ipsorum intuitu privata sufficere videri potest ad id, ut in poste-

rum sua quisque lucra ac damna ferat. Diversum forte dixeris, si de iis, qui cum socio nomine societatis contraxerunt, & ita socios reliquos ex conventione unius vel in solidum vel pro parte solent sibi obligatos habere, quæstio sit; quippe qui vel proscriptione vel saltem denunciatione certiorandi videntur, finem societati factum esse, ne ignorantes decipiantur, contrahentes cum uno ex sociis nomine societatis, atque ita sequentes fidem societatis, quæ jam dissoluta est, arg. *l. sed si pupillus* 11. §. 2. *& seqq. ff. de institor. act.* Justam sane ignorantiam eorum, qui non muniti cum quondam socio post dissolutam societatem contraxerunt, ac crediderunt consueto more in usum societatis, ipsis damnosam esse, æquum non est, arg. §. *item si* 10. *Inst. de mandato*, *l. actione* 65. §. *item si alicujus* 10. *ff. h. t. l. cuicumque* 5. §. *idem Labeo* 9. *ff. de Inst. act.* qui si ex adverso eam scivissent dissolutam, de se queri & sibi imputare deberent, licet non solemniter admoniti essent; cum certiorari non debuerit, qui non ignoravit, arg. *l.* 1. *in fine ff. de act. emti.* Confer Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 5. *num.* 6. *fere in pr.* Joh. Papon *lib.* 15. *t.* 2. *in append. arrest.* 7. Treutlerum *vol.* 1. *disp.* 27. *thes.* 11.

26. Finito quoque negotio societatem dissolvi uti & publicatione bonorum ac cessione, constat ex §. *item si alicujus* 6. 7. 8. *Inst. h. t.* si modo bonis cedens, aut publicationem bonorum patiens, rem contulerit; non vero si opera; quippe quæ non minus post, quam ante cessionem aut publicationem, præstari possunt: ut proinde eo casu non deficiat materia societatis, atque ita etiam cesset ratio, cur finiretur. Quamvis negari non possit, quin velut ob supervenientem egestatem, secundum ante dicta, socius alter renunciare societati possit, ubi credit, eam sibi non expedire. Quemadmodum vice versa etiam societas, publicatione vel cessione peremta, redintegrari potest nova voluntate, ut forte operas conferat, qui ante publicationem fecerat rerum collationem, d. §. 8. *Inst. h. t.* Quod si servus post coitam societatem alienatus, in ea perseveraverit, nova societas cum novo domino contracta intelligitur, *l. si id, quod* 58. §. *ult. ff. h. t.* aliter quam in eo servatur, qui ex patrefamilias fit filiusfamilias aut vice versa; utpote quia capitis diminutione non perimitur societatis jus, *d. l. si id quod* 58. §. *si filiusfamilias* 2. *l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. h. t.*

27. Finita societate, res sociorum communes pro rata, qua collatæ, redeunt ad socios, seu, quisque quod contulit, pro rata deducit: excepta universali totorum bonorum societate, in qua viriles singulis partes cedunt, si non aliud actum sit. Quod si unus operam, alter pecuniam contulerit, servandum quod convenit; si nihil convenerit, rem conferens eadem prius deducit, si opera collata tam levis sit, ut videatur cum usuris pecuniæ speratis compensanda. Sed si appareat, tanti operam valere, quanti valet ipsa ab altero latere collata sors, vix est, ut ei, qui rem contulit, concedendum fuerit eandem præcipere, ne manifesta inde inter socios inæqualitas oriatur. Quod latius docet Vinnius *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 54. post Hug. Grotium *de jure belli ac pacis lib.* 2. *num.* 24. Confer Hect. Felicium *de societ. cap.* 9. *num.* 54. *& seqq. & cap.* 16.

28. Quamvis autem socius in dubio non præsumatur in re communi habuisse furandi propositum, si tamen cum contrectatione concurrens furti faciendi affectus probari queat, non tantum hoc societatis judicio, sed & furti actione pœnali socius conveniri potest, nec altera instituta alteram tollit: cum altera rei tantum, altera mera pœnæ persecutio contineatur, *l. rei communis* 45. *l. merito* 51. *ff. h. t.* Cui contrarium non est Javoleni responsum in *l. si is, cui* 71. *ff. de furtis*, cum ibi per *actionem furti* intelligenda sit condictio furtiva, quæ, cum rei persecutoria concurrens efficit, ut una prius intentata alteram tollat, arg. *l.* 1. *Cod. de condict. furtiva.* Quomodo etiam actio furti pro condictione furtiva accipitur in *l. & ita* 3. §. *ult. ff. nautæ caup. stabul. ut recepta restit.*

LIBER OCTAVUSDECIMUS.

TITULUS I.

De Contrahenda Emtione, & de Pactis inter Emtorem & Venditorem compositis, & quæ res venire non possunt.

SUMMARIA.

1. *Emtione quid significetur in latissimo, minus lato, & stricto sensu? Quid sit imaginaria venditio? an valere possit tanquam donatio?*
2. *Quid operetur promissio de re justo pretio vendenda, vel si quis promiserit Titio,* se rem nulli alii quam Titio venditurum?
3. *Nemo invitus cogitur rem suam vendere, licet eam jam publice proscripserit. Recensentur casus excepti. Emtio consensu perficitur; nec scriptura opus. Quid juris, si id actum, ut in scriptis fiat venditio?*
4. *Obest consensui ebrietas, qua occasione de venditionibus in popina celebratis in Rhenolandia alibique.*
5. *Error facit emtionem nullam, si in toto corpore, vel in tota substantia, vel in qualitate, quam res habet a jure, vel in tota materia erratum sit.*
6. *Qualis error non faciat venditionem nullam, sed tantum pretium diminui? & an tunc emtori præstandum sit id quod interest?*
7. *Error in quantitate nunquam facit emtionem nullam. An ob errorem talem pretium augendum vel minuendum sit? quando fundus* ad quantitatem, *quando* ad corpus *censeatur venditus?*
8. *Qui emere possint? an alius pro alio, quem nominaturus est? an venditor teneatur sequi fidem*

nominati? intra quantum temporis spatium nominatio moribus nostris facienda sit?

9. *An, & quo modo tutor emere possit rem pupilli? Quid juris in procuratoribus, testamenti executoribus, aliena negotia gerentibus, Ecclesiarum œconomis?*

10. *An milites & magistratus eorumque ministri emere potuerint in ea provincia, in qua militant, aut cui præsunt? An hodie judex, qui venditionem publicam decrevit, ~~aut~~ graphiarius, aut apparitor, aut præco, & alii auctionis ministri?*

11. *An quis possit domum emere ad destruendum? An Monasteria aut Ecclesiæ moribus nostris emere possint immobilia? An nobiles negotiari? An moribus domatim merces per peregrinos vendi? An pœnæ loco interdici negotiatio possit, vel invito imponi?*

12. *Emere prohibitus nec per interpositam personam id potest.*

13. *Quales res vendi possint? An & fructus nascituri? frumentum in herba? & quid si nihil nascitur? quid si venditor fructus nascituros vendens, promiserit, se præstiturum* si quid vi aut tempestate factum esset? *An alea spes emi? spes emta videtur, si emtum jus deducendi metalla ex fodinis.*

14. *Res aliena vendi potest, socius suam tantum partem in re communi: fiscus tamen rem totam.*

15. *An vendi res sacræ & similes? An hodie, & quo modo, præbendæ & canonicatus? An res per testatorem vel legem vel pactum alienari vetita; & cur aliud jus sit in alienatione per pactum prohibita, quam si testamento vel lege prohibitio facta sit?*

16. *Quid juris, si res furtivæ sint emtæ, aut pecora a militibus aut prædonibus abacta, aut materia ædium per hostes aut milites dejectarum?*

17. *De purpura a privatis non vendenda, servis Christianis Judæo non distrahendis, & de fundis Principis patrimonialibus.*

18. *De Romanæ gentis eunuchis, venenis malis, libris improbatæ lectionis, de cote, armis, vino, ferro, frumento, ad hostes aut Barbaros non transvehendis. An tempore belli impediatur jure, ne populi neutri parti studentes, merces ullas ad hostes devehant? ubi & de pactis plurium populorum hac de re. An si ex conventione res licita cum illicitis ad hostes ferantur, licita aut navis una cum illicitis capta publicentur?*

19. *Quibus ex causis justum sit etiam alta pace prohiberi mercium impetrationem aut exportationem?*

20. *Prohibitio importationis aut exportationis mercium strictam recepit interpretationem, quod exemplis docetur.*

21. *Quid juris, si ante contractum emptionis res emta in totum aut pro parte perierit, ignorante vel sciente alterutro vel utroque.*

22. *Pretium merci respondere debet; & in pecunia consistere. Quid si pretium sit constitutum animo non exigendi? quid si postea remittatur? quid si aliud in solutum detur? quid si partim res, partim pecunia detur?*

23. *Pretium debet esse certum. An instrumento vel testibus probetur plene emtio, si non sit declarata quantitas pretii? An pretium conferri possit in arbitrium tertii, vel unius contrahentium? quid juris, si tertius nolit vel non possit arbitrari, vel iniquum arbitretur?*

24. *Quando perfecta sit venditio? quid si res ad gustum sit vendita, vel sub conditione, vel ad pondus, numerum aut mensuram?*

25. *Emtioni accedere possunt arrha; explicatur materia arrharum.*

26. *Recensentur pacta quædam præcipua, quæ possunt vel non possunt adjici emtioni. De pacto,* si res emtori placuerit, *intra quantum tempus voluntas declaranda sit? an ad heredem transeat facultas declarandi voluntatem? De pacto, ut* equi venales experiundi dentur, *&c.* ut res venalis apud emtorem relinquatur, quo possit peritioribus ostendi; *& cujus periculo tunc res venales sint apud emptorem constitutæ, vel jussu ejus ad venditorem relatæ, & interversæ? De pacto, ne ad præteritas pensitationes emtor teneatur.*

27. *Facta dubia quo modo recipiant interpretationem? an contra emptorem, an vero contra venditorem?*

28. *Recensentur pacta varia dubia, quæ ab ipsis legibus receperunt interpretationem.*

1. Emtionis verbo lex duodecim tabularum omnem alienationem complexa videtur, adeo ut & legatum eo contineatur, teste Pomponio & Marciano in *l. statuliberi* 29. *§.* 1. *post med. ff. de statuliberis, l. sicut re* 8. *§. venditionis* 11. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Rævardus *l.* 4. *variorum cap.* 12. Strictius acceptum, locationem comprehendit, in quantum veteres emtionem dixerunt & eam, quæ proprie locatio erat, uti *pretium* pro *mercede*; quod latius docet Cujacius *lib.* 9. *observ.* 15. Gothofredus *in not. ad l.* 20. *ff. de act. emti.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 2. *num.* 6. Hic vero, prout a locatione distinguitur, est contractus bonæ fidei consensu constans, quo id agitur, ut merx certo pretio permutetur. Cujus tria sunt requisita substantialia, consensus, merx, & pretium; quorum unum si desit, emtio non est. Et quamvis imaginariæ venditiones, quæ uno intetveniente nummo peragebantur, atque adeo sine pretio (dum nummus unus vulgo pretium non est, sed pretio aut mercedi opponitur, *l. si quis ante* 10. *§. ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si quis conduxerit* 46. *ff. locati, l. imaginaria* 16. *ff. de reg. juris,*) non modo apud antiquissimos Romanos in emancipatione liberorum, testamento per æs & libram, nuptiis coemtione factis, adhibitæ fuerint, sed & jure civili recentiore usum subinde insignem præstiterint, veluti in restituenda dote, cum ususfructus in dotem datus esset, *l. si ususfructus* 66. *ff. de jur. dot.* nec reprobatæ fuerint, si quis eas celebrare voluerit, quoties neque legibus publicis, neque tertio per hujusmodi imaginarias venditiones fraus sit; sciendum tamen, eas non tam venditionis, quam potius donationis effectum sortiri, *l. si donationis* 3. *C. h. t.* sic ut usucapio ex hisce non *pro emtore*, sed magis *pro donato* procedat, *l. ult. ff. pro donato*, neque subsistant inter eos, inter quos jura donationes prohibuerunt, *l. si quis donationis* 38. *ff. h. t.* Et ex hisce explicandum puto, quod a Paulo scriptum est, *nudam & imaginariam venditionem pro non facta esse, & ideo nec alienationem*

ejus rei intelligi, *l. nuda* 55. *ff. h. t.* scilicet pro *non facta* est, in quantum valere nequit tanquam venditio, quia, deficiente pretio, *emtio in sui deficit substantia*, secundum *d. l.* 3. *C. h. t.* & *vendere non videtur*, qui in venditione pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, *l. cum in venditione* 36. *ff. h. t.* ac ideo etiam *alienatio ejus rei non intelligitur*, ut habet *d. l.* 55. *ff. h. t.* puta, ex illo titulo venditionis; sed quod dominium non transibat ex venditione, ex donatione tamen, quæ imaginariæ inest venditioni, transferebatur mediante traditione, *d. l.* 3. *C. h. t.* uti usucapiebatur, si res aliena sic traderetur, *de l. ult. ff. pro donato*.

2. Distat autem ab hoc venditionis contractu promissio de re justo pretio vendenda: cum enim necdum de pretio certo convenerit, deficit etiamnum emtionis substantia, magisque emtio inchoata aut præparata, quam perfecta est. Vide Berlichium *decis.* 142. Nec dubitem, quin is, qui ita justo pretio se emturum aut venditurum promisit, recedere impune ab ea conventione possit, dum alter cariore pretio vendendi, alter viliore emendi votum habet, atque ita inter eos post contentionem & disceptationem de justi pretii quantitate consensus in certum pretium tandem haud sequitur, arg. *pr. Instit. h. t.* junct. *l. si voluntate* 8. *in med. C. de rescind. vendit.* Si tamen ad hujusmodi pactionem de re vendenda sine ulteriori tractatu de pretio, alter rem tradiderit, alter certam numeraverit pecuniæ quantitatem, venditionis contractus intercessisse intelligitur, consensu non verbis sed rebus ipsis & factis in mercem ac pretium abunde declarato. Uti enim non minus *re*, quam *verbis* societatem coiri non placuit, *l. societatem* 4. *ff. pro socio*, ita ratio non est, cur non idem in emtione probetur. Fachineus *controv. lib* 2. *cap.* 5. Quod si quis promiserit, se *nulli alii*, *quam mihi* rem certam venditurum, nullo quidem modo ex illa conventione ad rem vendendam constringi potest, sive jus Romanum, sive mores hodiernos spectet; sed si deinceps eam alteri distraxerit, actio mihi competit ad id quod interest, pacto paritum non esse, si modo secundum jus civile pactum tale emtioni alteri anteriori vel alteri simili bonæ fidei negotio in continenti adjectum fuerit, *l. si sterilis* 21. §. *sed & si* 5. *ff. de act. emt.* hodie vero, etiamsi nudum fuerit, nulli alteri contractui appositum, cum tunc ex nudo pacto actio producatur. Plane, si post talem conventionem interpositam promissor rem vendere velit, suffecerit, quod ei, cui id promisit, denunciet suum vendendi propositum; qui si intra menses duos rem non emat, nullam in posterum actionem habet ob id, quod illa deinceps tertio distracta sit, *l. qui Romæ* 122. §. *cohæredes* 3. *ff. de verb. obligat.* & argumento eorum, quæ de emphyteuta post duos menses, ex quo denunciationem domino directo jus protimeseos habenti fecit, emphyteusin extraneo distrahente traduntur in *l. ult. C. de jure emphyteut.* facit *l. quod si nolit.* 31. §. *si quid ita* 22. *ff. de adilit. edicto.* Guido Pap. *decis.* 569. *n.* 2. 3. Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 114.

3. Ante omnia secundum generalem omnium contractuum naturam consensus ad emtionem requiritur, neque quisquam invitus ad emendum vel vendendum compelli potest, *l. invitum* 11. *C. h t.* etiamsi forte res suas, tanquam venales, jam proscripsisset, & auctionis publicæ dixisset diem, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 27. 28. Nisi aliud suadeat favor sepulturæ, *l. si quis sepulchrum* 12. *pr. ff. de religionis*, aut libertatis, §. *ult. Instit. de donation. l. duobus* 30. *ff. de liberali causa*, aut publicæ utilitatis in casibus *l. si locus* 14. §. 1. *ff. quemadm. servit. amitt. l. venditor* 13. §. 1. *ff. commun. præd. tam urb. quam rust. l.* 1. 2. & *tot. tit. C. ut nemini liceat in coemtione specierum se excusare*, ibique Perezius, vel malitia domini re sua contra publicam utilitatem abutentis, §. *ult. Instit. de his qui sui vel alieni juris sunt*, vel individuæ rei fiat adjudicatio, *l. Julianus* 13. §. *idem Celsus* 17. *ff. de act. emti*, *l. communi* 7. §. *si debitor* 13. *ff. communi divid.* vel creditori aut fidejussori, qui pignus emit, oblatio fiat soluti per posteriores creditores aut debitorem, de quo latius *tit. qui pot. in pignore*, *l. fidejussor*, 2. *l. cum secundus* 5. *l.* 6. *ff. de distract. pignor.* Consensu determinato ad mercem & pretium interposito, nihil ultra ad emtionis perfectionem desideratur, adeoque neque verba, neque traditio, neque scriptura, *tit. Inst. de obl. ex cons.* nisi nominatim ab initio inter contracturos id actum fuerit, ut in scriptis venditio celebretur; quo casu non aliter perfectam esse venditionem placuit, quam si & instrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahentibus vero subscripta, &, si per tabelliones fiant, completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta: donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentiæ locus est, & potest emtor vel venditor ab emtione sine pœna alia, quam amissione arrharum datarum, aut duplicata acceptarum restitutione secedere, *pr. Inst. h. t. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 57. 58. 57. & *seqq.* Neostadius *de pactis antenupt. observ.* 19. *post med.* Ant. Faber. *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 23. Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 97. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 278. (*vel* 286. *pag.* 517.)

4. Obest consensui metus & dolus, de quibus actum *lib.* 4. *tit.* 2. & 3. obest gravis, quæque hominem bruto similem ac rationis expertem reddit ebrietas. Quæ dum in tabernis & popinis præsertim dominatur, hinc Rhenolandiæ consuetudine obtinuit, ratas non esse venditiones ruri in tabernis potatoriis celebratas, nisi horarum viginti quatuor lapsu confirmatæ fuerint, data medio tempore utrimque pœnitendi licentia sub arrharum & symboli amissione: non enim a serio & deliberato contrahendi consilio, sed magis a nimia oris liberalitate, nimiove vini impetu atque calore profectæ creduntur istiusmodi conventiones, ut æquum non fuerit, protinus iis quemquam obstringi, nisi perseverantia mentis apparuisset, arg. §. 1. *Instit. de militari testamento*, *l. quicquid in calore* 48. *ff. de reg. juris*, *l. perspiciendam* 11. §. *delinquitur* 2. *ff. de pænis.* Hugo Grotius *manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 7. 8. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *num.* 3. Quod & in Flandria jus esse, tradit Burgundus *ad consuet. Flandriæ in prologo num.* 5. & Kennemariæ oppidis, aliisque nonnullis Hollandiæ borealis locis, datum fuisse, docet Leeuwen *de loco*.

5. Obest & error, *l. si per errorem* 15. *ff. de jurisdict. l. nihil consensui* 116. §. *ult. ff. de reg. juris*, qui quandoque emtionem nullam facit, quandoque non. Ipso jure nulla ob erroris interventum venditio est, si erratum sit in toto corpore, *l. in venditionibus* 9. *ff. h. t.* Vel in substantia, dum pro vino venditum est acetum quod nunquam vinum fuit, vel pro puero puella, *d. l.* 9. §. *inde queritur* 2. *l. alioquin* 11. §. 1. *ff. h. t.* Vel in qualitate, quam res habet a jure, dum sacra, sancta, religiosa, & similia distracta sunt, §. *ult. Inst. h. t.* licet scienter emens talem rem ab ignorante teneatur ad pretium, arg. *l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. h. t.* & ignoranter emens a sciente petat actione ex emto id quod interest; sic ut hactenus emtio, quæ nulla est, intercessisse intelligatur, ac prosit ad agendum, *l. & liberali* 4. *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. h. t. d.* §. *ult. inst. h. t.* uti nullum est pignus alienæ rei, & tamen inde pignoratitia ad id quod interest a lege datur, *l. si rem* 9. *ff. de pignor. act.* Nulla insuper emtio est, si in pretio erratum sit, quoties nulla apparet summa concurrens, in quam emtor venditorque consentiat, *d. l.* 9. *ff. h. t.* alioquin, si tu vendas aureis quinque, ego aureis decem eam emtam putem, valitura esset venditio, non in decem, sed in quinque; quia venditori in quinque consentienti nulla fit injuria, & liberationi magis favendum, quam obligationi, ac in ambiguis id, quod minimum est, eligendum venit, arg. *l. si decem* 52. *ff. locati*, junct. *l. semper in obscuris* 9. *ff. de reg. juris.* Nullam denique facit venditionem error in tota materia, si forte æs pro auro distractum sit, *d. l.* 9. §. 2. *l. quid tamen* 14. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod Marcianus scribit, eum, qui vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, teneri, ut aurum, quod vendidit, præstet, *l. Labeo* 45. *in fine ff. h. t.* cum tamen aurichalcum quondam fuerit separata metalli species, nihil cum auro commune habens, ut docet Pancirollus *memorabilium lib.* 1. *de rebus deperditis c.* 8. Nam cum idem auctor, & ad eum Salmuthus in notis, probent, jam Plinii tempore metallum istud dudum desiisse reperiri, vix est, ut Marcianum de ejus venditione egisse credamus: quin potius de auro & ære simul mixto, ut vox *aurichalci* parte priore Latina, posteriore Greca, a Χαλκὸς, satis demonstrat, cujus generis aurichalcum, id est, æs auro mixtum, Marciani tempore procul dubio repertum fuit, non modo in ære Corinthico, de quo idem Pancirollus *d. lib.* 1. *cap.* 34. sed & alias frequenter, dum aurum æri semel mixtum nulla potuit tunc temporis arte separari, *l. idem Pomponius* 5. §. 1. *ff. de rei vindicat.* uti quidem argentum ab ære, *l. lacus* 12. §. 1. *ff. de acquir. rer. domin.* Quamvis & ex auro ac argento mixta species de cetero peculiare *electri* nomen sortita sit; ut pluribus videri potest apud Ræoardum *lib.* 1. *varior. cap.* 19. ac notabile, quod aurichalcum & electrum auro opponuntur in *l.* 1. *si quis in* 4. *ff. de legatis* 1. quasi hæc utraque mixta species ex auro & ære vel auro & argento non debeat auri legati appellatione venire. Quibus consequens est, in *d. l.* 45. non in tota materia, sed tantum in parte ejus erratum fuisse, ac proinde venditionem non fuisse nullam, quia auri aliquid habuit aurichalcum, quod pro auro distractum erat, arg. *d. l.* 14. *ff. h. t.* Non etiam adversatur, quod pignus valeat, ubi æs pro auro obligatum fuit; qui tamen contractus æque, ac emtio, bonæ fidei negotiis accensitus est, ac consensum æque requirit, *l.* 1. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Considerandum enim, initio inspecto non subsistere æris pro auro pignori dati obligationem, idque ob defectum ordinati consensus; sed magis errore dolove dantis comperto convalescere, dum creditor ratum nihilominus habet æris pignus, satius ducens, æri saltem incumbere, quam nullam habere in re securitatem: eo fere modo, quo & emtio, cui dolus causam dedit, etsi ab initio nulla sit, rata tamen haberi potest per eum, qui dolo ad contrahendum inductus fuerat, si sibi eam non obstante dolo profuturam opinetur. Quod autem Paulus tradidit, sustinere stipulationem, qua quis id, quod aurum putabat, cum æs esset, stipulatus fuit, *l. si id quod* 22. *ff. de verbor. oblig.* ejus illa ratio est, quod stipulatio stricti juris sit, ac propterea qualiscunque sufficiat in corpus ipsum consensus ad validitatem ejus; atque insuper stipulanti, qui vicissim haud obligatur, præstet aliquid quam nihil recipere.

6. Ex contrario subsistit venditio, non obstante errore, si error tantum sit in qualitate rei venditæ accidentali; quæ tamen casu vel actioni quanti minoris, vel ex emto ad pretii diminutionem locus est; veluti si ancilla ut virgo distracta fuerit, cum jam mulier esset, *l. alioquin* 11. §. 2. *ff. h. t.* vel acetum pro vino, quoties vinum fuit sed acuit, *l. in venditionibus* 9. §. 2. *ff. h. t.* Idemque est, si in parte materiæ erratum sit, dum aurum forte divenditum, quod emtor optimum existimabat, cum esset deterius, *l. utiliter* 10. *ff. h. t.* vel secundum ante dicta æs aliamve materiam viliorem haberet admixtam, vel velut aureum distractum fuisset, quod tantum inauratum erat, *l. quid tamen* 14. *ff. h. t.* (adde tamen Grotium *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 6.). Cui non contradicit Julianus, cum ait, *nullam esse emtionem, si mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solidâ vendidisti imprudens*, *l. cum ab eo* 41. §. *mensam* 1. *ff. h. t.* Non enim illic in parte materiæ, sed magis in tota materia erratum fuerat, cum mensa tantum argento cooperta esset, nulla sui parte argentea: quo modo etiam Papinianus distinxit inter *mensas argenteas*, & *argento inclusas*, *l. legata* 9. §. *supellectilis* 1. *ff. de supell. legata.* Nec his in casibus præstandum emtori amplius id quod interest seu damnum, quod ex eo contigit, si modo venditor justam habuerit errandi causam, *l. Labeo lib.* 45. *ff. h. t. l. Julianus* 13. *pr. ff. de act. emti*; nam si sciverit vel supina aut affectata in venditore ignorantia appareat, magis est, ut nihilominus ad id quod interest damnari debeat, *d. ll.* veluti si vitæ ejus & artis ac instituti sit, ut ignorare non debuerit istam rei a se venditæ qualitatem; quo de casu accipienda videtur *l. si sterilis* 21. §. *quamvis* 2. *ff. de act. emti.* Eo modo, quo & in locatione, ratione ejus quod interest inter locatorem, rei vitium scientem, & ignorantem, distinctio adhibetur, veluti in pascuis elocatis, in quibus herba mala nascebatur; & tamen tenetur ad id quod interest, qui dolia vitiosa ignorans locavit, si vinum effluxerit, non alia, ut opinor, de causa, quam quia doliorum locator, tanquam artifex, non debuerat istius vitii doliorum ignarus esse, *l. sed addes* 19. §. *si quis dolia* 1. *ff. locati.*

7. Si in quantitate erratum fuerit, valet quidem venditio, nec ullo in casu ipso jure nulla est; sed an

pretium pro rata quantitatis majoris minorisve, quam adesse credebatur, repertæ augendum vel minuendum sit, nec ne, distinctione terminandum est. Nam si, verbi gratia, fundus ad quantitatem distractus sit, augendum vel minuendum esset pro rata pretium, prout amplior angustiorve inventus fuerit agri modus, quam contractu expressus est, *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. *ff. h. t. l.* 2. *pr. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de act. emti, l. qui liberta.is* 69. §. *ult. ff. de evictione.* Idemque est, si quantitas quidem, quæ designata est, inveniatur, sed non talis naturæ vel bonitatis, qualis expressa fuit; ut decem jugera in pratis, decem in vineis dicantur esse, & duodecim in pratis, octo tantum in vineis deprehendantur: minuendum namque tunc foret pretium pro bonitate, quæ abest, si modo non minima, sed notabiliter quædam qualitatis aut bonitatis portio desit, *d. l.* 4 §. 1, *l. si duorum* 42. *ff. de action. emti.* Quin imo, si Paulo fides, tenebatur olim venditor in duplum quantitatis ejus, in qua mentitus erat., Paulus *recept. sent. lib.* 2. *t.* 17. §. 4. videtur autem eo casu, quo ad quantitatem res vendita est, ita jus esse, ut, si quidem minor inveniatur mensura, quam expressa est, arbitrio venditoris permitti debeat, an pretium pro rata remittere aut refundere, an mensuram, quæ deest, supplere malit: sin major deprehendatur, emtoris electio sit, an pretium augere pro rata velit, an magis id, quod amplius est, venditori relinquere, ne alioquin invitus emere compellatur. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. Neostadius *Curia Holl. decis.* 18. *in fine.* Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 2. *num.* 18. Quod si ex adverso non ad quantitatem, sed ad corpus res fuerit divendita, inventus major minorve rei modus nequaquam minuet augebitve pretium, nisi concurrat insuper dolus venditoris consulto mentientis, *l. Julianus* 13. §. *si Titius fundum* 14. *ff. de act. empti.* arg. *l. qui fundum tradiderat* 45. *ff. de evictione.* Ceterum non ad quantitatem, sed magis ad corpus facta intelligitur venditio, si nulla prorsus sit facta quantitatis mentio, veluti si quis simpliciter *fundum Cornelianum* vendat, vel *fundum Cornelianum qualis est*, vel *talem qualem ipse hactenus possedit*, vel *qualem colonus nunc habet, tenet, colit.* Vel si quantitatis quidem sit facta declaratio, sed adjecta protestatione, dum quis, verbi gratia, vendit *fundum centum jugerum aut quanto plus minusve continebit;* seu *ut tamen isti noluit adstringi quantitati.* Vel denique quantitatis quidem sit facta mentio, veluti, *vendito fundo centum jugerum*, sed simul etiam monstrati fuerint fines fundi, arg. *d. l.* 45. *ff. de evictione.* Ut tamen in casibus duobus posterioribus, si notabilis admodum sit diversitas quantitatis expressæ, & re ipsa inventæ, sic ut in finium monstratione videatur erratum pretium, adhuc pro rata augendum vel minuendum foret, aut emtor traditione quantitatis expressæ teneretur ex bono & æquo contentus esse. Groenewegen ad *d. l.* 45. *ff. de eviction.* & ad hunc forte casum reducenda ac restringenda, quæ occurrunt apud Hug. Grotium *manud. d. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. & Neostadium *Curiæ Holl. decis.* 18. *circa fin.* majoris scilicet minorisve modi inventi, quam dictus erat, rationem habendam, si jugeri unius quantitatem excedat: quandoque scriptum est apud Jac. Coren *observat.* 19 *lit. g.* & Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap* 19. *n.* 19. ex locorum quorundam consuetudine suppleri minuive oportere pretium, si minor majorve quantitas inventa superet centum, vel quinquaginta decempedarum mensuram, *so't verschil ontrent de quantiteyt is moncerede bovenkat of bond vel boven bond of ba.f.* Contra, ad quantitatem facta censeri debet fundi distractio, quoties vel *decem jugera fundi Corneliani* venduntur, vel simpliciter *fundus Cornelianus*, sed pretio in *singula istius fundi jugera* constituto, Jacob Coren. *d. observ.* 19. *in fine, in nota subjuncta.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 263. Confer de errore in quantitate Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 3. *& seqq.* Jac. Coren *d. observ.* 19. Neostadium *d. decis.* 18. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 16. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 207. *&* 263. *& part.* 2. *consil.* 313. Groenewegen *ad Grotium d. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 80. & *ad d. l.* 45. *ff. de evictione.* Brunnemanum ad *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.*

8. Emere possunt quilibet non prohibiti, quisque pro se, nemo pro alio, nisi procurator sit, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. de act. emti.* alioqui neque sibi, neque ei, pro quo sine mandato emit, actionem acquirit; sed dominus fiet is, cui ex his duobus rem venditor tradiderit, *l. multum interest* 6. *in fine C. si quis alteri vel sibi.* Quamvis insertum venditionis instrumento nomen alienum non impediat, quo minus actionem habeat, cui se non alieno, sed suo nomine, emisse probat, *l. mancipia* 3. 4. 5.. 6. *C. si quis alter. vel sibi sub alterius nomine.* Si quis pro se & Titii mandato fundum emerit, nihil Titio, sed ubi totum fundum acquirit, *l. fundum ille* 64. *ff. h. t.* Sed &, si quis rem emat pro eo, quem postea nominaturus est, quasi alter in præsenti nolit tanquam emtor innotescere, aut nomen suum instrumento inscribi non patiatur, juxta *l. pupillus* 5. §. *sane ff. de auctor. tut.* quod & moribus frequens est; ipse, qui emit, obligatur ut emtor, nec liberatur nominatione facta, nisi venditor sponte sua velit nominatum ut emtorem agnoscere, eoque contentus esse; neque enim venditor credendus est alterius incerti & ignoti, sæpe etiam minus idonei, fidem secutus esse, sed potius istius hominis certi, quocum contraxit, cujusque novit vel saltem novisse debuit conditionem, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, ac fieri facile posset, ut qui nominaturo vendidit, nominato non fuisset venditurus, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 34. *defin.* 1. & *t.* 42. *defin.* 28. *in fine*, Joh. Papon *lib.* 18. *t.* 6. *arrest.* 13. Estque nominatio hæc vel electio, pro quo emtum dicitur, intra certum tempus statutis aut usu probatum facienda, ne alias nova magis venditio videatur. Quadraginta dies habet Ant. Faber *d. lib.* 4 *t.* 34. 1.2. in Hollandia propter quadragesimam pretii fisco pendendam ex edictis Ordinum anterioribus sex septimanarum spatium erat; at ex edicto anni 1623. solummodo triduum; quippe quo elapso, velut ex repetita venditione rursus quadragesima alia fisco inferenda foret, vol. 1. *placit. pag.* 1596. *art.* 9. idque plenius stabilitum edicto de vigesima & quadragesima 23. *Julii* 1664. *art.* 9. *vol.* 2. *placit. pag.* 3171.

9. Tutorem quod attinet, is palam in actione publica emere potest rem pupilli, *l. cum ipse* 5. *C. h. t.* uti & a contutore, si bona fide geratur negotium, *l. pupillus obligari* 5. §. *item ipse* 2. *ff. de auctorit. tut.*

non vero clam, nec per interpositam personam, nec mala fide; quibus tamen in casibus, si suæ ætatis factus pupillus comprobaverit emtionem, contractus valeret, *d. l.* 5. §. 2. 3. 4. *ff. de auctor. tut.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 1. Groenevvegen ad *d. l.* 5. *C. h. t.* Neque obstat *l. tutor rerum* 56. *ff. de administr. & peric. tutor.* Eo enim ipso, quo tutor rerum pupilli venditionem bona fide fecerat, &, emtoribus pretium non solventibus, res apud se retinuerat, pretiumque pupilli rationibus accepto tulerat, eas non a pupillo, sed ab ipsis emtoribus in pretii solutionem deficientibus emisse videtur. Quæ vero de tutoribus cauta, ea quoque in curatoribus, procuratoribus, testamentorum executoribus aliisque similibus, qui aliena gerunt negotia, probanda sunt, *l. si in emtione* 34. §. *ult. ff. h. t.* Et quamvis œconomis jure Romano in universum interdicta videatur emtio rerum ad istam Ecclesiam pertinentium, *auth. quibuscunque C. de sacrosanct. Eccl.* moribus tamen nostris idem, quod in tutoribus, servari monet Groenevvegen ad *d. l.* 5. *C. h. t. in fine.*

10. Militibus prædia comparare in ea provincia, in qua militant, exceptis paternis a fisco distractis, interdictum fuit, *l. milites prohibentur* 9. *ff. de re militari.* Magistratibus quoque & eorum domesticis ac ministris per se vel interpositam personam, sive palam sive clam, in ea provincia, cui præsunt, emere permissum non est; eo quod emtio per hos facta, non tam a libera provincialium voluntate profecta, quam metu potentiæ & auctoritatis extorta crederetur, & magis ereptio, quam emptio esset; constituta in eos, qui contra fecerint, pœna quadrupli & amissionis rei emtæ, si ex officio emerint, id est, si emerint, dum ipsi suo fungentes officio eam vendiderunt aut vendi jusserunt, atque ita ipsi emtores simul ac venditores essent, *l. non licet* 46. *ff. h. t.* Et quamvis in urbanis magistratibus ac administratoribus ita jus fuerit, ut impetrato speciali rescripto Principis ad rerum emtionem accedere potuerint, *l. un. pr. C. de contractibus judicum,* in provincialibus tamen contra statutum, non valere factam per eos emtionem, etsi Princeps permisisset, *d. l. unic.* §. 2. & 3. Qua lege eatenus mutatum fuit, quod generalius de consensu Principis Marcianus adnotaverat in *d. l.* 46. *in fine ff. h. t.* Quod si magistratus aliique similes extra officii limites quid comparassent ibi, ubi officium gerunt aut administrationem, in pœnam ejus privantur pretio, quod fisco cedit, re venditori restituta, *l. aufertur* 46. §. *quod a praside* 2. *ff. de jure fisci.* Nisi venditor a præside apertum metum passus fuisset & impressionem; tunc enim pretium non fisco cedere debebat, sed ipsi venditori metum passo, *l. pen. C. de his, quæ vi metusve causa,* idque jure singulari, cum alioquin in actione quod metus causa is, qui rem recuperat, vicissim pretio carere debeat. Cujacius *lib.* 16. *obs.* 13. Excipiuntur tamen & hic prædia paterna, uti & res ad victum & amictum pertinentes, ad quarum emptionem placuit magistratus mitti posse, *d. l. unic. C. de contract. judicum, l. qui officii* 62. *pr. ff. h. t. l. solent* 6. §. *ult. ff. de offic. procons. & legati,* arg. *d. l.* 9. *ff. de re militari.* Confer Revardum *lib.* 2. *varior. cap.* 20. Jacobum Gothofredum *ad l.* 5. *C. Theodos. de iis, quæ administrantibus distracta sunt.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 10. *num.* 2. & *seqq.* ubi ulterius ex usu hodierno exponit, an judex, qui venditionem publicam decrevit, an graphiarius, an apparitor distrahens, an præco aliique auctioni publicæ ministrantes, ad licitationem accedere possint, & licitando vincere.

11. Nullus quoque emere potest domum eum in finem, ut destruat, constituta dupli fisco inferendi pœna; ita tamen, ut venditor emtori, duplum fisco solventi, reddere teneatur pretium acceptum, *l. senatus censuit* 52. *ff. h. t.* quo fit, ut effectu inspecto emtor & venditor simplo singuli mulctentur, *l. ult. ff. de damno infecto.* Ant. Faber *in rational. ad d. l.* 52. Vetitum quoque moribus hodiernis, ne monasteria vel Ecclesiæ emant, aliove titulo acquirant immobilia, sive allodialia, sive feudalia, *Edict. Caroli V.* 19. *Octob.* 1520. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 396. Nobiles atque potentiores quod attinet, emere quidem potuerunt usus sui gratia, quin & mercaturam liberaliorem exercere sine dignitatis læsione, cum id nuspiam iis interdictum sit; sed minutim merces vendere non potuerunt, seu *ultimi negotiatores* esse, ut habet *l. ne quis* 6. *C. de dignitat.* quippe quo inter plebejos ementes ac mercatores minutim vendentes difficilius redderetur emendi vendendique commercium, dum per potentiores illos plebeji opprimerentur; adeoque ad istud minutim negotiandi genus restringenda dispositio *legis* 3. *C. de commerciis & mercatoribus*, arg. *d. l.* 6. *C. de dignitat. l. si cohortalis* 12. *C. de cohortalibus principibus.* Adde Groenewegen *ad d. l.* 3. Sciendum denique nonnunquam propter publicam utilitatem interdictum esse negotiationi; qua ratione prohibitum ab Hollandiæ Ordinibus, ne quis navigio, aut vehiculo, vel alio modo, per urbes ac pagos vagetur, & domatim merces venales offerat; quia id genus mercaturæ non modo probatis obest mercatorum collegiis, sed & fraudationi vectigalium occasionem præbet, ac vulgo *Ventjagerye* appellatur, *Placit. Ordin. Holl.* 16. *Martii* 1679. *vol.* 3. *placit. pag.* 806. & 30. *Martii* 1679. & 6. *Aprilis* 1680. *d. vol.* 3. *pag.* 802. Sed & infrequens non fuit etiam per sententiam judicis interdici negotiationi per modum pœnæ, *l. moris est* 9. *sunt autem* 9. & 10. *ff. de pœnis, l.* 1. §. *pen. ff. de offic. præfecti urbi,* uti ex opposito damnatio quoque ad id aliquando facta fuit, ut quis cogeretur negotiari, *d. l.* 9. §. *interdici* 10. *ff. de pœnis.*

12. Quisquis autem per se emere prohibetur, etiam per interpositam personam emtionis effectum obtinere nequit, quippe quo ipso fraus legi prohibenti sit, *l. unic. Cod. de contract. judicium, l. non licet* 46. *ff. h. t. l. pupillus obligari* 5. §. *sed si* 3. *ff. de auctor. tut.* Gothofredus *in notis ad l.* 46. *ff. h. tit.* Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 13.

13. Circa res generalem regulam tradit Jurisconsultus in *l. si emtionem* 34. §. 1. *ff. h. t.* omnium scilicet rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditionem recte fieri; quas vero natura, vel gentium jus vel mores civitatis commercio exuerunt, earum venditionem nullam esse. Nec interest, utrum illæ res, quæ commerciis hominum exemtæ non sunt, præsentes, an futuræ sint, veluti annui reditus, sive in numerata pecunia, (quæ tunc ut corpus seu merx consideratur) sive in fructibus annuatim præstandis consistant, *novell.* 160. *cap.* 1. *novell.* 72. *c. si vero habeat* 7. *in med.* Adhæc fructus nascituri, frumenta quæ adhuc in herbis sunt, *l. nec*

emtio 8. *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. h. t.* idque vel simpliciter, vel etiam pacto addito, venditorem præstiturum, *si quid vi aut tempestate factum esset*; quali conventione tantum insolitæ & immoderatæ tempestates comprehensæ videntur, non illæ, quæ *secundum consuetudinem tempestatis*, id est, secundum tempus anni, quo contingunt, oriri ac nocere solent, *d. l. fistulas* 78. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. ex conducto* 15. §. *si vis* 2. *l. si merces* 25. §. *vis major.* 6. *ff. locati.* Et quamvis in Frisia frumenti in viridi stantis venditio interdicta sit, teste Sande *decis. Frisic.* 3. *tit.* 4. *defin.* 7. ac varia olim eam in rem prohibitoria edicta ab Hollandiæ Comitibus promulgata fuerint, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 61. illa tamen usu dein abolita fuisse, atque adeo jus Romanum servari hac in parte tum in Hollandia, tum Ultrajecti, docet Groenewegen ad *d. l.* 78. §. *ult. ff. h. t.* Parens. p. mem. Paulus Voet. *ad pr. Instit. de contrah. emt. nu.* 7. Quod si simpliciter venditis anni sequentis fructibus nati fuerint, nec emtio substituta est: contra, si incertum fructuum nasciturorum, atque adeo spes emta esset; nam & spem, aleam, jactum retis emi posse placuit, ut spes fungatur vice rei, *l. nec emtio* 8. §. 1. *ff. h. t. l. si jactum* 12. *ff. de act. emti*, arg. *l. nam hoc modo* 11. *ff. de hered. vel act. vendita.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 26. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 37. *defin.* 25. Ad qualem spei emtionem etiam merito retuleris redemtionem metalli fodinarum, dum Princeps jus metallorum ex fodinis educendorum pretio interveniente concessit, sive multum supra expectationem, sive præter expectationem parum aut nihil educatur, Ant. Matthæus *de auct. lib.* 2. *c.* 4. *n.* 9. 10. 11.

14. Parum insuper refert, propriæ res sint an alienæ, *l. rem alienam* 28. *ff. h. t.* arg. *l. si eis, qui pro* 15. §. *ult. ff. de usucap.* in quantum venditor obligatur ad rem illam aliunde redimendam ac præstandam, ni malit in id quod interest damnari, si sciens vendiderit alienam, *l. servus* 30. §. *si sciens* 1. *ff. de act. emti.* Nam si bona fide sit, nihil præter vacuam possessionem præstare tenetur; nec ad id quod interest aliter obstrictus est, quam si res evicta fuerit, *l.* 1. *ff. de rerum permutatione.* Quod autem alibi dicitur satis illicita rei alienæ venditio, *l.* 1. *C. de commun. rerum alienat.*, & non jure facta, *l. mater tua* 3. *C. de rei vindic.* id ad venditionem non consensu perfectam, sed traditione consummatam spectat, dum nullo jure venditor rem alienam a se distractam sciens emtori tradit, antequam dominium rei nactus esset, ut ex ipsis legibus abunde patet. Unde & liberum est vero domino rem vindicare, quamdiu illa necdum per usucapionem emtori jure dominii quæsita est, *d. l.* 28. *ff. h. t. d. l.* 1. *cod. commun. rer. alien.* Si res communes sint, dominorum quisque non ultra suam divendit partem aut tradendo in emtorem transfert, *d. l.* 1. *l.* 2. *C. de commun. rer. alien. l. nemo* 68. *ff. pro socio*, excepto fisco, qui ex privilegio rem sibi cum alio communem in solidum divendere datum est, quo magis quoque facilius res fiscales emtorem inveniant; ut tamen pretium pro rata partis, ad socium fisci pertinentis, ei refundendum sit, *l. multum interest* 2. *C. de commun. rer. alienat.* Peregrinus *de jure fisci. lib.* 6. *t.* 4. *num.* 23. Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1 *pag.* 21. Adde *tit. communi divid. num.* 7.

15. Non tamen subsistit venditio hominis liberi aut rerum sanctarum, religiosarum, sacrarum, ne sub conditionem quidem, *l. sed Celsus* 6. *pr. l. hanc legem* 22. & *seqq. l. si in emtione* 35. §. *liberum* 2. *ff. h. t.* exceptis paucis casibus, recensitis *t. de rerum divis. num.* 6. extra quos si quis sciens aut ignorans res tales emerit, quid juris sit, jam supra monitum *num.* 5. Et, quod attinet venditionem præbendarum ac canonicatuum quibusdam in locis receptam, eam statim quidem ratam esse obtinuit, si ab eo, qui sanus est, resignatio facta sit; at, si ab infirmo ac ægrotante, non aliter, quam si resignans totis viginti diebus de momento in momentum a solemni resignatione computandis supervixerit, de quo latius Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 18. (*) Sed & ipso jure nulla est venditio rerum, per testatorem fideicommisso gravatarum, vel per legem alienari prohibitarum, quo in numero sunt res immobiles inæstimatæ dotales, adeo ut alienatas vindicare possit tum heres fideicommissarius, tum uxor aliique, ad quos soluto matrimonio dos reverti debet, *l. ult.* §. *sed quia* 2. 3. *C. communia de legatis, pr. Instit. quibus alien. licet vel non.* Secus, si ex solo pacto contractui adjecto descendat prohibitio alienationis; quippe quo casu subsistit ac rata manet venditio contra pactum facta, ac tantum venditori, qui contra pactus erat, personalis actio seu condictio datur ad id quod interest, *l. ea lege* 3. *C. de condict. ob causam dator. l. si ita quis* 145. §. *ea lege* 3. *ff. de verbor. obl.* arg. *l. pen. ff. de pactis.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 338. *revera* 258. *pag.* 692. & *seq.* nisi secundum mores hodiernos pactum de non alienandis rebus immobilibus solemni earum traditioni factæ coram lege loci, appositum fuerit. Groenewegen ad *d. l.* 3. *C. de condict. ob causam datorum.* Lex enim prohibens, nec non voluntas testatoris, quæ pro lege servatur, rem ipsam sua afficiunt prohibitione, quæ proterea rem alienatam comitatur, & vindicationi locum facit; at pacto persona sola obligatur, res ipsa affecta non est. Scilicet, uti pacto citra traditionem non transfertur rei dominium, *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, ita nec pacto effici debuit, ut res pacto alienari prohibita ipso jure citra traditionem reverteretur ad venditorem, postquam contra conventionem alienata est. At e contrario, ut ex testamento rei dominium ipso jure sine traditione aut apprehensione transit in eum, cui illa relicta est, *l. a Titio* 64. *in fine ff. de*

(*) *Nescio quid heic Auctor de praebendarum et canonicatuum venditione obganniit; heu! ne vulnera impressa a praetensis Reformatoribus Ultrajecti refricemus. Canonicatus ac praebendas olim ad Capitula Catholicorum pertinentes divulserunt, ultro licitantibus obtruserunt, et in commercium ut venialia cetera rejecerunt, ut vero sibi jus vendendi veluti vitilatios census retinerent, cautum voluere, ut sanus qui vellet, vendere potis esset, aegrotus vero nonnisi viginti post alienationem diebus supervixerit, ita sacrilega nundinatio perseverat.*

furtis, *l. cum haeredes* 23. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* ita quoque facta prohibitio alienationis per ultimam voluntatem efficere potuit, ut eodem modo citra traditionem ipso jure dominium, contra prohibitionem alienatum, ad eos rediret, quorum in gratiam prohibitio facta fuit.

16. Circa rerum furtivarum venditionem accurata Pauli distinctio est; si enim & emtor & venditor sciat furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emtor solus sciat, non obligabitur venditor; nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit præstet. Quod si venditor scit, emtor ignorat, utrimque obligatio contrahitur, scilicet ad id, ut venditor accepto pretio rem furtivam tradat liberatam a vitio furti, aut alioquin id quod interest præstet, exemplo ejus, qui rem alienam sciens distraxit, *l. si in emtione* 34. *§. item si* 3. *ff. h. t.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 17. *numer.* 5. Rebus autem furtivis merito adnumeraveris frumentum publici canonis vel exercitui missum, si quis illud distrahat, adeo ut etiam capitale supplicium adversus ementes viliores propositum fuerit, *l. pen. & ult. C. quæ res venire non possunt*; pecora quoque, exemplo pessimo rusticis amicis ac sociis per milites erepta, quorum & ideo superiori seculo emtio interdicta fuit sub comminatione pœnæ arbitrariæ, ac restitutionis ejus quod emtum sine pretii redditione. *Edicto Philippi Hisp. Regis Holl. Comitis* 28. *Julii* 1573. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2115. *in fine.* Uti & ferramenta ac tigna soluta ædium ruri per prædones aut hostes dejectarum, constituta in ementes dupli pœna & alia arbitraria. *Edicto Philippi* 18. *Octob.* 1574. *d. vol.* 2. *pag.* 2119. quæ & Belli Gallici anno 1672. inchoati occasione pluribus exsequitur Abrah. Wesel de *remissione mercedis cap.* 11. *numer.* 25. *& mult. seqq.*

17. Insuper purpuræ commercium privatis interdictum fuit; licet nunc seculi luxus aurea, purpureaque adulterini coloris, dum verus periit, quibusvis venalia, & in usus privatos, permittat. Vide *l.* 1. 2. *C. quæ res venire non possunt*, *tot. tit. C. de vestibus holoberis & auratis*, *& de intinctione sacri muricis*, Pancirollum *rerum memorabil. lib.* 1. *de rebus deperditis t.* 1. 2. *ibique* Salmuthum *in notis*, Cujacium *lib.* 12. *observ.* 24. Sim. van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 19. *num.* 25. *vers. quadam.* Nec Judæus, hæreticus, aut paganus, mancipium Christianum comparare potuit, *tot. t. C. ne mancipium Christ. Judæus vel hæret. vel pagan. habeat possideat &c.* Prædia quoque Principis patrimonialia in commercio non sunt, nec vendi privatis possunt, nisi jussus Principis accesserit, *l. cum servus* 39. *§. ult. ff. de legatis* 1. Edictum Ordinum Hollan. 15. *Sept.* 1620. *vol.* 3. *placitor. Holl. pag.* 734.

18. Adhæc Romanæ gentis eunuchos vendi Romanis displicuit, *l.* 2. *C. de eunuchis.* Idemque in venenis malis obtinuit, quoties nullo modo adjectione alterius materiæ usui nobis esse possunt, *l. quod sæpe* 35. *§. veneni* 2. *ff. h. t.* nec non in libris improbatæ lectionis, arg. *l. decere* 3. *§. quoniam* 3. *C. de summa Trinitate*, *l. quicunque* 8. *§. ult. l. ex Manichæis* 16. *§. ult. Cod. de hæret.* Sed nec cos, arma, oleum, vinumve barbaris vendi possunt, *l.* 1. 2. *Cod. quæ res exportari non debeant*, *Placitum Ordin. General.* 12. *Octob.* 1524. *vol.* 1 *placit. Hollan. pag.* 1118. nec hostibus ferrum, frumentum, sales, cos, aliaque similia, *l. cotem.* 11. *ff. de publicanis*, Brissonius *select. antiq. lib.* 4. *cap.* 4. in quam rem plura extant Ordinum Generalium, *vol.* 1. *Placit. Holl. a pagina* 1076. *ad pag.* 1130. *& vol.* 3. *pag.* 252. *ad pag.* 262. Quin imo, hostibus omne rerum omnium denegari commercium a ratione alienum non est. Uti enim is, cui renunciatum est societati, non amplius socio tenetur ad ea quæ jure societatis præstanda forent, *l. actione* 65. *§. item qui* 6. *ff. pro socio*, ita quoque, dum hostes bellum inferendo renuncient humanæ societati, merito iis ea negantur omnia, quæ alioquin jure societatis humanæ ac mutuorum officiorum viderentur permittenda, inter quæ præcipuum est jus commerciorum; adeo ut Princeps non suis modo subjectis interdicere queat, ne quid hostibus suppeditetur, sed & amplius neutri bellantium parti studentes impedire, ne vel arma vel ullum aliud mercis genus ad hostem devehant, aut inde vehant; quippe ea ratione juvantes hostem, instruendo necessariis, superfluis acceptis utiliora præstando, & generaliter commerciis ob lucrum & commodum institutis augendo ac promovendo eorum utilitates, quos opprimere uti jure belli possumus, ita ab aliis juvari merito impedimus. Licet enim durum videri possit, neutri parti studentes excludi ab omni commercio cum hoste nostro, cujus ipsi hostes non sunt; durius tamen & nullo præscriptum jure, aliquem pati debere, ut hostes instructiores reddantur & ad bellum diutius trahendum nocendumque potentiores; maxime, cum eatenus, quatenus hostem juvant, dici nequeant neutri parti addicti esse, sed magis hostium loco habendi sint. Confer *decretum Ordinum Generalium* 26. *Junii* 1630. *quod impressum post. Resp. Jurisc. Holland. part.* 3. *vol.* 1. *in appendice decisionum pag.* 54. *& seqq.* Nisi aliud pactis publicis cautum inveniatur, pro varia populorum utilitate & temporum ratione. Qua de re videri possunt variæ conventiones inter Hispanos & Belgas fœderatos 17. *Decembr.* 1650. *art.* 4. 5. 6. 7. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 109. 110. 111. inter Suecos & Belgas 13. *Martii* 1676. *vol.* 3. *pag.* 357. 358. *&* 12. *Octobris* 1679. *art.* 14. *& seqq. vol.* 3. *pag.* 1398. *& seqq.* inter Gallos, Belgas, & urbes Anseaticas *anno* 1655. *&* 1657. *vol.* 2. *pag.* 551. *& seqq.* inter Anglos & Belgas 1. *Decembr.* 1674. *art.* 2. *& seqq. vol.* 3. *pag.* 352. inter Gallos & Belgas 27. *Aprilis* 1662. *art.* 27. 28. 29. *& seqq. vol.* 2. *pag.* 2913. 10. *Augusti* 1678. *art.* 15. *& seqq. d. vol.* 3. *pag.* 371. Confer Grotium *de jure belli ac pacis libr.* 3. *cap.* 1. *num.* 5. Marquardum *de mercatura lib.* 1. *cap.* 26. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 121. Ant. Matthæum *de criminibus lib.* 48. *tit.* 2. *cap.* 2. *n.* 19. Groenewegen ad *l.* 2. *Cod. quæ res exportari non debeant.* Quibus positis inter plures populos pactionibus, si quæ illicitæ vehantur merces cum aliis licitis, solam illicitarum (*waren van contrabande*) publicationem aut interceptionem fieri placuit, licitis & ipsa navi suo domino reddendis; licet jure Romano, ipsa quoque navis publicanda fuerit, nisi absente domino a magistro, vel gubernatore, aut proreta, nautave, merces illicitæ fuissent impositæ, *l. cotem* 11. *§. dominus* 2. *ff. de publicanis*, *Separatem Articbel nopende de Commertie tusschen Spangien en de Vereenigde Nederlanden den* 4. *Febr.*

1648. *vol.* 1. *Placitorum pag.* 107. *Tractat de Marine tusschen Urankryk en de Anzesteden* 1655. *art.* 2. *in fine vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 555. item *tusschen Engeland en de Vereenigde Nederlanden* 1674. *art.* 7. *vol.* 3. *pag.* 354. item, *tusschen Sweden en de Nederlanden* 1676. *art.* 7. *d. vol.* 2. *pag.* 358. item *tusschen Urankryk en de Vereeningde Nederlanden* 1978. *art.* 21. *d. vol.* 3. *p.* 472.

19. Rebus ad hostes non exportandis accedunt proxime res extra belli considerationem etiam pacis tempore exportari prohibitæ, de quibus pro temporum opportunitate plura extant Ordinum Belgii placita, subinde etiam mutatis postea temporibus pro publica aut privata civium utilitate sublatâ. Quamvis enim insignis plerumque commercii liberi utilitas sit, dum Gentium atque nationum velut commune quoddam vinculum est, atque ita eas sociat, ut, quod gentium uspiam, id apud omnes natum videatur; & remotissimis quibusque e locis advectum ita populo cuique repræsentetur, quasi ea ipsa in regione productum esset; jure tamen meritoque nonnunquam vetatur, aut restringitur personis modis, temporibus, importandi potestas & commerciorum usus, quoties id Reipublicæ expedire videtur & ex adverso libertas nimia deprehenditur damnosa esse. Neque enim dubium, quin magistratui cuique jus sit, omnes suorum civium actum regendi suis in territoriis ad suæ civitatis civiumque utilitatem, licet per consequentiam extranei læderentur, si modo nullum iis adimatur quæsitum jus. Exportari sane optima ratione vetantur ea, quæ civibus necessaria, & ex quorum exportatione justus immineret pecuniariæ metus. Contra, importari recte prohibentur merces illæ, quibus vel opificia nostra, & artificium industria minuitur, dum abundans eorum alias vacaturorum copia est, vel opes nostræ, ac maxime parata pecunia, nimis in exterarum gentium sinum derivatur; vel cives ad luxum magis quam virtutem & avitam invitantur frugalitatem; vel denique emtores turpiter decipiuntur, dum spuriæ, aut deterioris notæ merces invectæ miscentur aliis genuinis probis, ac pari cum hisce pretio ignorantibus distrahuntur. Quibus fere fundamentis nisi Ordinum nostrorum placita, importandi prohibitionem continentia, facile quisque ex eorum tenore cognoscet. Confer Puffendorfium de *jure naturæ & gentium lib.* 3. *cap.* 3. *numer.* 11. 12. Mævium *ad jus Lubecense lib.* 3. *t.* 6. *art.* 7. & mea *ad t. de justit. & jure numer.* 18.

20. Considerandum tamen, leges illas, quibus restringitur libertas commerciorum, & importandi exportandive jus, strictam recipere interpretationem, ne extendatur ultra res eas, quarum mentio lege prohibente comprehensa est. Qua ratione, si vetita fuerit frumenti exportatio, licet farinæ etiam ac spicarum & panis exportatio interdicta credatur, ne fraus legi fiat, arg. *l. adeo* 7. §. *cum quis* 7. *in fine ff. de acquir. rer. domin.* Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 585. *numer.* 11. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 4. non tamen leguminum, veluti fabarum, seminis lini, similiumque; arg. *l. frugem* 77. *ff. de verb. signif.* multoque minus liquorum, veluti vini, olei &c. & viceversa. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 9. Marquardus *de mercatura lib.* 1. *cap.* 16. *numer.* 33. Quin & sub vino acetum non contineri, si vinum ab initio non fuerit, verius est, arg. *l. in venditionibus* 9. §. *ult. ff. h. t. l. si quis vinum* 9. §. 1. 2. *ff. de tritico, vino vel oleo legato.* Nec sub lana linum aut pilos comprehendi, colligi potest ex *l. si cui lana* 70. §. *linum* 10. *ff. de legatis* 3. & docet Ant. Matthæus *de auction. d. lib.* 2. *cap.* 4. *numer.* 4. Ac denique prohibitio exportationis non videtur porrigenda ad res illas, quas quis non promercii, sed tantum proprii usus gratia exportat, arg. *l. universi* 5. *C. de vectig. & commissis*, Christinæus ad *Leg. Mechlin. in præludiis num.* 22. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect.* 7. *cap.* 3. *numer.* 5.

21. Sine re autem, quæ veneat, nulla emtio, nulla venditio est, *l. nec emtio* 8. *ff. h. t.* Unde si res vendita perierit in universum ante contractum, ignaris contrahentibus, nihil utrumque actum intelligitur: sed si pro parte, si quidem minore, subsistit contractus, pretio pro rata diminuendo; sin pro majore, adeo ut minor tantum pars ex re vendita supersit, emtioni stare emtor non tenetur, *l. domum emi* 57. *pr. ff. h. t.* Idemque est, si id, propter quod quis ad rem emendam processit, in ea absumtum sit: veluti, si quis fundum emerit ob villam impositam aut arbores in eo plantatas, ac ante contractum, ignaro utroque, villa exusta fuerit, aut arbores vento dejectæ vel igne absumtæ, *l. arboribus* 58. *ff. h. t.* sive privatim, sive auctione publica solemniter distractio facta sit, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 8. *numer.* 23. Quod si emtor sciverit rem interiisse, venditori id ignoranti totum tenetur pretium persolvere, sive in pœnam doli, sive quod lex eo casu concipiat donandi præsumtionem, *d. l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. h. t.* junct. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.* Uti ex adverso venditor sciens interitum rei emtori ignoranti ad id quod interest obligatus efficitur, *d. l.* 57. §. *sin autem* 1. *ff. h. t.* junct. *l. & liberi* 4. *l.* 5. *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. h. t.*

22. Pretium, quo scilicet res æstimatur, quodque ad emtionem est necessarium, *l. inter patrem* 2. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *ff. h. t.* primo quidem debet esse justum, ac merci respondens, etiamsi naturaliter liceat contrahentibus in pretio sese per quandam solertiam modice circumvenire, *l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, junct. *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vendit.* Debet & consistere in pecunia numerata, de qua *l.* 1. *ff. h. t.* non item in aliis rebus, §. 2. *instit. h. t.* arg. *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussoribus*. Licet de eo dissensus fuerit inter Jurisconsultos veteres, *d.* §. 2. cujus & vestigium est in *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. h. t.* ubi fructus olivæ certa olei ponderatione venditus proponitur; quis illic *venditionem* interpretari malit per *locationem*, dum emtionis vocabulum latius acceptum & locationem conductionem comprehendit, ut in *pr. hujus tituli* monitum. Emtio certe non erit, sed magis donatio, si pretium dicis tantum causa, & animo non exigendi, constituatur, *l. cum in venditione* 36. *l. si quis donationis* 38. *ff. h. t.* junct. *l. ult. ff. pro donato*, *l. si sponsus* 5. §. *circa* 5. *ff. de donat. inter vir. & uxor.* Secus, si ab initio pecunia quidem intercessit, sed postea consentienti venditori pecora, vel quid aliud in solitum datum sit; emtio enim manet, cum initium contractus spectandum sit, *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend.*

Jacobus Coren *observ.* 35. *circa med. numer.* 1. 2. 3. *& seqq.* Idemque est, si ab initio quidem pretii exigendi animus fuerit, sed postea illud emtori nova remittatur voluntate, arg. *l. si tibi habitationem* 5. *ff. locati*, *d. l. si sponsus* 5. §. *circa venditionem* 5. *ff. de donation. inter vir. & uxorem.* Si partim pecunia, partim res alia pro re detur, inspiciendum, quæ fuerit contrahentium mens, emendine, an permutandi, arg. *l. juris gentium* 7. §. *quod fere* 12. *ff. de pactis*, de qua si haud constet, a potiori facienda denominatio; ut, si plus sit in pecunia, minus in aliarum rerum datarum pretio, censeri debeat contracta venditio; contra vero, si plus sit in re data, quam pecunia", arg. *l.* 1. *C. de rerum permutat. l. tenetur* 6. §. *si vendidi* 1. *ff. de act. emti*, *l. fundi partem* 79. *ff. h. t.* Confer Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap.* 1. *n.* 59. 60. 61. 62.

23. Insuper certum esse pretium in emtione, necesse est; usque adeo, ut ne agi quidem possit ex instrumento emtionis, in quo certa pretii quantitas non continetur; cum ita de contractus substantia non satis doceatur; nisi pretium solutum esse instrumento declaretur; vel adversarius hanc instrumento non opponat exceptionem; vel instrumentum antiquum sit. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 13. Hoesius *ad Pand. h. t. n.* 36. Quid, quod nec testes emtionem satis plene probant, nisi simul de conventione super pretio ac certa ejus quantitate deponant. Andr. Gayl. *d. lib.* 2. *observ.* 13. *n.* 8. Fachineus *lib.* 2. *controvers. cap.* 34. Pinellus *ad rubric. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 7. Mantica *de tacitis & ambiguis convent. lib.* 4. *t.* 19. *n.* 60. 61. Perezius *ad Cod. h. t. n. ult.* Certum autem est pretium vel per se, vel per relationem ad aliud, veluti, *quanti res emta fuit*, aut *quantum in arca est*; si modo pretium aliquod in arca reperiatur, cum alioquin deficiat substantia venditionis, *l. hac venditio* 7. §. *hujusmodi* 1. *l. si quis fundum* 37. *ff. h. t.* junct. *l. inter patrem* 2. §. 1. *l. pacta conventa* 72. *ff. h. t.* vel denique per arbitrium tertii: pretium enim in tertii certi arbitrium conferri posse, receptum est; adeo ut inutilis futura sit emtio tanquam ab arbitrii conditione dependens, si tertius ille noluerit vel non potuerit arbitrari, *l. ult. C. h. t.* §. 1. *Instit. h. l. l. si merces* 25. *ff. locati.* In tertii plane incerti voluntatem conferri pretii determinationem, merito displicuit; cum in eligendo certo possent in perpetuum dissentire, *d. ll.* nisi contractus alius validus, veluti pignoris, præcesserit, *l. si fundus* 16. §. *ult. ff. de pign. & hypoth.* Quod si iniquum arbiter interposuerit arbitrium, id ipsum bonæ fidei judicio, id est, judicis officio secundum naturam negotiorum bonæ fidei ex bono & æquo corrigendum est, *l. un. de si Nerva* 79. *ff. pro socio.* Manifesta autem videtur apparere arbitri iniquitas, si pretii determinatio ex parte venditoris aut emtoris læsionem ultra dimidium contineat; saltem ex quo condita fuit *lex secunda C. de rescind. vend.* In emtoris aut venditoris arbitrium non recte pretium confertur, *l. quod sæpe* 35. §. *illud constat* 1. *ff. h. t.* arg. *l. in vendentis* 13. *C. h. t. l. a Titio* 108. §. *nulla promissio* 1. *ff. de verbor. obligation.* Unde & ea fuit improbata conventio, ut unus contrahentium eligeret tertium, pretia definiturum. Pinellus *de rubric. C. de resc. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 6. *in fine.*

24. Interposito consensu super merce ac pretio, perfecta est venditio, sic ut ab ea recedi nequeat, *pr. Inst. h. t.* nisi id actum fuerit, ut in scriptis emtio celebretur, ut ante dictum, aut aliud quid vi pacti specialis intercedere debeat, & aliquid ex hisce adhuc supersit agendum, *d. pr. Inst. h. t. l. contractus* 17. *C. de fide instrument.* vel res ad gustum emta sit, quatenus conditio degustandi proficit ad hoc, ut improbare liceat, *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. h. t.* De cetero conditionalis venditio, & ea, qua res veneunt fungibiles, licet perfecta non sit, nisi cum conditio extiterit, aut tales res venditæ appensæ fuerint, vel admensæ, vel adnumeratæ; medio tamen tempore pœnitentiæ locus non est, *d. l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. h. t.* arg. *l. necessario* 8. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 2. *n.* 27.

25. Venditioni accedere possunt arrhæ, possunt & pacta. Arrham quod attinet, Isidorus quidem eam *lib.* 5. *origin. cap.* 25. *in med.* descripsit, quod sit *primum, quod pro re bonæ fidei contractu emta ex parte datur, & postea completur: est enim arrha complenda, non auferenda; unde qui habet arrham non reddit sicut pignus, sed desiderat plenitudinem, & dicta arrha a re pro qua traditur.* Sed Jurisconsultis paulo alia arrhæ consideratio est: primo enim vel in pecunia numerata, vel in rebus aliis consistere potest; si in pecunia, nihil vetat, quo minus ab emtore venditori data penes accipientem remaneat, pretio imputanda; sin aliis in rebus, post impletum emtionis venditionis contractum id, quod arrhæ nomine datum fuerat, actione ex emto vel condictione sine causa per dantem repeti posse, constat ex *l. ex emto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de act. emti.* Sed & secundo arrha sæpe quidem data fuit in signum emtionis contractæ, ac perfectæ, & ulterius utroque ex latere implendæ, ut ita evidentius probari posset, de pretio convenisse, *l. quod sæpe* 35. *pr. ff. h. t. pr. Inst. h. t.* quandoque tamen etiam in indicium emtionis inchoatæ, ac ulterius in scriptis aut aliter secundum partium voluntatem perficiendæ, *d. pr. Inst. h. t. post. med. l. contractus* 17. *in finem C. de fide instrument.* Posteriore casu recedi ab emtione inchoata potest sub dispendio arrharum, quas quis dederit, vel restitutione duplicatarum, si acceperit, *d. pr. Inst. h. t. d. l.* 17. *C. de fide instrum.* At casu priore pœnitentia omnis secundum dicta in præcedentibus exclusa est, licet quis arrhas datas perdere, vel acceptas reddere duplicatas paratus sit, arg. *l. non idcirco* 12. *C. de rescind. vend. l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.*

26. Pacta, quod spectat, venditionibus apponi possunt honesta, licita, substantiam venditionis haud evertentia; ex quibus, magno sparsim numero occurrentibus, pauca recenseri fuisset; puta, ut venditor rem venditam certa mercede conductam habeat, *l. qui fundum* 75. *ff. h. t.* ne emtor in loco emto monumentum extruat aut aliud quid ædificet, *l. ult. C. de pactis inter emt. & vend.* ut, si intra certum diem res emta displicuerit emtori, inemta sit; vel vice versa sit emta, si intra certum placuerit, *l. si res ita* 3. *ff. h. t.* §. *pen. Inst. h. t.* Die certo pactioni non addito intra duos menses voluntatis de-

clarationem oportere fieri, non in perpetuum, probabile est, arg. *l. quod si nolit* 31. *§. si quid ita* 22. *ff. de aedilit. edict.* Covarruvias *varior. resolut. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 1. Videturque arbitrium illud declarandi voluntatem personale esse, ideoque morte ejus, qui velle debebat, evanescere, nec ad hæredem emtoris transmitti, qui proinde nec perfectam venditionem sua voluntatis declaratione infirmare, nec imperfectæ & ex conditione suspensæ perfectionem petere aut eam suæ voluntatis significatione perficere potest, arg. *l. si ita legatum* 65. *§. illi* 1. *ff. de legatis* 1. *l. si ita expressum* 69. *de condit. & demonstrat. l. locatio* 4. *ff. locati.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 45. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 151 Sed & amplius id agi potest, ut venditor res, veluti *equos venales experiendos det*, ea lege, *ut reddere liceat, si in triduo proximo displicuerint*; & ut, emtione non secuta, *in dies singulos aliquid præstetur.* Quo casu experiri licet; desultoris autem partes agere, & præmii causa in iis currere non licet; de cetero periculum equorum magis ad venditorem pertinet, si necdum perfecta emtio, sed ex tali conditione suspensa fuerit, *l. apud Labeonem* 20. *pr. & §.* 1. *ff. de præscriptis verbis* Præterea, cum vestimenta aut quid aliud mobile mihi venditurus esset, conveniri potuit, *ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostendam*; quo pacto posito, si vi ignis aut alia vi majore perierint, periculum ad me non pertinet, quasi & tunc imperfecta venditione: ut tamen ad custodiam obstrictus sim. *l. si gratuitam* 17. *§. si cum mihi* 4. *ff. de præscriptis verbis.* Nam &, si, cum emere argentum vellem, vascularius, id est, qui vasa facit argentea, illud ad me detulerit & reliquerit, egoque, cum displiceret mihi, servo meo referendum dederim, & id sine dolo meo ac culpa perierit, vascularii detrimentum fore responsum est; ita tamen, ut & hic culpa eorum, quibus id custodiendum perferendumve dedi, per me præstanda sit, *l. apud Labeonem* 20. *§. ult. ff. de præscriptis verbis.* Confer *t. de commodato n.* 6. Contra vero reprobatum est pactum, ne rei venditæ dominium in emtorem transeat, *l. pen. §. ult. ff. h. t.* ad præteritas pensitationes publicas & tributa teneatur emtor fundi; licet verum sit, venditorem quoque obligatum manere, si forte in emtorem minus idoneum fundus translatus sit; nec ad præteriti temporis pensitationes teneri emtorem, ubi fiscus ipse pretium distraxit ob tributorum cessationem, *tot. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse*, *l.* 2. *& tot. t. C. si propter publicas pensitationes venditio fuerit celebrata*, *l. inter debitorem* 42. *ff. de pactis*, Groenewegen *ad l.* 1. *C. sine censu & reliquis &c.* Vinnius *de pactis cap.* 18. *n.* 1. Illicitum denique pactum omne, quod monopolii interdicti speciem sapit, *l. unic. C. de monopoliis.*

27. Quod si pacta quædam emtioni addita ambigua atque obscura sint, ad eorum interpretationem faciendam huc ea recte traduxeris, quæ de legum interpretatione monui *t. de legibus n.* 20. præsertim, cum & pacta contractibus legem dent. Quæ si eruendæ paciscentium menti non sufficiant, dicendum generaliter videtur, contra eum faciendam esse pactorum dubiorum interpretationem, qui ea apposuit, quippe sux debet imputare imprudentiæ, quod apertius locutus non sit. Ac proinde, si a venditore pactio profecta fuerit, adversus eum illa de causa interpretationem fieri æquum est, *l. Labeo scripsi* 21. *l. cum in lege* 33. *ff. h. t. l. veteribus* 39. *ff. de pactis*, *l. in contrahenda* 172. *ff. de reg. juris*, arg. *l. cum quæritur* 26. *ff. de reb. dubiis*, *l. quicquid astringenda.* 99. *pr. ad ff. de verbor. oblig.* Ex adverso, si quam emtor venditioni adjecerit conventionem, magis est ut & contra ipsum pacti ambigui explicatio adhibeatur, quippe in cujus jam potestate fuit, apertius pacisci, *l. si in emtione* 34. *ff. h. t.* arg. *d. l. quicquid* 99. *pr. versu, nec rursum ff. de verb. obligat.* Nec hic repugnat, *l. si quis intentione* 66. *ff. de judiciis*, cum diversa in libellis atque judiciis ratio, sit ut plenius dictum *t. de edendo num.* 3. Adde Vinnium *de pactis cap.* 20. *n.* 4. 7. 8.

28. Interim pacta quædam, etsi per se dubia, certam tamen a legibus receperunt interpretationem, quam judex in judicando sequatur. Ita, si lege fundi venditi dictum fuerit, *aquam accessuram esse*, etiam venditor iter aquæ concedere debet seu spatium, per quod rivus aut canalis aquæ ducendæ causa fiat, *l. qui fundum* 40. *§. in lege* 1. *ff. h. t.* junct. *l. Quintus Mucius* 15. *ff. de servit. præd. rustic.* Si *dolia domini fundo accessura esse* pactum sit, etiam ea, quæ servus, qui fundum coluerat, emisset peculiaria, emtori cessura constat ex *l.* 40. *§. pen. ff. h. t.* Si scriptum sit, *fistulas emtori accessuras*, etiam castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, placuit emtori acquiri, *l. fistulas* 78. *pr. ff. h. t.* Lacu vendito *cum decem pedibus circa illum lacum*, si lacus ante traditionem creverit, non ob eam rem latius emtorem debere possidere quam emit, sed decem pedes circa illum lacum præstandos esse, quatenus tunc fuit lacus, cum veniret, a Proculo responsum est, *leg. Rutilia Polla* 69. *ff. h. t.* Et si in venditione fuerint pacto exceptæ *lapicidinæ*, eæ tantum exceptæ intelliguntur, quæ erant tempore contractus, non quæ postea repertæ sunt, *l. in lege fundi* 77. *ff. h. t.* Denique, si manu sata lege contractus exemta fuerint, non vites aut arbores exceptæ censebuntur, licet manu satæ, neque etiam seges, quæ ex stipula enascitur, sed tantum illa sata, quæ singulis annis de novo seri solent, l. *qui fundum* 40. *§. fundi venditor* 3. *l. cum manu* 80. *ff. h. t.*

TITULUS II.

De in diem addictione.

SUMMARIA.

1. *Addictio in diem aliquando puram, aliquando conditionalem venditionem facit. Qui utriusque diversi effectus sint?*
2. *Sine speciali pacto post addictionem adjectiones non fiunt, nisi fiscus vendiderit, jure singulari.*
3. *Qui possint conditionem meliorem offerre? an & emtor, aut unus ex pluribus venditoribus? quibus modis melior offeratur conditio? an ex eo, quod fructus interim percepti penes venditorem mansuri sunt?*
4. *Oblatam meliorem conditionem, an venditor rejicere possit, & emtorem priorem retinere? Denuncianda emtori primo conditionis melioris oblatio. An prior liberetur, si secundo res addicta, & is*

solvendo non sit? An res sæpius aliis meliorem condictionem offerentibus in diem addici possit? Quid si venditor finxerit, alium meliorem conditionem obtulisse?

5. *Quibus actionibus venditor rem secundo addictam repetat a primo emtore? quo in statu rei, & quæ una cum re sint restituenda? quæ emtor primus repetere vicissim possit?*

6. *Recenseantur casus, quibus cessat melioris conditionis oblatio.*

7. *Quid juris, si plures domini eandem rem uni in diem addixerint, & oblata conditione meliore quidam primum emtorem, alii secundum præferant?*

8. *Quid si res duæ duobus separatim sint addictæ, denis singulæ, & tertius pro utraque simul triginta offerat?*

1. INter pacta emtioni apponi solita occurrunt duo insigniora, puta, in diem addictio & lex commissoria; quibus & eam ob causam tituli peculiares tributi sunt. In diem addictio est venditio ea lege facta, ut firma fiat, vel firma maneat, si alius intra certum tempus meliorem non obtulerit conditionem. Talis namque venditionibus in continenti adjecta lex easdem aliquando puras facit: aliquando conditionales, pro formularum diversitate; ut colligi potest ex *l. quotiens* 2. & *l. ubi autem* 4. §. *cum igitur* 5. *ff. h. t.* Puras si faciat, medio tempore periculum, & interventu traditionis dominium rerum venditarum, ac jus easdem pignori obligandi, aut, si alienæ sint, usucapiendi facultas in emtorem transit & accessiones emtor fructusque suos interim facit, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *l.* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *l. item quod* 6. *l. Imperator* 16. *ff. h. t.* quin & rem ipsam, si forte possessionem amiserit, vindicare potest aut Publiciana petere in rem actione, *l. si quis hac lege* 41. *ff. de rei vindic.* arg. *l. sed & si* 7. §. *Marcellus* 2. *l. si ego* 11. §. *idem Julianus* 4. *ff. de publiciana in rem act.* Atque etiam experiri interdicto quod vi aut clam, si quid in præjudicium rei sic venditæ factum sit, *l. ubi autem* 4. §. *idem Julianus* 4. *ff. h. t.* Quod si conditionales ex in diem addictione venditiones sint, nihil eorum, quæ commemorata sunt, obtinet, nec quicquam interim in emtorem censetur translatum, *l. ubi autem* 4. *pr. ff. h. t.* ac ne periculum quidem, si medio tempore res tota perierit, secus, si pro parte tantum pendente conditione extincta aut deterior reddita esset, *l. necessario* 8. *ff. de peric. & commod. rei vend.*

2. Quamvis autem regulariter, rebus emtori simpliciter addictis, adjectio ulterior, seu melioris conditionis per alium facta oblatio, emtionem rite perfectam infirmare nequeat, quoties id nominatim pacto actum non est; jure tamen singulari id fisco, non item civitatibus datum fuit, quod res suas emtoribus prioribus simpliciter divenditas auferre possit, & aliis intra certum tempus meliorem conditionem offerentibus addicere, nisi priores tantundem præstent, *l. Lucius Titius* 21. §. *ult. ff. ad municipalem*, *l. ult. ff. de jure fisci*, *l. si tempora* 4. *C. de fide & jure hasta fiscalis.*

3. Meliorem offerre conditionem possunt non extranei modo, sed & unus eorum, quibus res prima in diem addictione vendita erat, *l. cum in diem* 18. *ff. h. t.* & unus ex pluribus venditoribus: licet enim vulgo emtio rei suæ nulla sit, *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris*, tamen, quo minus cum tota re etiam nostram emamus partem, nihil vetat, *l. quod si uno* 13. §. *verum est* 1. *ff. h. t.* Toties autem melior censetur offerri conditio, quoties id a posteriore offertur, quod ad majorem venditoris utilitatem pertinet; sive pretio quid additum sit, sive nihil quidem pretio adjiciatur, sed vel facilior vel maturior vel loco opportuniore facienda offeratur solutio, vel idoneo fidejussore aut pignore oblato securior de pretio venditor fiat; vel levioribus secundus emat conditionibus, remissa forte satisdatione aliisque, quæ emtori priori præstanda, venditori erant gravia in priori emtione, etiamsi tunc ne eodem quidem sed viliore pretio posterior emat, *l. ubi autem* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* Non tamen ex hoc solo æstimanda conditionis melioris oblatio, quod posteriore tantundem offerente, ac re a priore avocata, fructus medii temporis apud venditorem remanent, qui priori cessissent emtori, si emtio prior mansisset rata, *l. si venditor* 14. §. *ult. ff. h. t.*

4. Posita vero conditionis melioris oblatione, prior emtor hoc ipso non liberatur, nisi id actum sit; sed venditori liberum est oblatam meliorem conditionem abjicere, ac sequi primam, quasi meliorem, *l. Sabini* 9. *ff. h. t.* nisi creditor pignus vendat, & is, qui adjecit, idoneus sit, eo quod tunc non suo sed debitoris juri renunciaret, nec videretur bona fide negotium geri, *l. sed si* 10. *ff. h. t.* Quin imo, denunciatio conditionis melioris allatæ regulariter emtori primo quantocius facienda est, ut, si videatur, & ipse tantundem offerat, atque ita secundo potior sit; quo tamen casu fructus inter primam & secundam addictionem sibi factam perceptos restituit, cum rem habeat ex nova emtione, nisi alia appareat contrahentium voluntas, *l. item quod* 6. §. 1. *l.* 7. *l.* 8. *ff. h. t.* Priore vero tantundem haud offerente, res secundo addici potest, si modo is neque filiusfamilias neque servus venditoris sit, *l. si vend.* 14. §. *sed & si* 3. *ff. h. t.* idque vel simpliciter vel rursus in diem, ut nempe res inemta sit, si tertius intra certum tempus adhuc meliorem obtulerit conditionem: neque enim leges impedimento sunt, quo minus eadem res sæpius in diem addicatur, si modo vel prima vel secunda vel tertia addictione a venditore recedat, *l. quod autem* 11. *ff. h. t.* Estque secundæ tertiæve addictionis effectus, quod emtor prior eo ipso in universum liberetur, licet posterior solvendo non sit, vel servilis conditionis, cum eum venditor liberum crederet, vel in pupillari existens ætate sine tutore ad emendum processerit, *l. si venditor* 14. §. 2. 3. *ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 23. *n.* 30. 31. Groenewegen ad *l.* 9. *ff. h. t.* Plane si venditor finxerit, alium bona fide licitantem plus obtulisse, cum minus obtulisset, atque ita secundo addixerit, utrique in solidum obligatus erit, *l. si venditor* 14. *pr. ff. h. t.*

5. Dissoluta per addictionem posteriori factam priore emtione, res ipsa vendita venditori restituenda est, libera ac sine onere, si forte medio tempore pignori obligata sit, *l. ubi autem* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *ff. h. t. l. si res distracta* 3. *ff. quib. mod. pig. vel hypoth. solvitur.* Data ei in id vel rei vindicatione, si verbis directis hæc pactio concepta fuerit, veluti, *ut res inemta sit*, arg. *l. ult. ff. de lege commissoria*, vel ex emto aut præscriptis verbis personali actione, si

verbis obliquis id actum sit, ut *res revertatur*, arg. *l. qui ea lege* 3. *C. de pactis in. er emt. et vend.* Atque insuper una cum re reddendi fructus inde medio tempore per emtorem percepti; ac cedendæ venditori actiones, si quæ forte rei emtæ intuitu emtori quæsitæ sint, *d. l.* 4. §. *idem Julianus* 4. *l. item quod dictum* 6. *l. Imperator* 16. *ff. b. t.* Quemadmodum ex adverso emtor quoque non modo pretium, quod numeravit, repetere potest actione ex emto una cum usuris, arg. *l. illud sciendum* 29. §. *condemnatio* 2. *ff. de ædilit. edicto*, *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *ff. de act. emti.* Sed &, si quæ medio tempore necessario in rem emtam erogata probare possit, *d. l. Imperator* 16. *ff. b. t.* idque non secundo emtore, sed magis a primo venditore, quocum ipse contraxerat, nisi solemnis intervenerit delegatio, aut cessio actionis, *l. ult. ff. b. t.*

6. Sunt tamen in jure casus, quibus locum non habet melioris conditionis oblatio ad id, ut prior emtio hoc ipso resolveretur; puta si mortuus sit venditor, nec ejus adita fuerit hereditas ante appositum addictioni diem; quia melior conditio allata, quæ domino placeat, intelligi non potest, nullo scilicet rei domino existente, *l. si prædio* 15. *ff. b. t.* Vel si adjectio fiat tantum pro parte rei, cum ea adhuc integra superesset, ne invitus emtor prior cum secundo in communionem redigatur; secus si nihil præter illam partem in rerum natura sit, *l. ubi autem* 4. §. *idem Julianus eodem* 2. *l. quod si uno* 13. *ff. b. t.* Amplius, si tota res principalis interim perierit, ac nil præter accessiones supersit; quia alterius rei, quam ejus quæ distracta est, non solet adjectio admitti, *l. quoniam* 3. *l.* 4. §. 1. *ff. b. t.* Denique si adjectio tantum fiat propter ea, quæ secundæ emtioni accessura sunt, cum primæ non accessissent, si non minoris sint hæ accessiones, quam quo pluris postea res principalis venit, *l. si prædio* 15. §. 1. *ff. b. t.*

7. Si plures rem eandem addixerint in diem, & meliore allata conditione, primum quidam, alii secundum velint emtorem admittere; si quidem uno pretio res vendita sit, potior erit prioris emtoris conditio, quia una conditio est, quæ vel in totum conservanda, vel in totum infirmanda fuit, ne emtor in communione minvitus trahatur: sin pretiis diversis, partes eorum, qui primum emtorem prætulerint, primo, reliquæ secundo cedere debent; cum separatæ venditiones sint, nec quisquam in communionem redigatur aliam, nisi in quam sese particulatim emendo sponte conjecit, *l. quod autem* 11. §. 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. b. t.*

8. Quin &, si duæ res duobus separatim denis singulæ aureis addictæ sint, & extiterit, qui pro utraque triginta promittat; refert, unius pretio decem, an singularum quina adjiciat: priore casu ea sola res inemta erit, cujus pretio adjectio facta fuerit; posteriore res utraque ad posteriorem emtorem pertinebit. Quod si incertum sit, ad utrius rei pretium adjectio facta sit, a priore venditione non videbitur discessum esse, *l. cum duo* 17. *ff. b. t.*

TITULUS III.

De Lege Commissoria.

SUMMARIA.

1. *Quid sit lex commissoria, & unde dicta? An tantum puram, an vero etiam conditionalem possit facere venditionem?*
2. *Venditor eligit, an uti velit lege commissoria, nec ne? nec post electionem variare potest. Quo modo tacite remittat hanc legem? Qua actione rem repetat, si hac lege uti velit?*
3. *An emtione resoluta emptor partem pretii, quam solvit recuperet? an & arrhas aliaque impendia? an & medii temporis usuras?*
4. *An interpellatione opus sit, ut lex hac locum habeat? quid si lex commissoria sine die adjecta sit?*
5. *Quibus in casibus cesset vis legis commissoriæ? Quid agendum, si venditor præsens solutionem declinet? Quid emtor agere debeat, si ante diem additum fiat tutor liberorum venditoris?*
6. *De pacto, ut pretio intra certum tempus non soluto, res vendatur periculo primi emtoris.*
7. *De pacto de retrovendendo. Quale pretium reddendum sit? Qualis actio ex hoc pacto ad rem recuperandam competat? An fructus rei & usuræ pretii medii temporis restituenda sint? An duplicata debeantur laudemia ob redemtionem?*
8. *An jus redimendi ex pacto ad heredes transeat? Quid si quidam ex his redimere nolint? An & extraneo cedi possint? An huic juri præscribi? Si primus emtor rem alteri simpliciter vendiderit sine pacto redimendi, an primus venditor contra emtorem secundum agere possit?*
9. *De jure retractus conventionalis & legalis: legalis retractus strictam recipit interpretationem, nec habet locum, nisi doceatur, jus illud ex tali causa lege vel consuetudine loci, in quo sita immobilia, receptum esse.*
10. *De retractu conventionali ac pacto, ut,* si emtor rursus vendere velit, non alii quam venditori vendat. *Emtor tunc extraneo vendere volens denunciare id venditori debet, ut si is velit, intra duos menses declaret, se rem eodem pretio velle emtam habere. Facta hoc emtor non impeditur extraneo rem donare, legare, &c.*
11. *Jus retractus legalis competit domino directo emphyteuseos; etiam emphyteutæ, si dominus vendat dominium directum. Item domino directo feudi, etiam sub infeudanti, si vassallus feudum vendat, & emtor necdum investitus sit. Datur & sociis ad partem a socio distractam; & ei, cui census ex fundo debitus, si fundus vendatur. An & quatenus illis, qui jus pignori habent in re immobili, dominis prædii, unde redditus annuus debetur; dominis jurisdictionis, Baillivis, prætoribus? An fructuariis, vendita proprietate?*
12. *In omnibus fere locis viget retractus gentilitius; non tamen in Geldria aut in Transilvania. An ubique in Hollandia?*
13. *Ex juris Romani principiis peti potest fundamentum retractus gentilitii. Quæ juris mutationes hic inciderint?*
14. *Competit hoc jus cognatis masculis, fœminis; non adoptivis. An naturalibus? an conceptis post venditionem? an debeant esse proximi ex illa linea unde res profecta? & quid in feudis retrahendis? An detur illis, qui ex statutis non vocantur ad successionem ab intestato? an naturalibus ratione fundi a linea materna distracti? an remotioribus jure repræsentationis ad successionem venientibus cum alio proximiore? An jus retractus regatur secundum jus successionis intestatæ?*

15. *Hoc jus retractus ex lege competens alteri cedi nequit; nec quisquam pro alio, sed tantum pro se retrahit; quod & quibusdam in locis tenetur jurare.*

16. *Non retrahit, qui ingratus fuit in cognatum venditorem; nec qui huic juri renunciavit. An tacite renunciaverit, qui pro evictione fidejussit? Aut oblatam sibi emtionem non acceptavit? Aut venditionis instrumento subscripsit?*

17. *An filius venditoris, etiam in patris existens potestate, retrahere possit? An & heres venditoris? & quid si venditor promiserit, se rem praestiturum liberam ab omni retractu?*

18. *An si cognatus & extraneus simul emerint, cognatus retrahere possit partem extranei? An maritus, si stante matrimonio rem emerit a cognato suo, vel retraxerit eam extraneo per cognatum venditam, & illa sic cesserit communionis jure uxori pro parte?*

19. *Si maritus stante matrimonio fundum emat & rursus vendat, retractum habent cognati uxoris & mariti, si fundus fuerit conjugum communis factus. Si plures vendiderint simul eundem fundum, an unius venditoris cognatus partem an totum retrahere possit?*

20. *Qua solemnitate retractus fiat in Hollandia? quid juris, si in forma peccatum sit?*

21. *Retractus tantum obtinet in immobilibus, & incorporalibus, quae immobilibus hodierno jure accensentur; in Hollandia fere in praediis tantum ruri, non in aedibus in urbe sitis; sive avita sint, sive per venditorem ipsum prius emta; sive allodialia sive feudalia: & an in curia feudali lis de retractu agitanda sit?*

22. *Si simul sint vendita res retractum admittentes cum rebus retractum respuentibus, quo usque retractus tunc fieri possit?*

23. *Retractus tantum in emtione, & datione in solutum similibusque, ubi pretium apparet, locum habet. An in venditionibus subhastatione factis? Non in permutationibus, legatis. Quid si res partim vendita, partim donata sit?*

24. *An emtor & venditor mutuo consensu resiliendo ab emtione impedire possint jus retractus? An per adjectionem pacti, ut demum res sit vendita, si cognatus non retrahat? An per adjectionem pacti de retrovendendo? An per id, quod emtor intra tempus retractui praefinitum rursus eandem rem in extraneum alienavit? An tunc primi an secundi venditoris cognati potiores sint? Et quid tunc observandum sit ac reddendum per retrahentem?*

25. *De tempore intra quod retractus fieri debeat. An tempus illud currat a tempore venditionis, an a tempore traditionis? An currat ignoranti, & an adversus lapsum temporis restitutio in integrum dari debeat? An sufficiat extrajudicialis interpellatio intra tempus facta? an in jus vocatio?*

26. *Quae per retrahentem emtori reddenda vel offerenda sint? An emtore ea non admittente depositio & consignatio necessaria sit?*

27. *Retrahens subintrat in locum emtoris. Quales fructus emtor retrahenti restituat?*

28. *Retrahenti competunt dilationes emtori ab initio datae. Venditor de pretio residuo non contra emtorem, sed contra retrahentem agit, & vicissim retrahenti actiones dantur contra venditorem. Reviviscunt emtori jura omnia, quae per emtionem extincta fuerant.*

29. *Onera rei imposita gravant retrahentem. Si dominus directus retrahat feudum venditum, imposita per vassallum servitutes durant, secus, si jure caducitatis feudum domino aperiretur. An retrahens solvat laudimia & alia onera, a quibus emtor ex privilegio personali liber erat? In retractu legali semel tantum laudimia & alia debentur, velut ex una emtione.*

30. *In concursu quinam potiores sint in jure retractus quoties pluribus ex diversis causis, vel ex eodem jure, retractus competit?*

1. Lex commissoria, in pignoribus improbata, at hic admissa, nihil aliud est, quam pactio emtioni in continenti adjecta, ut, nisi certo tempore pretium solvatur, res inemta sit. *l. 2. ff. h. t.* Quam *commissoriam* inde dici probabile est, quia, qui in talem legem seu pactum impingit, in universam impingit venditionem, sic ut deinceps vi hujus pacti venditio tota committatur arbitrio venditoris, aut rata futura, aut infirma, prout venditori visum fuerit. Magisque est, ut hac lege adjecta venditio pura censeatur quam conditionalis, quippe resolvenda potius per existentiam conditionis, quam per eam suspendenda, ubi id actum est, *ut res inemta sit. l. 1. ff. h. t. l. 2. Sabinus 3. ff. pro emtore.* Unde & periculum atque commodum rei, ac per traditionem dominium vel usucapiendi potestas, & fructuum percipiendorum jus, interim in emtorem transit, *l. lege fundo 5. ff. h. t.* Nulla tamen ratio juris impedit, quo minus lex quoque commissoria conditionalem possit venditionem facere, concepta legis formula, *ut si intra decem menses pretium solutum sit, res aureis decem emta habeatur.* Sane & in diem addictio, si formula vulgata concipiatur, aeque ac lex commissoria, puram venditionem efficit, ut patet ex *l. 2. §. Sabinus 3.* junct. *§. 4. ff. pro emtore*, & tamen titulo superiore probatum abunde, pro varia formulae conceptione vel puram vel conditionalem videri venditionem intercessisse. Firmumque pro hac opinione fundamentum est in *l. statuliber 38. §. ult. ff. ad leg. Falcid.* ubi dum Hermogenianus ait, *sub lege commissoria distractum, item ad diem addictum in dominio venditoris connumerari*, hoc ipso aperte significat, conditionalem fuisse tunc venditionem ex lege commissoria vel in diem addictione; cum utrobique toties, quoties pura venditio est, non in venditoris sed emtoris dominio interim res emta existat, *l. ubi autem 4. §. sed & Marcellus 3. ff. de in diem addictione, d. l. 5. ff. h. t.*

2. Adjicitur haec pactio in venditoris gratiam, qui proinde uti ea, vel non uti potest, *l. 2. l. 3. ff. h. t.* Ut tamen protinus post diei lapsum statuere de eo debeat; nec si semel alterutrum elegerit, mutare deinceps ultra possit; cum electione prima jus emtori in continenti acquiratur, quod ei venditoris variatione auferendum non est, *l. fundus 4. §. eleganter 2. l. post diem 7. ff. h. t.* arg. *l. apud Aufidium 20. ff. de optione vel elect. legata.* Elegisse autem videtur legis commissoriae remissionem, si post diem, lege commissoria comprehensum, pretium vel usuras ejus ab emtore receperit aut exegerit, *l. de lege 6. §. ult. l. 7. ff. h. t. l.*

commissoria 4. *C. de pactis inter emt. & vend.* Sed si venditor declaret, se uti velle pacti hujus beneficio, ipso jure contractus resolvitur, ac res cum fructibus & accessionibus ad venditorem redit, quia nihil penes eum resistere oportet ex re, in qua fidem fefellit, *l. lege fundo* 5. *l.* 6. §. *idem* 1. *ff. h. t.* data venditori rei vendicatione, vel ex emto actione, utra ipse experiri maluerit, si verbis directis concepta fuerit lex commissoria, ut scilicet res inemta sit, *l. commissoria* 4. *C. de pactis inter emt. & vend. l. ult. in fine ff. h. t.* junct. *l. si fundus* 4. *ff. h. t. l. sed Celsus* 6. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Secus si verbis tantum obliquis id actum fuerit, ut pretio non soluto *res reddatur*, *revertatur*, *ab emtione recedatur*; quippe quo casu non vindicatio, sed sola ex emto vendito actio datur, *l. qui ea lege* 3. *C. de pactis inter emt. & vendit.*

3. Sed & vicissim venditori incumbit, ut eam, quam accepit, emtori reddat pretii partem; nisi id pacto actum sit, ut partem pretii solutam perdat emtor in moræ pœnam, quo casu vicissim quoque apud eum medii temporis manerent fructus; & de eo casu, quo pactum in id nominatim conceptum fuit, accipiendum puto, quod ab Ulpiano post Neratium est traditum in *l. si fundus* 4. §. *sed, quod* 1. *ff. h. t.* Nam ut extra conventionem specialem pœnalem emtor soluta pretii parte caderet, admittendum non est, arg. *l. quod si minor* 24. §. *sed & si* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si vi vel metu* 3. *l.* 4. *C. de his quæ vi metusve causa.* Ne ea contingeret ratione, ut, quo quis in pretio solvendo promptior fuisset ac diligentior, eo magis puniretur; contra tanto minorem subiret jacturam, quanto fuisset negligentior in pretio numerando fideque implenda; atque ita diligentia damnosa evaderet, mora prodesset. Quod & in praxi docet Groenewegen ad *l.* 6. *ff. h. t.* & *ad* Grotii *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 14. *n.* 78. Sane, si arrha data, aut quid aliud emtionis nomine per emtorem erogatum fuerit, veluti in symposium, instrumenti emtionalis confectionem, proxeneticum pararii, & si quæ sint alia his similia, ea emtori perire, nec oportere restitui, rationis est; cum per emtorem factum fuerit, quo minus legi adjectæ pareretur, nec permittendum ei fuerit impune fidem fallere, *l. de lege* 6. *pr. ff. h. t.* junct. *l.* 5. *in fine ff. h. t. l. sed & si* 25. *pr. ff. de petit. hered.* Quod enim specialiter pactum proponitur, ut pretio non soluto *arrham emtor perderet*, & inemta res esset, *l. ult. ff. h. t.* ex eo non recte collegeris pacti necessitatem ad arrhæ amissionem; cum novum non sit, pactionibus & illa inseri ex abundanti ac dubitationis tollendæ causa, quæ & citra pactum ex ipsa fluerent juris communis dispositione, *l. qui mutuam* 56. *ff. mandati.* Qua ratione etiam de fructuum restitutione pactum speciale legi commissoriæ adjectum proponitur in *l. sed Celsus* 6. §. *si fundus* 1. *ff. de contrab. emt.* quos tamen etiam, omissa pactione, reddi oportere non ambigitur. Sed nec pretii usuras emtori restitui æquum est, quippe quæ vel ex conventione vel ex mora præstandæ forent, quarum neutra intercessit ex parte venditoris; sed magis emtoris ipsius culpa ac mora dissolutio emtionis secuta est, cui sua non debuit ad usuras persequendas mora proficere. Ut proinde alia hic quam in addictione in diem, ratio sit, in qua neque per culpam neque per moram emtoris resolvi contractum expeditum est.

4. Committitur regulariter hæc lex commissoria per ipsum temporis ad ecti lapsum, neque venditoris interpellatione opus est ad id, ut in mora emtor constituatur, cum dies abunde pro homine interpellet, *l. si fundus* 4. §. *ult. ff. h. t.* junct. *l. magnam* 12. *C. de contrahend. & commit. stipul.* Nisi pactum commissorium sine certi diei adjectione conceptum fuerit: (uti id fieri potest arg. *l.* 3. *ff. de contrab. emt.*) tunc enim, cum dies interpellare nequeat, hominis interpellatione opus est; quæ forte post sexaginta dierum lapsum fieri poterit, ut emtor in mora constituatur, arg. *l. quod si nolit* 31. §. *si quid ita* 22. *ff. de ædilit. edicto.*

5. Cessat tamen pactionis hujus effectus quoties non per emtorem, sed per venditorem stetit, quo minus pretium sua die solutum sit; veluti si venditor ipse moram faciat in præstandis iis, quæ ex conventione ante pretii solutionem prestanda erant, veluti fidejussionem pro evictione, aut quid simile, *l. ult.* §. *emtor prædiorum* 1. *in fine ff. de rescind. vend.* vel fiscus aut alius venditoris creditor testato denunciaverit emtori, ne is venditori solvat, antequam sibi denunciantis satisfactum sit, *l. ult. ff. h. t.* Joh. Papon. *lib.* 12. *tit.* 10. *arresto* 2. vel nullum habeat emtor cui offerat, dum vel absens vel mortuus est venditor nec domi procuratorem reliquit, aut ejus defuncti hereditas adita non est, *l. si fundus* §. *ult. ff. h. t.* arg. *l. quod si nolit* 31. §. *in causa* 23. *ff. de ædil. edict. l. cum quidam* 17. §. *si pupillo* 3. *ff. de usuris.* Quod si præsens venditor sese subducat ac solutionem defugiat, consignatione ac depositione opus est, ut juri suo emtor consulat, *l. si a te* 7. *C. de pactis inter emt. & vendit.* & si emtor defuncto venditore, liberis ejus impuberibus ante diem appositam tutor datus sit, non aliter vim legis commissoriæ evitare potest, quam si vel reliquis pretium numeraverit contutoribus, vel illud rationibus tutelæ retulerit, *l. ult. in pr. ff. de rescind. vend.*

6. Legi commissoriæ simile est pactum, quo id agitur, ut, pretio intra certum tempus non soluto, liceat venditori rem alteri vendere periculo primi emtoris, si postea minoris distrahatur, *l. si fundus* 4. §. *in commissoriam* 3. *ff. h. t.*

7. Est & vicinum hisce pactum de retrovendendo, quo emtionibus adjecto id agitur, ut venditori liceat vel intra vel post certum tempus vel quandocunque redimere seu recipere rem, reddito pretio eodem, quod datum est, non eo, quod tempore redemtionis justum ac rei respondens videri posset, nisi aliud nominatim actum sit, *l. si vir* 12. *ff. de præscriptis verbis*, *l. si fundum* 2. *C. de pactis inter emt. & vendit. composit. is*, *l. si creditor* 7. §. *illud* 1. *ff. de distract. pign. & hypoth. l. si cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* Ex quali pacto venditori recuperare volenti personalis ex vendito, aut præscriptis verbis actio datur *d. ll.* non enim absurdum est, actione ex emto agi etiam ad emtionis ipsius prioris distractionem, *l. ex emto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de act. emt.* Quamvis hic vere non tam ad venditionis prioris, omni ex parte jam impletæ, resolutionem, quam potius ad novæ venditionis factum seu interpositionem agatur. Ut tamen ad officium ejus, qui retro venditionem postulat ab emtore refractario, omnino pertineat, pretium oblatum, nec acceptatum, deponere consignatum, arg. *l. nec creditores* 10. *C. de pignorat. act. l. si a te* 7. *C. de pactis inter emt. & vendit.* Sande *decis. Fris. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 18. Fachineus *controvers. lib.* 2.

cap. 42. Plane rei vindicatio venditori hoc casu accommodanda non est; cum obligatio tantum ad factum, puta retrovenditionem, pacto ex quo agitur, comprehensa sit: nisi id actum fuerit, ut pretio intra certum tempus restituto, *res inemta sit*, vel *venditor rem recipiat*; tunc enim electio venditori competit, utrum oblato pretio rem vindicare, an actione venditi repetere malit., arg. *l. si cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* dummodo secundum mores hodiernos in immobilium venditione pactio talis solemni traditioni, coram lege loci faciendæ, inserta fuerit; cum alioquin nullum pactum immobilia soleat afficere ullo jure in re. Groenewegen *ad l.* 3. *C. de pactis inter emt. & vend.* & *ad l.* 3. *C. de condict. ob causam dat.* Ceterum uti solum pretium emtori offerendum est ad redemtionem faciendam, non item usuræ ejus; eo quod venditor in cujus gratiam redimendi jus pacto inductum fuit, nullam videri potest moram commisisse; ita nec emtor venditori redimenti ad medii temporis fructus restituendos obstrictus est, sed tantum ad eos, qui post moram, seu oblatum a venditore pretium, percepti sunt, *d. l.* 2. *in fine C. de pact. inter emt. & vend.* Magisque ex hujuscemodi pacto de retrovendendo nova venditio sequitur, quam venditionis prioris infirmatio sit, adeo ut & eam ob causam iterata laudemia aliaque onera similia præstanda veniant, velut ex repetita alienatione, uti plenius probatum *tit. si ager vectigalis id est emphyt. pet. n.* 31.

8. Agit autem ex hoc pacto non tantum venditor, sed & heres ejus, secundum ordinariam pactorum heredibus æque ac ipsis paciscentibus proficientium conditionem, arg. *l. si pactum* 9. *ff. de probation. l. veteris* 13. *C. de contrab. & committ. stipulat.* Berlichius *part.* 2. *conclus.* 40. *numer.* 70. 71. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 32. *def.* 21. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 4. usque adeo, ut, si quidam heredum redimere nolint, reliquis accrescat illud redimendi jus, Ant. Faber *C. lib.* 3. *t.* 25. *defin.* 2. Berlichius *d. part.* 2. *concl.* 40. *num.* 71. Quid, quod & extraneo hoc jus ex pacto competens cedi possit; cum personale non sit, & omnis actio vendi cedique possit, quæ nominatim excepta non est, arg. *l. ult. C. de hered. vel act. vendita.* Sande *de cessione actionum cap.* 5. *numer.* 29. Carpzovius *d. part.* 2. *constit.* 32. *def.* 20. Berlichius *part.* 2. *conclus.* 39. *numer.* 53. Leeuwen *d. loco.* Neque huic juri redimendi præscribi potest ullo tempore, si in perpetuum redimendi licentia pacto comprehensa sit: non magis, quam juri luendi pignoris, quod latius adstructum *t. de pignorat. act. nu.* 7. Adde Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 18. *numer.* 4. 5. Si tamen primus emtor rem ea lege emtam rursus alteri simpliciter vendiderit, nullo retrovendendi pacto apposito, emtor secundus a venditore primo ad retrovenditionem compelli nequit, sed tantum adversus emtorem primum personalis actio ad id quod interest, peremtam alienando fuisse redimendi facultatem, intendi potest; cum pactum personam tantum obliget, at rem non afficiat, sic ut illa sine ullo onere in secundum emtorem translata sit, arg. *l. ult.* §. *Lucius Titius* 1. *ff. contrab. emt.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 36. *defin.* 2. Berlichius *pract. conclus. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 56. 57. Nisi in prima venditione rerum immobilium solemni traditionis coram lege loci factæ instrumento pactio talis retrovendendi inserta fuerit, atque ita res ipsa devincta, arg. *l. si creditor* 7. §. *ult. ff. de distract. pignor.* quod & supra notatum ex Groenewegio ad *l.* 3. *C. de pactis inter emt. & vend.* &. *ad l.* 3. *C. de condict. ob caus. dat.* Adde Berlichium *d. part.* 2. *conclus.* 40. *n.* 59.

9. Juri redimendi, ex pacto competenti, proxime in multis, non tamen in omnibus, accedit jus retractus, quo qui gaudet, emtorem extraneum depellere potest, eodem oblato pretio, atque ita sibi rem emtam habere. Quale jus vel ex conventione competere potest, vel ex juris communis aut municipalis dispositione. Dummodo meminerimus, neminem sibi arrogare posse jus retractus legalis, nisi doceat, lege vel consuetudine loci, in quo immobilia sita sunt, illud retrahendi jus ex tali causa, ex qua retrahere vult, aut saltem alia plane simili, firmatum esse; cum utique hoc jus, depellens eum, qui legitimo modo rei dominium adeptus est, velut exorbitans a jure communi, contrarium rescripto Impp in *l. dudum proximis* 14. *C. de contrab. emtione*, uti & libertati commerciorum, & a generalibus recedens justitiæ commutativæ præceptis, strictam videatur recipere debere interpretationem; etsi de cetero inficias iri nequeat, quin jus tale ipsi etiam juri divino originem debeat, ac non sine justis rationibus inductum sit, Jac. Coren *observ.* 32. *numer.* 62. 63. 64. 65. 66. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 2. & 22. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *numer.* 8. 9. *pag. mihi* 226. Leewen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *nu.* 9. Responsa JCtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 148. *numer.* 1.

10. Ex conventione jus retractus inter alia competit, cum id pacto emtioni adjecto actum fuit, *ut, si emtor rursus vendat, non alii, sed sibi* (venditori) *distrabat*, *l. qui fundum* 75. *ff. de contrab. emt.* Quo casu, si emtor cum extraneo de re illa certo pretio vendenda convenerit, id ipsum venditori primo denunciare debet, ut is, si ita videatur, intra duos a denunciatione menses declaret, se rem eodem velle pretio emtam habere: qui si toto illo bimestri spatio voluntatem suam non declaret, vel juri retractus nominatim renunciet, ac consentiat in faciendam extraneo distractionem, non ultra deinceps vi pacti jus retractus exercere potest, arg. *l. qui Romæ* 122. §. *coheredes* 3. *ff. de verbor. obligat. l. ult. in fin. C. de jure emphyteut.* Berlichius *d. part.* 2. *conclus.* 40. *nu.* 53. 54. 55. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *num.* 8. Sande *decis. Frisc. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 4. Non tamen hoc jus retractus conventionalis, ex pacto in casum venditionis concepto descendens, locum habet, si primus emtor alio, quam venditionis titulo, rem in extraneum transtulerit, veluti ex permutatione bona fide facta, vel donatione, vel testamentaria dispositione, vel jure successionis intestatæ, vel alia simili diversa ab emtione causa, Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 32. *defin.* 14. 16. 17. Berlichius *d. part.* 2. *conclus. pract.* 39. *numer.* 61. 62.

11. Ex legis dispositione rursus variis ex capitibus jus retractus descendere expeditum est. Sic enim domino directo ex vi dominii directi datum est jus protimesios, quoties emphyteusin suam emphyteuta extraneo vendita, *l. fin. C. de jure emphyteut.* de quo latius *t. ff. si ager vectigalis id est emphyteut.*

petitur num. 12. Et quamvis jure civili cautum non inveniatur, emphyteutam gaudere jure protimeseos cum dominus directus suum vendit directum dominium; probabile tamen est, ei hoc jus moribus hodiernis haud oportere denegari illis in locis, in quibus consuetudine receptum est, etiam dominum fundi censualis posse retractum facere, si is, cui census annuus debetur suum jus census extraneo distraxerit; (de quo mox) praesertim, cum effectu inspecto parum hodie census debitus distet a canone debito, & emphyteuses nostrates magis propter annui reditus seu canonis emolumentum, quam propter meliorationem faciendam, in agris etiam fertilissimis constitutae sint, Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 138. Datum & hoc jus domino directo feudi, quin & ipsi subinfeudanti, quoties secundum mores hodiernos vassallus, aut subinfeudatus, utile distraxit feudi dominium, si modo dominus directus retractum exercere volens necdum emtorem de feudo investiverit: eo quod investiturae interventu comprobasse videtur novum vassallum, suoque juri renunciasse, uti haec prolixius prosequitur & explicat, ac in Brabantia quoque, qua parte Belgio foederato paret, servari docet Petrus Bort *tract. de feudis Holland. part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 2. & *multis seq. pag.* 217. & *seq.* Sociis quoque ratione partis per socium distractae & confinibus jus hoc retrahendi in Rhenolandia ac Delflandia alibique tributum esse, idque convenienter constitutioni Friderici in *lib.* 5. *feud. t.* 13. monet Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 9. 10. & Groenewegen ad *l.* 3. *C. de commun. rer. alien.* (vide tamen Jac. Coren *observ.* 32. *num.* 58. & *seqq.*) uti & Mechliniae, uti patet ex *legibus Mechlin. t.* 11. Adhaec variis in locis eum, cui census annus ex fundo vendito debetur, hoc jure retractus uti in fundo censuali vendito, post alios allegatos tradit Ant. Matthaeus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 35. Illis praeterea, quibus res immobiles pignori obligatae sunt, earum etiam publice venditarum retractus per integras sex septimanas quibusdam in locis concessus invenitur, quoties viliore pretio venditae sunt, quam ut inde creditoribus hypothecariis satisfieri posset, Roseboon *costumen van Amsterdam t.* 35. *art.* 1. Quod & Hagae consuetudine firmatum docet Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *vers. cujus beneficio.* Uti vice versa domini quoque praediorum, quibus reditus redimibilis vel non redimibilis impositus est, venditum extraneo reditum recte retrahunt in Hollandia, & Mechlin. *Consuet. Mechlin. t.* 11. *art.* 7. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 17. Insuper jurisdictionis dominum (*den Ambachtsheer*) post lapsum anni, intra quem reliquis retrahendi jus est, totis sex septimanis ad retractum faciendum plerisque in locis admitti, testis est Neostadius *Curiae supr. decis.* 29. *in pr.* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 16. (si modo vendita sint allodialia: non item feuda, ut adstruit Grotius in Responsis Juris Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 201. *male impresso* 301. *pag.* 538.) Quod & Praetori, seu Baillivo Rhenolandiae eodem modo competere scribit Grotius *d. cap.* 16. *num.* 16. Aliis vero pagorum praetoribus in Rhenolandia jus tale non esse datum, licet quandoque per corruptelam ab iis usurpatum, decisum fuit; Appendix decisionum *post responsa Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 43. *post med.* Confer Petr. Bort *de feudis Holl. part.* 5. *exp.* 1. *n.* 6. *pag.* 219. Sed nec fructuario jus retrahendi competit, si suam proprietarius proprietatem alienaverit: non enim inter proprietarium ac fructuarium connexio, aut fundamentum, ex quo talis fructuarii ante emtores extraneos praelatio profflueret; cum ususfructus, qui a proprietate separatus est, neutiquam dominii pars sit, *l. recte dicimus* 25. *ff. de verb. signif.* (quod late probatum *t. de usufr. num.* 5.) ac proinde nec ullum inter dominicos ac fructuarios consortium appareat, aut communionis vel societatis jus, Castillo Sotomajor *de usufructu cap.* 74. *n.* 37. & *seqq.*

12. Praecipue vero usu comprobatum jus retractus, quod ex jure sanguinis defertur, & *gentilitium* dici potest, ac in plerisque locis Germaniae, nec non in Gallia, Hispania, Italia, Burgundia, Brabantia, Flandria, Frisia, Zelandia, alibique admissum esse testantur Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *in pr.* Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 51. *n.* 1. Jac. Coren. *obser.* 32. *n.* 3. & *seq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 2. *n.* 9. ac collectis diligenter singularum regionum de retractu legibus, docet Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. Ultrajectinis tamen, atque etiam Gelris, ac Transisulanis, neutiquam legalis, sed tantum conventionalis retractus placuit, Fredericus a Sande *de feudis Gelriae tract.* 3. *cap.* 5. *num.* 11. *in fin.* vers. *subinde item*, Christian. Rodenburch (notans Sandium quantum ad tradita de moribus Ultrajectinis) *de jure conjugum tract. praeliminn. de statutor. diversit. t.* 2. *cap.* 5. *n.* 17. *in med.* Leeuwen *d. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. 8. 9. In Hollandia quoque nunquam universali consuetudine gentilitium retractum fuisse receptum, non uno in loco scriptum ab Hugone Grotio in Resp. ICtor. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 148. *num.* 2. & *consil.* 201. *pag.* 538. Sed tantum municipalibus quarundam urbium ac regionum legibus, idque non eodem modo, sed varie, veluti in Rhenolandia, Delflandia, Kennemaria, & regione Voornana, uti vult idem Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 4. & Groenewegen ad *l.* 3. *C. de commun. rerum alienat.* Quod tamen de Kennemaria ac Delflandia negat Leeuwen *d. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 21. *num.* 5. & non passim in Delflandia jus hoc servari, scripsit Groenewegen *in notis posterioribus ad Grotium d. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 3. *lit. B.*

13. Retractus hujus gentilitii fundamentum vel ex ipsis Romani juris principiis erui posse, non facile ibit inficias, quisquis consideraverit illud Caji: *Cum bona veneunt debitoris, in comparationem extranei, & ejus qui creditor cognatusve sit, potiorem haberi creditorem cognatumve, l. cum bona* 16. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend.* quodque ab Hermogeniano traditum, minorem adjectione pretii ab extraneo superatum, implorata in integrum restitutione audiendum esse, si forte majorum ejus fuisset illa res, & id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori, *l. si emtione* 35. *ff. de minorib.* 25. *annis*, sed & a Constantino vel quo alio Imperatore legem generalem fuisse latam, qua cognati poterant extraneos ab emtione amovere, si fides conjecturae Jacobi Gothofredi ad *l.* 6. *C. Theodos. de contrah. emt.* Et quamvis hoc protimeseos jus posteriore Imperatorum constitutione immutatum sit, neque ulla cognatis prae extraneis relicta praerogativa; dum in *l. dudum* 14. *C. de contrah. emt.* constituerunt: *Dudum quidem proximis consortibusque*

concessum fuisse, ut extraneos ab emtione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent, sed quia gravis hac videtur injuria, qua inani honestatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege cassata, ut numquamque suo arbitratu quærere vel probare possit emtorem.; sic ut & illud jus protimeseos ea lege sublatum videatur, quod ante consorti competebat, si pendente judicio communi dividundo suam sociorum unus partem vendidisset, juxta *l.* 1. *C. communi divid.* postea tamen Frederici constitutione rursus agnatis sociisque jus illud restitutum fuit; *l.* 4. *feudorum t.* 13. quæ deinceps probabiliter consuetudinibus plerarumque regionum de retractu occasionem præbuit, licet non omni ex parte per eas hanc Frederici constitutionem fuisse probatam, in aperto sit.

14. Retractum hunc jure sanguinis habent cognati, legitimo prognati matrimonio, aut legitimati; sive masculi, sive fœminæ, cum & mulieres, licet familiæ suæ caput & finis sint, *l. pronunciatio* 195. *ff. de verb. signif.* cognationis tamen & sanguinis vinculo etiam post nuptias junctæ maneant. Adoptivis vero non competit; cum ex commento adoptionis non nascatur jus sanguinis, *l. qui in adoptionem* 23. *ff. de adoptione* 23. *ff. de adoption.* arg. *l. fideicommissum a filiis* 76. *ff. de condit. & demonstrat.* neque etiam naturalibus tantum, arg. *l.* 2. §. *legitimas* 3. *ff. de excus. tut.* De conceptis post venditionem, variatum fuit, ut videri potest apud Ioh. Papon *lib.* 11. *tit.* 7. *art.* 1. *& ibi notata.* De cetero, licet alibi illi cognati in jure retractus potiores sint, qui venditori proximiores sunt ex eo latere, unde res vendita profecta fuit; in Hollandia tamen sola sanguinis spectatur proximitas, adeo ut agnati proximi in retrahenda re immobili, quæ a materna provenit linea, cognatis in specie per matrem junctis, sed remotioribus, in concursu potiores sint, & vice versa, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 7. In feudis tamen Hollandicis, uti in successione ab intestato cognati ultimi possessoris juncti ei ex illo latere, unde feuda provenerunt, potiores sunt aliis, alio ex latere defunctum contingentibus, licet gradu proximioribus; ita & eosdem potiores esse oportere in retractu faciendo, dicendum videtur: tum, quia tales potissimum per alienationem læsi atque fraudati sunt spe successionis; tum quia jus retractus fere regi solet secundum jus succedendi ab intestato; nisi aliud consuetudine inductum probetur, Jac. Coren *obs.* 32. *n.* 30. *& seqq. & in fine,* Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *c.* 2. *n.* 14. 15. 16. *pag.* 227. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 208. Quo etiam fundamento, quod nempe jus successionis imitetur jus retractus, sic ut nec retrahant, qui ab intestato non succedunt, quod præter Jacobum Corem & Petrum Bort passim probant interpretes, Damhouderus *praxi civili c.* 265. *n.* 11, Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 8. *n.* 6. 7. 8. *& præcipue n.* 13. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *c.* 16, *n.* 7. *& lib.* 2. *c.* 30. *in pr.* tentari haud immerito possit, illis in Hollandiæ locis, quæ jure Scabinico utuntur, ad retractum admitti non debere gradu proximos ex linea paterna venditori junctos, quoties patre vivo, matre mortua, is prædium distraxit, & remotiores supersunt lineæ maternæ agnati retrahere volentes, aut vice versa; cum constet, eo jure nec parentem superstitem, nec superstitis cognatos, sed solo parenti prædefuncto sanguine junctos ad venditoris talis successionem ab intestato vocari, si non aliud inveterata consuetudine receptum probetur. Cumque jus successionis ab intestato olim in Hollandia quarto gradu circumscriptum fuerit, ac propterea jus quoque retractus eo gradu inveniatur limitatum, ut habet Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 30. *in pr. & d. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 7. probabile omnino est, producta deinceps ad gradus ulteriores successionis intestatæ facultate, etiam remotiores a retrahendi potestate haud removendos esse, quoties in contrarium non extat loci hujus aut illius usus. Quin imo, cum matri æque spurii succedant, ac legitime nati, ratio non est, cur ad fundi a matre venditi retractum haud forent admittendi, arg. *l. si suspecta* 29. §. 1. *ff. de inoff. testam. l. si qua illustris* 5. *Cod. de senatusc. Orfitiano.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 8. *n.* 6. 7. 8. Sed an & illi, qui, cum proximi natura non essent, jure tamen repræsentationis cum proximioribus ab intestato vocantur, etiam in retractum cum iisdem concurrere possint, merito dubites; cum passim in statutis *proximiorum* mentio fiat, & jus hoc retractus nostra lingua a proximitate *naastinge* denominatum sit.

15. Quia vero totum hoc jus retractus gentilitii sanguinis contemplatione inductum fuit, adeoque propter peculiarem retrahentis qualitatem, quæ in extraneis haud reperitur, consequens est, nec cessionis interventu id in extraneum posse transferri, sed omnino personalem esse eam cognationis & familiæ prærogativam, & quod in ceteris circa conventionem ex lege profluentibus retractus speciebus statuendum est, arg. *l. ex pluribus* 42. *ff. de admin. & peric. tut.* Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 26. *gloss.* 1. *n.* 1. Argentraus *tract. de laudemiis art.* 37. Sande *de cessione action. cap.* 5. *n.* 28. Zoesius *de feudis c.* 15. *num.* 23. 24. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 31. *defin.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *tit.* 5. *cap.* 2. *n.* 19. *pag.* 228. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 24. Sed nec cognatus ipse alteri, sed sibi soli, suamque in utilitatem retrahere potest; adeo ut & multis in locis, desiderante emtore, jurare teneatur, se ibi suumque in commodum nummisque suis retractum facere; quamvis ceteroquin haud intersit, an sponte sua, an vero alieno hortatu impulsuque, an dudum in arca servatis, an creditis seu mutuis aut credendis sibi nummis, & ita vi mutui propriis futuris, emtorem jure retractus depellat, Damhouderus *praxi civil. cap.* 265. *n.* 15. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 288. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *n.* 10. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 13. 14.

16. Non etiam hoc jus retractus exercere potest secundum Friderici constitutionem, qui in cognatum venditorem gravem admisit ingratitudinis causam, *lib.* 5. *feudorum tit.* 13. *in med.* aut renunciavit juri retractus, sive expresse & propalam id fecerit, sive tacite rebus ipsis & factis; veluti si ipse emtori fuerit auctor emtionis, aut pararius ac proxeneta inter emtorem & venditorem, vel pro evictione apud emtorem fidejusserit, arg. *l. exceptione* 12. *C. de evictiom. vindicantem* 17. *ff. eod. tit.* Ex eo sane solo, quod ei emtio rei a cognato oblata fuerit, atque ipse tunc emere detrectaverit, renunciatio retractus non satis colligitur; cum intervenire multa queant, quæ emtionem præsentem dissuadent, veluti minor in cognato quam extraneo emendi solertia, quo fit, ut sæ ius sit jam

emtum retrahere, quam ab initio ad emtionem procedere, parata pecuniæ penuria, quæ tamen intra annum, retractui præfinitum, conquiri aliunde potest, & alia plura. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 145. Sed nec ex eo, quod venditioni præsens fuit, & siluit: cum siluisse magis intelligatur, quia sciebat jus suum sibi integro anno vel alio tempore statuto durare, arg. *l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* & ita demum præsens ac sciens & tacens pro consentiente ac juri suo renunciante habendus sit, si ipso invito negotium, quod gerebatur, geri non possit; cujus contrarium in nostro casu est, in quo cognatus nulla retractus conservandi protestatione potest venditioni efficaciter intercedere, eamque impedire. Tiraquellus *de retractu gentil. d.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 153. *& seqq.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 61. *in med.* Responsa Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 185. *quest.* 2. Quin imo, ne is quidem, qui emtionis instrumento subscripsit tanquam testis, per id jure retractus se privasse dicendus est; cum subscriptione ista deceptus videri nequeat emtor, quippe qui scire potuit, atque etiam debuit, ex lege loci, in quo est res immobilis vendita, salvum cognatis retractum esse. Eoque facit *l. Tria* 34. §. *Lucia* 2. *ff. de legatis* 2. *l. Gajus Sejus* 39. *ff. de pignorat. act.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *defin.* 8. Groenewegen ad *l.* 26. *ff. de pignor. & hypoth.* Quibus non adversatur, quod a Modestino scriptum est, filium, qui patris, mutuum ab extraneo accipientis ac scribere impediti, suasione & nomine chirographum scripserat sua manu, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandæ, hoc ipso consensum ei obligationi dedisse, *l. fidejussor* 26. §. *pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* quodque traditum a Marciano, creditorem hypothecarium in pignoris venditionem videri consensisse, si subscripserit in tabulis emtionis, *l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Etenim diversitatis ea ratio est, quod, ut dictum, emtor scire potuit ac debuit, rem immobilem ex lege situs retractui petere: at e contrario emtor scire nec potuit nec debuit, rem, quæ oppignorabatur, non patris, sed ipsius filii chirographum scribentis propriam esse, vel creditori hypothecario tabulis emtionalibus subscribenti devinctam; ut proinde emtor merito videri posset silentio filii chirographum pro patre scribentis, vel creditoris emtioni subscribentis, deceptus esse, nisi ex silentio tali concurrente cum scriptione vel subscriptione leges scribentis consensum præsumsissent.

17. De cetero usque adeo jus retractus cognationi tributum est, ut & ipse venditoris filius, utcunque minorennis, atque adeo in patris potestate, retrahere fundum possit; non patri sed filio ipsi minorenni acquirendum, si modo legitima munitus curatorum auctoritate ad retractum accedat, *cap. constitutus* 8. *extra, de integr. restit.* Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *t.* 5. *defin.* 7. *in fine.* Joh. Papon. *lib.* 11. *t.* 7. *art.* 2. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *numer.* 47. Boerius *decis.* 12. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 155. Dissent. de minore Chassenæus *ad consuet. Burgund. rubr.* 10. §. 1. verbo *l'homme ou femme num.* 8. Sed & venditoris jam defuncti heredem, sive filius, sive remotior cognatus fuerit, rem a defuncto distractam retrahere posse, versus est; (licet id Frisiis displicuisse, testetur Sande *decis. Frisic. d. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 7.) cum non qua heres, nec ex defuncti capite, sed tanquam proximus venditoris cognatus, cui vivo adhuc venditore nec ullos heredes habente jam jus retractus ex lege vel more quæsitum fuerat, jus illud exerceat, nisi venditor insuper promisisset, se rem ab omni retractu gentilitio immunem liberamque præstiturum. Quamvis enim heres venire non possit contra factum defuncti, nec res suas per defunctum alienatas revocare pro ea parte, ex qua heres est, ac defunctum repræsentat, *l. cum a matre* 14. *C. de rei vindicat. l. si Titio* 22. *ff. de pignor. & hypoth.* regula tamen illa heredi non obstat in retractu faciendo, quoties venditioni promissio superior nominatim addita non est; cum retrahendo non intelligatur venire contra factum defuncti, aut illud impugnare, sed approbare magis ac confirmare, dum petit, se loco prioris emtoris substitui, atque ita venditionem non irritam constitui, sed magis in universum ratam habet, omni emtoris obligatione jureque in se translato. Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *num.* 47. *& seq.* Christinæus *vol.* 1. *decis.* 239. Sainson *ad consuet. Turonens. t.* 15. *art.* 5. *versu, dubitatur insuper,* Petrus Bort *de feudis Holland. part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *nu.* 20. 21. 22. *pag.* 228. & plures ab eo citati, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 22.

18. Quid, quod & ipse emtor certis in casibus ad retractum faciendum admitti potest. Si enim duos finges simul uno pretio comparasse prædium ab eo, qui alterutri ementium cognatione junctus erat, vi quidem emtionis primæ cognatus emtor non nisi ex semisse emti fundi dominus effectus est; sed quia emtor alter extraneus est, a partis dimidiæ emtione consortem hunc consors cognatus jure depulerit. Sed & si maritum stante matrimonio rem a cognato suo emisse proponas, eamque vi statutariæ inter conjuges communionis uxori pro parte quæsitam esse, soluto matrimonio libera marito facultas est jure sanguinis retrahendi ab uxore vel heredibus ejus intra tempus retractui præfinitum hanc ipsam partem uxori communicatam, refusa dimidiata pretii parte. Abr. a Wesel *de connub. bonor. societ. tract.* 2. *cap. numer.* 36. Ant. Matthæus *paræmia* 3. *numer.* 12. Nam & si maritus stante matrimonio fundum a cognato alienatum retraxerit, & eum ita supponamus, jure communionis statutariæ, uxoris pro parte factum (licet id multi negent citati ab Abr. a Wesel *d. tract.* 2. *cap.* 2. *nu.* 35.) jus ei esset retinendi ex jure retractus soluto matrimonio totum prædium, præstitis iis, quæ ex natura retractus præstanda sunt. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 26. *gloss.* 1. *num.* 38.

19. Quod si maritus stante matrimonio fundum emerit, sic ut ille conjugali statutariæ vel pactitiæ cesserit communioni, iterumque divendat, fundi totius retractum facere promiscue possunt vel mariti, vel uxoris cognati; sufficitque adeo in Hollandia retrahentem alteri conjugum propinquum esse. Cum enim stante matrimonio fundus ille non pro diviso, sed pro indiviso, inter conjuges ita communis fuerit, ut nec dividi inter ipsos debuerit aut potuerit propter durantem in perpetuum, id est donec conjuges vivunt, conjugalem communionem, visum magis non partis dimidiæ sed prædii totius retractum alterutrius conjugis cognatis indulgeri. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 29. Plane, extra illam individuam stante ma-

trimonio conjugalis communionis causam, etiam tunc, cum tres pluresve prædii unius pro indiviso domini uno illud pretio vendiderunt extraneo, proximo venditoris unius cognato non partis solius ad cognatum venditorem pertinentis, sed fundi solidi retrahenti facultatem dari oportere, responsum invenio, licet, reliquis portionum reliquarum dominis sanguine junctus non sit, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 17. & *part.* 4. *consil.* 344. Sed magis est, ut unius quidem venditoris cognato non ultra portionem illam, quæ ad venditorem cognatum pertinebat, retractus permitti debeat, si emtor reliquas aliorum venditorum partes sibi retinere, atque adeo fundum cum retrahente communem habere non aspernetur; cum retrahenti nulla fiat injuria, quod ita in communionem incidat, in quam & incideret, si re non vendita, cognato venditori tanquam heres successisset; ut tamen emtor audiendus sit, si partis retractum admittere nolit, dum forte partes reliquas emturus non fuisset, displicente ipsi communionis conditione, in quam per partis retractum incideret, & ad quam invitus nemo compellendus est, *l. si sortem* 26. §. *si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. ult. C. communi divid.* ac proinde tunc jure desiderare posset, ut a tota emtione recedatur, atque ita feudi totius retractum faciat, qui unum ex venditoribus cognatione contingit, ac inde exercere cupit retrahendi jus, arg. *l. tutor* 47. §. *curator* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si quis aliam* 46. *ff. de solutionib. d. l. si non sortem* 26. §. *si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. quod autem* 11. §. 1. *l.* 12. *l.* 13. *ff. de addict. in diem.* Confer Tiraquellum *de retract. gentilit.* §. 23. *gloss.* 1. *n.* 1. & *mult. seqq.*

20. Modum formamque retractus faciendi per Hollandiam describit Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *numer.* 13. 14. & si quid in forma retractui peragendo per statum præscripta omissum sit, retractus inutilis est. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *defin.* 1. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 8. *gloss.* 1. *in pr.*

21. Retractui huic gentilitio locus regulariter tantum est in rebus immobilibus, & incorporalibus, quæ immobilibus accenseri solent, veluti censibus, decimis, aliisque similibus distractis. Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 4. non item in mobilibus, Parens p. mem. Paulus Voet. *de natura mobil. & immobil. cap.* 20. *num.* 3. Ac in Hollandia quidem in solis agris, quæque iis implantata vel inædificata sunt, veluti pomariis, villis, tanquam fundorum accessionibus; nisi aliud consuetudine invaluisse probetur; cum alioquin inædificata ac implantata jus soli sequantur, arg. §. *cum in suo* 29. 30. 31. *instit. de rer. divis. & acquir. domin.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 331. non autem in ædibus in urbe positis. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 21. *numer.* 1. De cetero nunc interest apud nos utrum prædia avita fuerint, an nunquam ad majores pertinuerint, a venditore cognato recenter acquisita, licet alibi in solis avitis retractus admittatur, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *numer.* 7. Leeuwen *cens. for. d. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *numer.* 16. Uti nec, utrum allodialia, an vero feudalia: nam & in feudis Hollandicis non modo domino directo, sed & cognatis vassalli feudum vendentis retrahendi facultatem competere, pluribus docet Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *passim. præcipue numer.* 14. 15. 16. *pag.* 227. de Zelandicis Jacobus Coren *observ.* 32. *num.* 72. & *seqq. ad num.* 80. Quo casu si emtor retractum pati nolit, ejus rei disceptatio coram judice feudali instituenda foret; præsertim cum nullus feudi retractum jure desideret, nisi prius de feudo illo per dominum directum investitus sit; etsi in non feudalibus retrahendis judici ordinarii notio sit, Bort *d. cap.* 2. *num.* 25. & *seqq.* & *num.* 29. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 185. *quæst.* 3. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 13.

22. Si res mobiles simul & immobiles, & generaliter res retractum admittentes cum rebus aliis retractum respuentibus uno pretio distractæ sint, emtor non aliarum rerum intuitu, quam quæ natura sua retractum patiuntur, ab emtione invitus depelli potest, reliquarum sibi servandarum facultate relicta, pretioque pro rata rerum per cognatum retractarum viri boni arbitratu recepto; nisi ipse satius duxerit a tota emtione recedere, ac res omnes simul emtas retrahenti restituere, dum forte eas, quæ retractui non subsunt, sine aliis retractui obnoxiis non fuisset emturus, arg. *l. tutor* 47. §. 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si quis alium* 46. *ff. de solution.* Jacobus Corem *observat.* 32. *numer.* 56. 57. & *ibi adnotatis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 10. Christinæus *vol.* 3. *decis.* 55. *num.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 20. *num.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 25 26. 27. *pag.* 223.

23. Uti autem non res omnes, ita nec quævis rerum retractui obnoxiarum alienationes gentilitium retractum admittunt, sed solæ venditiones, &, quæ venditionibus similes sunt, in solutum dationes, in quibus pretium, omnia æstimans, apparet, atque ita emptori reddi per retrahentem potest, arg. *l. si prædium* 4. *C. de eviction.* Ac ne omnes quidem venditiones, sed illæ solæ, quæ privatim contractæ sunt: nam etsi Gallis, Flandris aliisque placuerit, etiam publicis subhastationibus distracta immobilia jure sanguinis retractari posse, ut notat Groenewegen ad *l.* 16. *ff. de reb. auctor. jud. possidendis*, nostris tamen moribus passim fere contrarium receptum fuit, ut testis est Groenewegen *d. loco.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *numer.* 5. 6. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 29. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *num.* 41. & *seqq.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 95. *num.* 2. (*potius* 195. *n.* 2. *pag.* 353. *incipit A. Koopman*) Plane in permutationibus retractui locus non est, nisi forte res utrimque vel ex uno latere æstimata & sic ex permutatione translata sit; cum ita pretium appareat, quod refundatur, magisque effectu inspecto emtio, aut in solutum datio, quam permutatio sit, arg. *l.* 1. *C. de rerum permutat.* Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 14. *num.* 19. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *numer.* 19. *pag.* 222. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 153. Longe minus in transactionibus, donationibus, legatis, heredum institutionibus: eo quod in omnibus hisce pretium certum, quod per retrahentem restitueretur, intelligi non potest. Quod si partim res, partim pretium pro re detur, uti a potiori colligendum in dubio est, utrum emtio an magis permutatio contracta sit, ita quoque retractum concedi vel denegari, moris est. Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 19. & 20. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *con-*

ill. 257. Si partim res vendita partim donata dicatur magis est, ut ficta credi debeat donationis adjectio in fraudem retractus; ut proinde hoc in casu retractus perinde admittendus sit, ac si nulla donationis mentio facta ac nuda venditio celebrata esset, arg. *l. ab Anastasio* 23. §. 1. *C. mandati.* Hugo Grotius *d. cap.* 26. *num.* 19.

24. Posito vero contractu venditionis, adeoque terminis retractus habilibus, hoc natum cognato retrahendi jus impediri nequit per id, quod mutuo consensu emtor venditorque a contractu per traditionem impleto resiliunt; cum nemo consilium mutare queat in alterius detrimentum, *l. nemo potest* 75. *ff. de reg. juris*, nec jus alicui quaesitum sine facto ejus adimi possit, *l. id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. juris*, §. 2. *in med. inst. de his qui sui vel alien. juris.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 2. *num.* 42. Christinaeus *ad leg. Mechliniens. t.* 11. *art.* 18. *n.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 5. *defin.* 6. Uti nec ex eo, quod venditioni pactum fuit appositum, ut ita demum res sit vendita, si cognatus non retraxerit; cum pactio talis videri possit in fraudem legis retractum agnato tribuentis apposita, atque adeo contraria juri publico ad res in familiis conservandas stabilito, ac proinde privatorum pactis haudquaquam mutando; nisi forte peculiaris venditoris erga emtorem appareat ratio affectionis, cur illum solum sibi ipsi in re emta praetulerit, seu, apud illum magis quam apud se rem esse maluerit, sed magis apud se, quam apud ullos alios emtore excepto, arg. *l. jus publicum* 38. *ff. de pactis.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 2. *num.* 60. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 38. *pag.* 224. Sed nec per adjectionem pacti de retrovendendo retractui impedimentum strui, verius est; eo quod & salva esse potest pactionis hujus vis, & simul integrum cognato retractus jus; in quantum in locum emtoris ex retractu subintrans cognatus, & iisdem, quibus emtor, tenens rem conditionibus, venditori, id desideranti, ad retrovendendum obstrictus manet, interim ipse retractus gentilitii jure rem sibi emtam habens, donec id a venditore petitum fuerit. Denique jus hoc retrahenti cognato non perit, si forte primus emtor intra tempus retractui praefinitum, rem emtam rursus extraneo vendiderit atque tradiderit, aut alio quo modo alienaverit. Cum enim lege vel more inductum hoc jus res ipsas afficiat, tanquam continens prohibitionem alienationis in praejudicium cognatorum ultimi possessoris, quales legum prohibitiones rem ipsam comitantur, ut dictum *t. de contrah. emt. num.* 15. sicut & in rem & in personam actio pro retractu nata sit; vel secundum alios actio personalis, sed in rem scripta. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 21. 22. 23. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 19. *num.* 7. Christinaeus *ad Leg. Mechlin. t.* 11. *art.* 5. *num.* 12. Atque insuper cognato jus retrahendi semel primae venditionis intuitu quaesitum fuerit, nec facto tertii, novo emtoris primi & extranei contractu, adimi potuerit, uti paulo ante monitum, neque res inter alios acta aliis nocere debeat, aut privata cujusquam pactione laedi jus ceterorum, *l. Imperatores* 3. *ff. de transaction. l.* 1. 2. 3. *C. inter acta vel judicata aliis non nocere*, consequens est, etiam ab emtore vel alio ex titulo possessore secundo vel tertio rem jure retractus per venditoris primi cognatum revocari posse; adeo ut, licet & emtoris primi cognatis ex venditione secunda inceperit competere retractus gentilitius, primi tamen venditoris cognatus tanquam antiquiore munitus jure in retrahendo potior sit. Boerius *decis.* 182. *nu.* 52. Sainson *ad consuet. Turonens. t.* 15. *art.* 5. *vers. est & alia*, Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu num.* 124. Estque hoc in casu non consultum modo, sed & necessarium, ut & primus emtor, & is, in quem ille rursus rem alienavit, quive ejus possessor est, retractus faciendi causa citetur; possessor quidem non ad aliud, quam ut retractum fieri patiatur, & de possessione decedit, quippe jus omne suum habens a primo emtore, qui, si possedisset, possessionem restituere compulsus esset; at emtor primus ad id, ut omnia illa recipiat, quae retrahenti incumbunt ex lege vel more praestanda: non enim emtori secundo ea, quae is erogavit, per retrahentem restituenda sunt, sed potius emtori primo illa, quae ipse ex prima emtione praestare debuit; cum utique non in secundi sed primi emtoris jus succedere desideret, qui retractum facit, nec ei vel prodesse vel obesse debeat, quod forte majore vel minore pretio aliisque vel levioribus vel gravioribus conditionibus rem emerit secundus, aut tali forte acquisiverit titulo, qui retractum non admittit, veluti ex donato aut permutatione. Confer Sainson *d. loco.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 155. & *part.* 5. *consil.* 160. *fere in pr.*

25. Non aliter tamen recte cognatus rem jure retractus sibi emtam habere potest, quam si tempora retractui postulando praefinita observet, & emtori primo praestanda praestet. Tempus quod attinet, ex Friderici constitutione triginta dies ad retractum faciendum concessi sunt, *lib.* 5. *feud. t.* 13. plurimorum vero locorum statutis annus continuus, seu simpliciter *annus*; aliis annus utilis, seu *annus & dies*, quo annus naturalis cum sex septimanarum adjectione videtur designari, ut docet Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 32. *defin.* 4. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *versu, utrum*, alii alia tempora breviora; quae ex regionum singularum de retractu conceptis legibus speciatim petenda sunt. Sed uti tempora hac in parte variant, ita nec illud expeditum satis, ex quo tempore spatium retrahendis rebus divenditis praescriptum computandum sit. Quibusdam enim placuit statim a perfecta consensu venditione tempus currere, licet res tradita nondum sit; sed minus recte; cum retractus ratio sit, ne res alienetur extra familiam, alienatio vero non nudis conventionibus, sed demum subsecuta traditione fiat, *l. traditionibus* 20. *C. de pactis*, unde & in rebus alienis per cognatum distractis retractum cessare, communiter receptum est. Censuerunt alii non nisi a tempore scientiae cursum inchoari, ignorantibus id tempus non labi, ac circa scientiam aut ignorantiam, deficientibus aliis probationibus, juri jurando retrahenti standum esse, quod & in Hollandia servari tradit Hugo Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 16. *n.* 11. 12. Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 11. Aliis denique visum magis, a primo traditionis momento consanguineis, sive scientibus, sive ignorantibus, fluere retractus tempora; usque adeo, ut neque ignorantibus, neque absentibus, neque pupillis aut minoribus aliisque similibus, restitutio in integrum adversus istius spatii decursum tribui debeat ad retractum faciendum, tum quia ex retractu venditio

præter jus commune emtoris intuitu in irritum deducitur, quod odiosum, aut saltem interpretatione benigniore juvandum non est; tum quia illi, qui contra temporis talis lapsum restitui desiderant, ut ad alienam possint emtionem venire, non tam de damno evitando quam potius de lucro in emtoris præjudicium captando agunt, quo casu restitutio vix concedenda, arg. *l. sciendum est* 18. 19. 20. *ff. ex quib. causis majores.* Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 35. *gloss.* 2. *num.* 3. *& seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin.* *t.* 11. *art. n.* 9. 10. 11. Joh. Papon *lib.* 11. *t.* 7. *art.* 21. & hoc jure Hollandos uti scribit Neostadius *supr. Cur. decis.* 29. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *num.* 1. *pag.* 217. Respons. Jurisc. Holland. *part.* 5. *consil.* 160. cumque fundamento sat firmo nitatur hæc sententia posterior, ei in dubio adhærendum crediderim, quoties neque lege municipali neque consuetudine inveterata contrarium inductum est. Et quamvis extrajudicialis interpellatio ad retractum intra annum facta haud sufficiat ad interrumpendam temporalem hanc præscriptionem, suffecerit tamen ante temporis præfiniti lapsum emtorem retrahendi gratia in jus vocatum esse, neque necesse, ut litis contestatio ea de re ante temporis præscripti finem interponatur: ita post Tiraquellum *de retract. gentil.* §. 8. *gloss.* 2. *n.* 1. & alios, Leeuwen *cons. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 11. *versu, quando.*

26. Per retrahentem præstanda quod spectat, sciendum est, reddi oportere emtori retractum patienti totum pretium, si is illud jam solverat, una cum arrha per eum data ac laudemiis tributisque per eum depensis, meliorationibus medio tempore factis, ut ita indemnis servetur, nec non duplicata quantitate ejus, quod ex pacto in symposium ab emtore erogatum est, secundum Hollandiæ mores, teste Grotio *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 15. etiamsi forte emtori venditor postea partem pretii remisisset, vel aliud loco pretii in solutum datum esset, si modo omnia ab initio bona fide gesta sint, arg. *l. pretii* 9. *C. de rescind. vend.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 202. *vers. Vvant voor eerst seer.* Quæ omnia simul & semel legitimo oblata modo si emtor recipere detrectet, dum forte retractum pati non vult, ex juris quidem Romani principiis consignatio eorum ac depositio facienda foret, uti eam in casu pacti commissorii necessariam esse supra *num.* 5. probatum est: sed in Hollandia solam sufficere realem oblationem legitime factam, nec depositione opus esse, judicatum fuit: eo quod frequenter dilatio solutionis emtori concedi solet, ac annua bima trima die solvendi facultas; quo ipso eveniret, retrahentem deterioris fore conditionis, quam emtorem, si per depositionem maturius careret nummorum usu, cum nondum omnium pensionum dies cessissent, Groenewegen ad *Grotium. d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 13. Leeuwen *cens. for. pag.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 13.

27. Effectus retractus in genere est, quod retrahens in universum ita subintret in locum emtoris, ac si non emtor, sed ipse statim ab initio rem retractam comparasset: eo excepto, quod emtor fructus medio tempore inter emtionem & retractum petitum pretiumque consignatum perceptos reddere retrahenti haud teneatur, etiamsi necdum eos consumsisset; sed tantum retractus petiti & pretii consignati tempore pendentes tanquam ipsius fundi partes, arg. *l. Herennius* 42. *ff. de usuris*, uti & eos, qui tempore traditionis ex causa emtionis factæ necdum a solo separati, una cum fundo fuerant in emtorem translati, quorumque intuitu procul dubio pretium majus constitutum fuit, tunc iterum per retrahentem emtori refundendum, Zoesius ad *Pand. h. t. de retractu num.* 125. Quod enim attinet fructus reliquos medio tempore per emtorem perceptos, & adhuc extantes, cum non ex jure possessionis bonæ vel malæ fidei eos emtor ex fundo collegerit, sed ex dominii jure, quod titulo emtionis in fundo habebat, eos suos fecerit, atque interim pretio rei emtæ caruerit, ac denique retrahens sibi imputare debeat, quod deliberando diutius retractum distulerit, non recte ad hunc casum produci potest id, quod de fructibus a bonæ fidei possessore perceptis, vindicanti restituendis invenitur traditum in §. 2. *Inst. de offic. judicis*, *l. sed & loci* 4. §. *post litem* 2. *ff. finium regund.* Zoesius *d. num.* 125. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num. ult.*

28. In ceteris ita emtoris partes retrahens obtinet, ut eædem ipsi circa pretii solutionem dilationes competat, quæ emtori fuerant ex conventione indultæ, arg. *l. ult.* §. *ult. C. de usuris rei judicatæ*, Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 18. *n.* 34. *& seqq.* nec ultra adversus emtorem, sed magis contra retrahentem venditor de pretio residuo experiri debeat, obligatione omni inter venditorem primumque emtorem per retractum extincta. Uti vice versa retrahenti experiundi potestas est, si quis venditoris dolus intercesserit, aut enormis læsio, per quam emtor captus in damno hæsisset, Sande *decis. Frisc. libr.* 3. *t.* 5. *defin.* 12. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 29. *gross.* 2. *num.* 2. *& seqq.* Sed & emtori reviviscunt omnia jura illa, quæ per acquisitum emtæ rei dominium extincta fuerant: neque dubium, quin ei, si simul ante emtionem emti prædii conductus fuerit, vel usumfructum ejus habuerit, vel servitutes quædam reales prædio proprio emtoris, vel a proprio emtoris prædio, debitæ fuerint, retractu facto redintegretur conductionis jus in tempus reliquum locatione comprehensum, & usufructus ac prædiales renascantur servitutes, arg. *l.* 2. §. *cum quis debitori* 18. & 19. *ff. de hered. vel act. vend.* & arg. *l. idem. Neratius* 3. §. *ult. ff. de usufr. access. l. ult. ff. de minor.* 25. *annis l.* 1. 2. *C. si adversus transact. l.* 1. §. *ult. l. quamvis* 8. §. *quanquam* 11. *& seqq. l. si mulier* 14. *ff. ad Senatusc. Vellejanum*, Tiraquellus de *retract. gentil.* §. *gross.* 7. *n.* 73. *& seqq.* Neostadius *Curia supr. dec.* 30. Abr. a Wesel *ad novell. const. Ultraject. art.* 19. *n.* 24. 25. & plures ibidem allegati.

29. Onera quoque rei imposita, quibus emtor gravatus fuisset si rem ex emto retinuisset, vicissim retrahentem gravare, verius est; adeo ut, si forte dominus directus feudum a vassallo divenditum retraxerit, cui is in vicinorum gratiam prædiales quasdam servitutes imposuerat, non liberum, sed servitutibus hisce obnoxium feudum acquisiturus sit. Licet enim impositæ per vassallum servitutes evanescant, quoties feudum ex defectu cognationis domino apertum est, *lib.* 2. *feud. t.* 8. §. *rei autem*, aliud tamen dicendum, si ex retractu feudum quæsierit, cum ita non domini directi, sed emtoris extranei jure censendus sit, quippe non caducitatis, sed emtionis titulo feudum tenens, Petrus Bort de *feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 1. *n.* 23. 223. Quod si emtor ex quodam privilegio a

feudiniorum quorundam aut aliorum onerum emtionis nomine dominis directis aut fisco pendendorum solutione immunis sit; non tamen id privilegium, utpote personale, retrahenti prodest, sed is perinde ad hæc omnia solvenda obstrictus est, ac si nulla interveniente emtoris extranei privilegiata persona ipse primitus a cognato per emtionem dominium adeptus esset; cum constet, personalia privilegia non posse egredi personas illas, quæ præcipuum meruerunt favorem, quarumque intuitu inducta sunt, arg. *l. ex pluribus* 42. *ff. de administrat. & peric. tut.* Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu. n.* 127. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 7. *numer.* 71. Quamvis de cetero inter omnes constare videatur, retrahentem ad nova laudemia aliaque onera similia obligatum non esse, quoties non ex pacto de retrovendendo, sed ex lege vel consuetudine retractus descendit; eo quod non duplicata sed una tantum intelligitur emtio, contractus unus, quem retrahens ipse inivisse censetur, dum emtore depulso in locum ejus velut emtor succedit, & omnem contractus effectum in se transfert, Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 29. *gloss.* 2. *n.* 1. *& seqq.* Argentræus *tract. de Laudemiis art.* 37. *& seqq.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 33. *defin.* 8. Zoesius *ad Pand. h. t. de retractu n.* 127.

50. Illud excutiendum restat, qui in retractu potiores sint, præcipue si inter eos quæstio sit, qui diversis causis retractum desiderant. Omnibus quidem aliis, atque ipsis etiam dominis directis ac cognatis potiorem placuit esse causam ejus, qui retractum conventionalem exercere cupit; cum provisio hominis potentior plerumque sit provisione legis, Jac. Coren *observ.* 32. *n.* 38. 39. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 46. 47. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 300. *in med.* Dominus quoque directus feudi tecti, & eadem ratione dominus directus emphyteuseos, præferendus videtur agnatis vassalli vel emphyteuticario vel feudali fundo distracto; quia ab hisce res primitus profecta est, *Berlichius dec.* 98. *n.* 18. Ut tamen in feudis Hollandiæ hereditariis (*onversterfelyke erfleenen*) cognatorum potentius videatur jus retrahendi, quam domini directi; quia plerumque hæc non a domino directo primitus vassallis collata fuerunt, sed ab eo tantum jure feudi recepta, cum prius essent pleno jure allodialia illorum, qui ea peculiaribus ex causis voluerunt in posterum jure feudi possidere, Petrus Bort de *feudis part.* 6. *t.* 5. *cap.* 1. *n.* 28. 29. *& seqq. pag.* 222. *& seqq.* nisi feuda talia ipsi domino directo supremo distracta fuissent, quippe qui tunc nec ab agnatis vassalli venditoris retractum pateretur, Bort *d. cap.* 1. *num.* 37. Socios quod attinet, Mechliniensi lege definitum, eos cognatis usque adeo potiores esse oportere, ut partem a cognato jam retractam retrahere nihilominus ipsi possint, *Leg. Mechlin. t.* 11. *art.* 5. quod tamen in Hollandia non obtinet, nisi socius simul venditori cognatione junctus sit, Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 9. Jac. Coren *observ.* 32. *num.* 59. 60. Appendix decis. *post resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 51. *in fine &* 52. alioquin socios ac confines cognatis postponi auctor est idem Grotius *d. cap.* 16. *n.* 10. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *num.* 20. 26. Similiter apud nos cognatis, atque ipsis etiam sociis ac confinibus, ubi hos quoque admitti moris est, in jure retractus cedit dominus jurisdictionis (*den Ambachtsheer*) aliique ei similes, quippe qui non nisi lapso tempore, reliquis ad retrahendum præfinito, ad retractum admittuntur, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 19. Grotius *d. cap.* 16. *n.* 16. Quod si non ex diverso sed eodem jure plures retractum facere velint, inter cognatos in concursu is potior est, qui gradu propiore venditorem contingit; si gradu pari, is, qui simul prædii venditi intuitu socius aut confinis est, ut ante dictum. Si ex pluribus neque propinquis unus emtor sit, a reliquis eodem gradu junctis retractum haud patitur: si emtor cognatus quidem sit, sed gradu remotior, proximioribus adhuc libera retrahendi facultas est, Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 16. *num.* 7. Jacob. Coren *observ.* 32. *n.* 38. 39. De cetero, licet in aliis plerisque locis remotior retrahere quidem possit, dum proximior deliberat, sed proximiori postmodum intra tempus legitimum retrahere volenti cedere teneatur, in Hollandia tamen præventioni locus est; adeo ut, si omnes ejusdem gradus cognati simul eodem tempore ad retractum veniant, inter eos res ex retractu communis fiat; si vero unus ex pluribus proximis ejusdem gradus cognatis retractum fecerit, rem totam sibi habeat, nec reliquos ejusdem gradus ultra in partem admittere teneatur, etsi intra legitimum tempus venientes. Idemque servatur, si remotior gradu proximiorem cognatum maturiore prævenerit retractus interpositione, Hugo Grotius *d. lib.* 3. *cap.* 16. *n.* 7. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 20. 21. Petrus Bort *de feudis part.* 5. *t.* 5. *cap.* 2. *n.* 18. *pag.* 427. *in fine.* Si plures sint socii, is in concursu præferendus videtur, qui majore ex parte socius fuit; quod & lege Mechliniensi cautum *t.* 11. *art.* 6. Si plures confines, is, cujus prædium majore latitudine contingit prædii distracti fines, nisi confinis alter simul emtor sit, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 20. *n.* 26. Atque hæc ex usu nostro de retractu sufficiant. Plura qui cupit, adeat Tiraquellum *de retractu*, Christinæum ad *Leg. Mechlin. t.* 11. Zoesius *ad Pand. h. t. de lege commissoria*, Berlichium *conclus. pract. part.* 2. *conclus.* 39. 40. 41.

TITULUS IV.

De Hereditate vel actione vendita.

SUMMARIA.

1. *Ad venditionem hereditatis non est opus inventarii confectione. Quæ emtori hereditatis tradenda aut cedenda sint; quid juris circa onera & commoda quæsita occasione rei, quam nominatim exceperat venditor hereditatis? An actionibus non cessis utiles competant emtori hereditatis.*
2. *Præstat venditor hereditatis damna & lucra cessantia per levem ejus culpam. Quid juris, si venditor hereditatis transegerit cum debitoribus hereditariis, vel res singulares hereditarias vendiderit, donaverit ante vel post venditionem hereditatis?*
3. *An jus accrescendi et an emolumentum juris accrescendi in emtorem transeat, prolixe excutitur.*
4. *An venditor de rerum singularum hereditariarum evictione teneatur? an de evictione juris hereditarii aut partis ejus? quid intersit inter vendi-*

tam hereditatem viventis, et eam, quæ defuncti quidem est, sed ad venditorem non pertinet, vel fideicommissaria tantum est, cum vendita esset ut directa?

5. Venditor hereditatis non tradit ea, quæ nominatim excepit, nec indebite acceptum. An id quod pœna nomine consecutus est? An hereditatem impuberis ex substitutione quæsitam, cum patris substituentis hereditatem vendidisset?

6. Emtor hereditatis debet suscipere defensionem venditoris per creditores hereditarios conventi. An invitus possit ipse conveniri per creditores hereditarios? quid moribus? An creditores inviti teneantur convenire emtorem? An si convenerint emtorem, deinde iterum ad venditorem hereditatis redire possint?

7. Repetit venditor hereditatis ea, quæ propter hereditatem erogavit; quod exemplis docetur. An &, si ex parte heres integrum debitum hereditarium ex justa causa solverit, & partes a coheredibus cæteris recuperare nequeat? An si indebitum solverit? Petit & redintegrari servitutes, sibi a defuncto debita vel legata solvi.

8. Recensentur singularia quædam; quando non privatus sed fiscus vendidit hereditatem.

9. Vendi potest actio vel pure vel sub conditione; & vel pura vel conditionalis; nec semper tunc idem venditionis effectus est. An & in rem actio, & universitas actionum, & incertum actionis vendi possit?

10. Non potest vendi popularis actio, nec moribus nostris actio ad mercedem eorum, qui adbuc in India degunt.

11. Actio vendita cedi debet. Quo modo nunc cedendæ sint actiones seu partes societatis Indiæ Orientalis vel Occidentalis? Uti & actiones hypotheca immobilium munitæ?

12. Cedendæ emtori nominis actiones principales & accessoriæ contra fidejussores ac pro pignorum persecutione. An in emtorem actionis transeant privilegia actioni aut personæ cohærentia. An & jus paratæ executionis ex pacto competens? Quid si ex actione vendita jam aliquid pervenerit ad venditorem?

13. Quæ cedens agere aut pati tenetur, ea quoque cessionarius facere aut pati debet, etiam rationes, calendaria cedentis edere. An cessionarius etiam in cessis sibi actionibus uti possit suo privilegio personali ex suo capite? Notatur singulare jus fisci.

14. Venditor actionis an & quando teneatur præstare debitorem locupletem? Et quid si nomen sit venditum, tanquam bonum?

15. An post cessionem cedens adbuc agere possit, & in concursu cedentis ac cessionarii uter in agendo præferendus sit? An & quando debitor recte solvat cedenti ac liberetur, quando non; & quid moribus nostris?

16. An cedens revocare possit cessionem actionis venditæ aut donatæ, si cessionarius non pareat conditionibus appositis? An mutuo consensu cedentis & cessionarii cessio resolvi possit, invito debitore? Et an debitori sic pereat jus retrahendi actionem venditam, aut fisco suum tributum ex venditione debitum?

17. Quis potior sit, si eadem actio duobus separatim vendita ac cessa sit diversis temporibus?

18. Emtor nominis non plus exigere potest, quam quantum vere pretii nomine numeraverit, licet reliquum ei dicatur donatum esse a nominis venditore. Et quid moribus per cessionarium jurari debeat? An idem obtineat in datione in solutum? An in permutatione actionis?

19. Intra quantum temporis spatium retractus nominis faciendus sit?

20. Quando cesset jus retrahendi nomen venditum? Ubi de nominibus in hereditate vendita comprehensis; vel contentis sub vendita nominum universitate, seu vendito toto calendario; de venditis auctione publica; ac denique venditis tempore belli aut alterius calamitatis, unde periculum inanis actionis metuendum est.

1. INter res incorporales, venditionem recipientes, præcipue hereditas & actio numeratur. Hereditas quidem non viventis, sed defuncti *l. 1. ff. h. t.* eaque vel directa, vel fideicommissaria, *l. si quasi heres* 16. *ff. h. t.* Ad cujus distractionem inventarii confectione opus non est; eo quod tunc non hereditatis, sed rerum singularium hereditariarum videretur venditio, & perinde illud habendum esset, ac si res plures una fuissent venditione comprehensæ, arg. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *l.* 15. *ff. h. t.* Vendita vero hereditate licet emtor heres non fiat, dum is, qui semel heres extitit, non potest desinere heres esse, *l. ei, qui* 88. *ff. de hered. Inst. l. ait prætor.* 7. §. *sed quod* 10. *in fine ff. de minor.* 25. *annis*, vicem tamen heredis sustinet, *l.* 2. §. *cum quis* 18. *ff. h. t.* cum id inter emtorem & venditorem actum intelligatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset, *l.* 2. *pr.* & §. *non tantum* 4. *ff. h. t.* ac proinde & lucrum omne & damnum hereditarium ad eum respiciat, *d. l.* 2. §. *sicuti* 9. *ff. h. t.* nisi quid nominatim exceptum fuerit; quo tamen casu id tantum in dubio penes heredem remanebit, quod exceptum fuit, non item res aliæ aliave jura, quæ rei exceptæ occasione quæsita sunt, *l. ult. ff. h. t.* uti ex adverso nec ea quoque onera, quæ rem exceptam comitantur, venditorem gravant, si ante venditionem jam cœperant esse debita: nam & si ædes vitiosæ exceptæ sint, quarum intuitu cautio damni infecti nomine præstita fuerat, ejus quidem damni nomine, quod ante venditionem datum fuerit, onus ad emtorem, alterius temporis ad heredem pertinere placuit, si non aliud actum appareat, *l.* 2. §. *si venditor* 14. *ff. h. t.* Adde *d. l.* 2. §. *apud Julianum* 12. 13. *ff. h. t.* His consequens est, ut omne illud, quod ad heredem vendentem pervenit a morte defuncti usque ad tempus venditionis, emtori præstari debeat, *l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* atque adeo omnia tradi corporalia, sive in hereditate reperta sint, sive, cum hereditati deberentur, per heredem exacta fuerint, *l.* 2. §. *pervenisse* 3. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. h. t. l. qui nondum* 4. *C. h. t.* Actiones cedi tum principales tum accessoriæ, sive eas ipse acquisiverit, novatione facta, fidejussore, vel pignore accepto, aliisque modis; sive jam ante ipsi fuerint defuncto quæsitæ, *d. l.* 2. §. *pervenisse* 3. & §. *non solutum* 8. *ff. h. t.* ut eas deinceps emtor suo periculo sumtuque

exerceat, *l.* 1. *C. de evictiom.* quibus tamen non cessis, utiles nihilominus actiones emtori accommodantur ex constitutione D. Pii, usque adeo ut in concursu emtoris ac venditoris reus conventus emtori solvere possit, venditore per exceptionem repellendo, *l. si cum emtore* 16. *ff. de pactis*, *l. emtor* 4. *C. h. t.* si modo actiones directæ, quarum loco hæ utiles subsidiariæ dandæ forent, ipsi defuncto competere inceperint: nam si per ipsum demum heredem hereditatis occasione acquisitæ sint, dum vel pignora aut fidejussores pro debito hereditario nactus est, vel pecunias hereditarias alteri credidit, & in eam causam pignora accepit, ne utiles quidem emtori hereditatis dandæ forent, sed omnimodo cessione opus est, arg. *l. si heres pecuniam* 73. *ff. ad Senatusc. Trebell.*

2. Præstat insuper venditor hereditatis damnum omne emergens, & lucrum omne cessans, quoties per dolum aut latam levemve culpam ejus id accidit, veluti si debitorem hereditarium acceptilatione liberaverit, vel id egerit, ne proprietas aut possessio acquireretur hereditati, cum adipisci potuisset, *l.* 2. *§. sed & si* 5. junct. *l.* 3. *ff. h. t. l. in illa stipulatione* 54. §. 1. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. sed & si* 25. *§. perinde* 8. *&* 9. *ff. de petit. hered.* Unde &, si venditor hereditatis cum debitore hereditario transegerit aut pactus sit sive ante venditionem, sive postea, sed antequam debitori innotuerat venditio, emtori adversus venditorem ex emto actio danda foret ad id, quanto minoris valet hereditas ob peremptum pacto vel transactione agendi jus; cum utique debitor, bona fide paciscens aut transigens cum venditore, possit sese propter ignorantiam suam adversus emtorem pacti vel transactionis exceptione tueri. Diversum plane foret, si post venditionem debitor venditionis haud ignarus, tamen cum venditore paciscendum duxerit, aut transigendum; cum enim dolo non careat, quod cum alio, quam ad quem ea res pertinet, transegerit, replicatione doli exceptio transactionis per emtorem elidi potest, *l. ult. ff. de transaction.* arg. *d. l.* 2. *§. sed & si* 5. *ff. h. t.* Sed &, si res hereditarias a venditore alteri distractas aut donatas concipiamus, si quidem id ante venditionem hereditatis factum sit, donatarum quidem justum pretium, venditarum vero pretium tale, quale inde bona fide redactum, etsi consumtum, emtori hereditatis præstandum est, *l.* 2. *§. pervenisse* 3. *ff. h. t.* sin post venditionem, antequam res ipsæ hereditariæ emtori hereditatis traditæ essent, ad id quod interest venditorem emtori hereditatis teneri constitutum est: cum enim venditor, antequam res hereditarias emtori hereditatis tradidisset, dominus earum esse perseveraverit, tradendo eas aliis dominium quidem transferre potuit; sed quia fidem contractus fregit, eum emtori hereditatis in pœnam perfidiæ ad id quod interest obligari, æquum fuit, *l. qui tibi* 6. *C. h. t. l. venditor.* 21. *ff. h. t.*

3. De jure accrescendi, utrum illud quoque in emtorem transeat, si forte ex parte heres hanc partem suam alteri distraxerit, ac postmodum alter coheres deficiat, a multis in varias itum sententias. Mihi inter ipsum accrescendi jus, & acquirenda ex eo jure emolumenta distinguendum videtur. Jus ipsum quod attinet, illud penes hereditatis venditorem etiam post venditionem remanere puto. Cum enim coheredi portio coheredis deficientis accrescere debeat, venditor autem non obstante venditione heres manserit secundum ante dicta, nec emtorem vendendo heredem fecerit, necesse fuit, ut ipse qua heres hoc jure gauderet; eo modo, quo & heredi fiduciario post restitutionem suæ partis accrescit portio coheredis postea deficientis, *l. Papinianus* 43. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Non obstante eo, quod nihil accrescat ei, cui ut indigno hereditas oblata est, dum tacite fidem de parte, in qua institutus est, incapaci restituenda accommodavit, *l. si totam* 83. *ff. de acquir. vel omitt. hered.* (in qua lege *an* denotat *eam*, docente Cujacio *lib.* 2. *observ.* 7. & *lib.* 3. *observ.* 38.) Non enim accrescit, quia lex ipsa ei ademit hereditatis emolumenta, quatenus promiserat restitutionem, ipsumque etiam ante aditionem & vivo adhuc testatore indignum censuit, cui salvum esset ex aditione lucrum partis incapaci restituendæ: cumque jus accrescendi non alia ex causa competat, quam quia quis ex parte heres est, sequitur, eum, qui propter indignitatem ex ea parte, ex qua heres institutus erat, vere & cum effectu heres non est, (etsi forte de facto adivisset, imo adeundo heres effectus esset, nec perderet nomen heredis postquam ei res ita relictæ ablatæ sunt, *l. ex facto* 43. *§. Julius* 3. *ff. de vulg. & pup. substitut.*) non posse ullum sibi arrogare accrescendi jus. Quod & aperte satis Ulpianus in *d. l.* 83. significat, cum ait, *nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere:* neque enim is rem habet, cui illa in pœnam fidei tacite accommodatæ ademta est; licet eam naturaliter teneat, quamdiu a fisco vindicata non est; imo talis apertissimis verbis in petitione hereditatis non heredis, sed *prædonis loco intelligendus*, dicitur *l. prædonis loco* 46. *ff. de petit. hered.* Nec hisce repugnat, quod talis ad substitutionem impuberis admittitur, cum pater dixisset, quisquis mihi heres erit idem filio heres esto, *l. ex facto* 43. *§. Julius* 3. *ff. de vulg. & pupill. substit.* Id enim ita placuit, primo, quia alia impuberis hereditas est, diversa a paterna hereditate, *l.* 2. *§. illud potest* 2. *ff. h. t.* secundo, & quidem præcipue, quia ex tali substitutione venit ad impuberis hereditatem etiam ille, qui nunquam patris substituentis heres fuit, veluti servus alienus a patre institutus, qui jussu domini paternam adiens hereditatem, non sibi sed domino eandem acquirit, nec se sed dominum adeundo heredem facit: uti & illi, qui cum heredes patris substituentis extitissent, per motam contra testamentum querelam inofficiosi, aut per supervenientem servitutem, desierunt patris heredes esse, si modo postea libertate donati sint: sic ut ibi non tamen consideretur, quis patri re aut nomine heres fuerit, quam potius, quis a patre in testamento nominatus seu scriptus sit, *l. cum filio* 3. *l. qui liberis* 43. *§.* 3. *in fine ff. de vulg. & pupill. substit.* Cæterum quia venditor suam vendendo hereditatis partem effecit, ut emtor heredis loco esset, & ad eum omne pertineret juris hereditarii damnum lucrumque, *l.* 2. *§. sicuti* 9. *& §. cum quis* 18. *ff. h. t.* dum in hereditatis venditione id actum creditur, *ut neque amplius neque minus juris emtor habeat*, quam penes heredem futurum esset, *d. l.* 2. *in pr. ff. h. t.* consequens fuit, ut; quemadmodum omne emolumentum, hereditatis venditori ex aditione quæsitum, in emtorem transferendum fuit, ita quoque illud, quod ex jure accrescendi ad eum tanquam adhuc heredem pervenit aut

perventurum est. Neque enim inficias iri potest, quin pro parte heres jus illud accrescendi habeat qua heres nec alia ex causa, quam quia ex parte heres est, cui proinde parti spes & jus succedendi in alteram hereditatis partem, casu quo illa vacatura est, etiam eo ipso momento quaesitum fuit, quo suam ipse adivit partem, arg. *l. si ex pluribus* 9. *ff. de suis et legit. hered.* Nisi ergo ita statuatur, emolumento jus accrescendi ad emtorem pertinere, eveniret, ut minus juris penes emtorem foret, quam penes heredem esset futurum; contra *d. l.* 2. *pr. ff. h. t.* cum utique in jure accrescendi, quod heredi, qua tali, competit, non minima emolumenti pars sit. Facitque pro hac sententia, quod Ulpianus scripsit, *si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendiderat hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum non facere*, addita ratione, *quia alia hereditas est*, *l.* 2. *§. illud potest* 2. *ff. h. t.* unde a contrario concludendum, actioni ex emto locum fore ad id quod ex jure accrescendi ad venditorem pervenit, quia non alia, sed eadem unius hominis hereditas est. Facit insuper, quod, licet fiduciario heredi, qui coactus adiverat & restituerat, ipsum jus accrescendi competat, is tamen fideicommissario restituere teneatur quicquid ex jure accrescendi post restitutionem partis illius, quam compulsus adivit, consecutus est, *l. Papinianus* 43. *ff. ad Senatusc. Trebell.* a quo herede fiduciarie petitum argumentum tanto magis stringit, quod inter fideicommissarium & fiduciarium heredem, totam hereditatem aut partem suam totam restituentem, interponi solitae fuerint stipulationes emtae & venditae hereditatis; quo efficiebatur, ut omnia eo haberentur loco, ac si fiduciarius fideicommissario hereditatem vendidisset: *§. ergo si quidem* 6. *Instit. de fideicommissar. heredit.* Nec movet, quod hic coactus adiverit, adeoque pactione tali tunc opus non sit, sed ipsum senatusconsultum onera transferat in fideicommissarium, *d. §.* 6. *in fine*, cum ita id tantum intersit, quod, ubi sponte aditio contigisset, ex pacto illud introducatur, quod in aditione coacta facit ipsum jus, nec de cetero quantum ad effectus ulla diversitas sit, sive pacto sive jure securitas fiduciario quaeratur. Denique non facile quisquam emtori cum ratione denegaverit utilitatem & effectus juris accrescendi, nisi qui pariter existimaverit, etiam caduca legata & fideicommissa, quin & quartam Falcidiam ac Trebellianicam oportere penes hereditatis venditorem remanere, nec sequi emtorem; quae quam sint aliena a juris fundamentis, satis manifestum est. Secundum hanc vero sententiam distinctione propositam, vulgaris sponte corruit objectio, jus nempe accrescendi ex pacto non acquiri. Etenim nec hereditas pacto quaeritur; sed uti semel per aditionem quaesita vendi deinceps ac in emtorem transferri potest quantum ad omnia onera ac commoda emtori cessura, ita quoque jus accrescendi, non ex pacto sed aditione primitus quaesitum, dein pacto seu venditione transit in emtorem quantum ad effectus suos; juribus ipsis cum hereditatis tum accrescendi nunquam a venditore, velut in perpetuum herede, separandis. Collabitur & alterum, quod a Vinnio *select. quaest. lib.* 1. *cap.* 55, aliisque dissentientibus obtenditur, quasi scilicet de jure accrescendi tempore venditionis non fuerit cogitatum, ea vero vendita non intelligantur, de quibus cogitatum non est, arg. *l. in lege fundi* 77. *ff. de contrah. emt.* Neque enim ullus ex parte ne res sine manifestissimo juris errore, non excusante sed nocente, ignarus esse potuit, spem illam accretionis sibi per aditionem hereditatis sic esse quaesitam, uti ipsum jus hereditarium de praesenti pro parte quaesitum est, dum inest juri hereditario jus accrescendi, uti fundo vendito cohaeret alluvionis jus, licet alluvionis saepe minor quam accrescendi spes sit, unde alluvioni comparatum videmus ipsum accrescendi jus, *l. si Titio* 33. *§.* 1. *in fine ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Ne dicam, verum non esse per omnia illud, venditum non videri de quo cogitatum non est, neque id dictat *d. l.* 77. quippe quae tantum habet, *neminem emere aut excipere quod non sit*, id est, quod non apparet, in rerum natura non est; unde & illic lapicidinae, quae tempore venditionis apertae non fuerant, dicuntur non fuisse exceptae, quia *nulla sunt lapicidinae, nisi quae apparent & caeduntur*, *d. l.* 77. Et in summa, magis est, ut *d. l.* 77. pro nostra militet opinione. Scilicet uti fundo vendito omnia ea vendita censentur, quae fundi sunt, nisi nominatim excepta sint; ideoque fundo vendito venditae simul videntur latentes etiamnum lapicidinae ac metallifodinae, licet eas latere ignoretur, ac de his per contrahentes cogitatum non sit, *d. l.* 77. ita & hereditate vendita, venditum intelligi debet illud omne, quod hereditatis est; hereditatis autem est & ipsum jus accrescendi, ut ante probatum, ac proinde pro vendito habendum erit, etsi de eo contrahentes non cogitasse largiremur. Non etiam nostrae repugnat opinioni, quod venditor hereditatis non nomine tenus sed re ipsa post venditionem heres sit, quia, dum pretium habet, ipsam habere & possidere videtur hereditatem, *l. si quis pecuniam* 4. *§. ult. ff. si quis omissa causa testamenti ab intest. vel al. modo possid. hered.* Etenim *videtur* tantum habere per quandam juris fictionem, uti generaliter, qui rei pretium habet, rem habere videtur, re ipsa needum habet, arg. *§. si res aliena* 6. *in fin. Inst. de legatis*, in rei veritate magis emtor habet, quippe res ipsas hereditarias habens, tenens, possidens, de his suo disponens arbitratu, & ipsius hereditarii juris omnia commoda pariter ac onera sentiens. Sed & secundo, *possidere videtur* hereditatem is, qui vendit, in quantum eam, quam vendidit, adeundo adeptus est, ad oppositionem eorum, qui *dolo fecerunt quo minus possideant*, secundum verba legis, id est, eorum, qui non adiverant sed omiserant hereditatem sibi testamento delatam, ut eam vel ipsi vel alius deinceps adiret ab intestato, juxta tituli ipsius inscriptionem. Nec est quod regeras, fiduciarium quidem heredem post factam hereditatis restitutionem nomine tenus tantum heredem esse, omnia jura in fideicommissarium transivisse, venditorem vero hereditatis post venditionem adhuc oneribus hereditariis obnoxium existere, & usque adeo posse a creditoribus hereditariis judicio ad solvendum inquietari, ut ne emtor quidem invitus ab eo compelli possit ad excipiendas, quae venditori moventur, hereditarias actiones, *l. ratio juris* 2. *C. h. t.* Etsi enim in eo tertio quaedam inter istos duos differentia appareat, tamen quantum ad effectum emolumenti par utrobique ratio est, dum venditor hereditatis conventus a creditoribus hereditariis, ac

solvere compulsus, regressum adversus emtorem ac indemnitatem habet, & ita non suo sed emtoris periculo litigat ac convenitur. Nec facit, quod emtor forte posset non solvendo esse, & sic venditor in damno hærere; cum utique venditionis tempore venditor potuerit pacto id agere, ut sibi ab emtore eo nomine satisdetur, ac id non agens suæ debeat culpæ ac negligentiæ damnum tale acceptum ferre; quod tunc in jure nostro non intelligitur damnum esse, arg. *d. l. ratio juris* 2. *C. h. t.* junct. *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de regul. juris.* Leve quoque est, quod in quæstione, utrum hereditate vendita, ea quantitas spectetur, quæ fuit mortis tempore, an ea, quæ fuit, cum aditur hereditas, an ea, quæ fuit cum hereditas venundatur, ab Ulpiano responsum fuit, *id actum videri, ut quod ea hereditate pervenit, in id tempus, quod venditio fit id videatur venisse, l.* 2. §. 1. *ff. h. t.* Tempus namque venditionis illic spectandum dicitur, non ad excludenda commoda postmodum heredi obventura, sed ut includantur omnia, quæ forte intra venditionis & mortis tempus obvenerunt: quæ enim post venditionem commoda aut damna occasione rei venditæ superveniunt, emtorem ex communi emtionis natura sequuntur. Unde & eidem fundamento inhærens Ulpianus in *d. l.* 2. §. *non tantum* 4. *ff. h. t.* circa hereditatis venditionem definivit, *non tantum quod ad venditorem hereditatis pervenit, sed & quod ad heredem ejus ex hereditate pervenit, & non solutum quod jam pervenit, sed & quod quandoque pervenerit, emtori restituendum esse.* Denique nec illud valde stringit quod in emtione pretium rei venditæ respondere debeat, nec probabile sit, eum, qui forte ex quarta vel minore parte heres est, voluisse emtorem venditione partis istius minoris ex asse heredem facere, si alii deficerent, eo quod nulla tunc inter rem venditam pretiumque proportio foret. Non, inquam, satis urget, si consideres, inter omnes constare, in hereditate vendita locum non esse remedio, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* nec stolidis tantum (de quibus, *l. si heres* 3. *ff. ad leg. Falcid.*) sed & prudentioribus accidere subinde posse, ut, quemadmodum hereditatem tanquam lucrosam adeunt, quæ ob emergentem deinde æris alieni molem damnosa apparet, ita & velut lucrosam pretio majore emant, ignorantes æs alienum latens, quæ exitu inspecto damnosa prorsus est: quo tamen casu venditionem ratam fore dubium non est, etsi nulla inter id, quod venditur, ac pretium proportio inveniatur; nisi quis pretii & damni ita emti proportionem justam putet.

4. Licet autem pro rerum singularium hereditariarum evictione venditor hereditatis obstrictus non sit, nec hereditatem locupletem præstare teneatur, nisi nominatim evictionis præstationem rerum certarum intuitu in se recepisset, vel de substantia seu quantitate hereditatis quid affirmasset; eo quod alioquin non rerum singularum sub hereditate contentarum, sed rei incorporalis, universi scilicet juris hereditarii sive lucrosi sive damnosi venditio facta creditur, *l.* 1. *C. de eviction. l.* 2. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *l.* 15. *ff. h. t. Vinnius select. quæst. lib.* 2. *cap.* 8. *versu, sed quid,* quin tamen *de facto suo venditor* satisdare, adeoque juris ipsius hereditarii venditi evictionem præstare teneatur, extra controversiam est, si forte illud in totum vel pro parte evictum sit, *d. l.* 2. *pr. l. quod si sit,* 13. *ff. h. t.* arg. *d. l.* 1. *C. de evictiom.* si modo aperte jus hereditarium distractum fuerit: nam si tantum venditum proponatur *incertum hereditatis,* & quasi spes ejus, dum id actum, *ut si quid juris venditori in ea hereditate competat, id veneat,* quamvis ad venditorem hereditas non pertineat, nihil tamen eo nomine emtori præstandum est, nisi venditor, sciens ad se non pertinere, tamen ita dolo distraxerit, *l. quod si in venditione* 10. 11. 12. 13. *ff. h. t.* Multum interim evictionis præstandæ intuitu refert, utrum distracta sit hereditas, quæ nuspiam apparebat, an talis quæ aliena erat, an denique ea, quæ venditori quidem quæsita fuerat, sed ex causa fideicommissi, cum illam ut directam vendidisset. Si enim intervenerit venditio hereditatis, quæ in rerum natura non est, veluta hominis adhuc viventis, evictio proprie præstandi non est, quia sine re, quæ veneat, emtio nulla aut venditio intelligi potest; sed pretium dumtaxat emtori reddendum, ac si quid in venditionem illam ipso jure nullam ab emtore impensum fuerit, & si quid amplius emtoris intersit, *l. cum hereditatem* 7. *l.* 8. *l.* 9. *ff. h. t.* junct. *l. nec emtio* 8. *ff. de contrab. emt.* Sin vere appareat hereditas vendita, sed ad venditorem non pertineat, ipsa æstimanda, ac in ejus æstimationem venditor damnandus est secundum evictionis naturam, *l. quod si nulla* 8. *ff. h. t.* Quod si quis quasi heres directus hereditatem vendiderit, cum ei ex senatusconsulto Trebelliano restituta esset, quanti emtoris intersit, tenetur, *l. si quasi* 16. *ff. h. t.*

5. Sunt tamen nonnulla, ad quæ emtori hereditatis tradenda vel præstanda venditor obstrictus non est; veluti quæ nominatim pacto excepit, *l.* 2. §. *apud Julianum* 12. *& seq. l. ult. ff. h. t.* Nec id, quod occasione & sub prætextu hereditatis quasi debitum exegit, cum esset indebitum; quia hoc hereditarium non est, *d. l.* 2. §. *solet quæri* 7. *ff. h. t.* Nec, quid si pœnæ nomine a fure vel prædone ob furtum rerum hereditariarum consecutus sit, dum ipse furtum aut rapinam hereditariis in rebus passus est, *l. venditor ex* 21. *in fine ff. h. t.* secus si defunctus ipse hæc passus, & ita ipsi adhuc viventi actio pœnalis quæsita esset, arg. *l. pœnales* 32. *ff. ad leg. Falc.* cum enim ea ad venditorem, qua heredem, hereditario jure devoluta fuerit, sequitur, aut ipsam emtori cedi debuisse, aut pœnam jam exactam debuisse restitui; ne alioquin minus penes emtorem sit, quam penes venditorem, qua heredem, futurum esset, *contra l.* 2. *pr. ff. h. t.* Non denique hereditatem impuberis sibi ex substitutione pupillari quæsitam, cum patris substituentis hereditatem, ex qua ipse quoque scriptus erat, vendidisset, quia alia hereditas est, *l.* 2. §. *illud potest* 2. *ff. h. t.* nisi hoc nominatim actum fuerit, ut & impuberis hereditas veniret, *d. l.* 2. §. 2. si modo venditionis tempore pupillus mortuus sit; ne alias venditio incideret in prohibitam de successione tertii certi viventis pactionem. Nec est, quod quis existimet, ex eo, quod in *d. l.* 2. §. 2. dicitur, *maxime si hereditas pupillaris jam delata sit,* colligi posse, quod etiam de necdum delata, adeoque de ea, quæ pupilli adhuc viventis est, pactio talis addi posset. Non enim sequitur, pupillum adhuc superstitem esse, si hereditas ejus delata necdum sit; cum &, si sub conditione substitutio facta fuerit, hereditas necdum delata dici queat, utcunque pupillus jam fati munus impleverit. Sane, uti nullius ita nec pu-

pilli adhuc viventis hereditatem ullam esse, aut vendi posse, palam est ex *l.* 1. *ff. h. t.* Vinnius *de pactis cap.* 19. *n.* 9.

6. Sed uti venditor emtori ad plura tenetur, ita & vicissim emtorem venditori ad nonnulla præstanda obligatum esse, in aperto est. Aut enim hereditatis venditor necdum hereditario nomine quicquam impedit, aut ex adverso quædam jam solvit, aut aliter in hereditatem sumtus fecit. Si nondum quicquam ab eo in hereditatem erogatum, sed tantum judicio conventus fuerit, cum emtoris periculo lis agitanda sit, recte ab emtore desideraverit, ut is sui (venditoris) defensionem adversus hereditarios suscipiat creditores, *l. hereditatem* 28. *ff. de donat.* arg. *l.* 2. §. *ult. ff. h. t.* licet emtor invitus compelli nequeat a venditore, ut excipiat, aut in se transferat actionem venditori motam aut movendam, *l. ratio juris* 2. *C. h. t.* nec a creditoribus hereditariis recta via invitus conveniri, Christinæus *ad Leg. Mechlin. t.* 16. *art.* 37. *num.* 14. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 3. quod tamen postremum nostris moribus mutatum esse, & creditoribus in emtorem actiones oportere dari maxime si venditor solvendo non sit, censet Christinæus *vol.* 6. *decis.* 67. *num* 4. *& seq.* Groenewegen ad *l.* 2. *C. h. t.* ad *l.* 28. *ff. de donation.* Invitos sane creditores hereditarios ad id constringi, ut emtorem conveniant, iniquum foret; quippe quibus jus agendi adversus venditorem, veluti ex aditione heredem, conventione privata emtoris ac venditoris adimi non potuit aut immutari, arg. *l. debitorum* 25. *C. de pactis*, *l. Imperatores* 3. *ff. de transact. d. l.* 2. *C. h. t.* Si tamen creditores contra emtorem actiones suas movere cæperint, & is spontanea voluntate eas exceperit, tacitæ pactionis exceptione in posterum se venditor tueri posset, quasi id actum esset, ne creditores ab eo petant, *l. post venditores* 2. *Cod. de pactis.* Adde *tit. de pactis num.* 15.

7. Quod si e contrario vel ante vel post hereditatis venditionem in hereditatem sumtus fecerit, vel hereditaria solverit debita, id omne ab emtore per actionem ex stipulatu vel ex vendito repetere potest, *l. si ex pluribus* 18. *ff. h. t. l. ratio* 2. *C. h. t.* Ex vendito quidem, si nulla stipulatio inter emtorem & venditorem sit interposita, *l.* 2. §. *sive ipse* 11. *ff. h. t.* actione vero ex stipulatu, si intercesserint emtæ venditæque hereditatis stipulationes, quæ frequentes olim erant, quibusque id agebatur, ut quod venditor percepisset lucrum, emtori restitueret, & quod damnum passus esset, id emtor resarciret, §. *ergo* 6. *instit. de fideicommiss. hered. l. in illa stipulatione* 50. §. 1. *ff. de verb. obligat.* Confer Cujacium *lib.* 2. *observ.* 30. Quibus consequens est, ut recuperet, si quid vectigalium aut tributorum nomine dependerit, *l.* 2. §. *si quid publici* 16. *ff. h. t.* aut si quid in funus defuncti erogaverit, cum & ista impensa hereditaria sit, *d. l.* 2. §. *quod si funere* 17. *ff. h. t.* sed & si ex parte heres existens totum, quod a defuncto sub pœna debitum erat, solus exsolverit pœnæ evitandæ gratia, antequam coheredes ceteri hereditatem adivissent, nec postea ab his ob eorum egestatem recuperare potuerit quod supra suam præstiterat portionem, hoc quoque venditori per emtorem oportere refundi, velut hereditario nomine solutum, Julianus tradidit, *l. si ex pluribus* 18. *ff. h. t.* Quin imo, & si indebitum, quasi debitum hereditarium, a venditore solutum sit, ejus restitutionem emtori incumbere placuit, si modo venditor per sententiam judicis ad solvendum damnatus sit, non item, si citra judicis decretum sponte præstiterit, *d. l.* 2. §. *solet quæri* 7. *ff. h. t.* Cumque hereditate vendita eo cuncta loco habenda sint, ac si non per venditorem sed emtorem ipsum aditio facta esset, rationi consentaneum fuit, venditorem jure petere, ut, quæ tum prædiales tum personales servitutes ei in rebus hereditariis competierant, & aditione adeoque confusione extinctæ fuerant, ab emtore redintegrentur, *l.* 2. §. *pen. ff. h. t. l. si ei* 9. *ff. commun. præd. tam urban. quam rustic.* atque insuper ea solvantur omnia, quæ venditori a defuncto vel ab herede ex voluntate defuncti debita, exsolvenda ei fuissent, si non ipse venditor sed extraneus hereditatem adivisset; si modo ejus debiti adversus heredem exactio competere potuerit, non item si morte extinctum sit, dum forte pœnale erat ex delicto descendens, *d. l.* 2. §. *cum quis* 18. *l. hereditatem* 24. *ff. h. t.*

8. Dicta hactenus de hereditate vendita locum habent, si privatus venditor sit: diversum ab hisce in nonnullis obtinet, ubi non a privatis, sed a fisco hereditas distracta est. Etenim hereditatis fiscalis emtor non ipse tantum actiones contra debitores hereditarios instituere debet: sed & vicissim eas, quæ a creditoribus hereditariis movendæ sunt, excipere in universum obstrictus est, nec fiscum venditorem iis respondere compellit, *l.* 1. *C. h. t. l. eum, qui* 41. *ff. de jure fisci.* De ipso vero hereditatis jure nullam ab alio controversiam patitur, nec hereditas ei potest in totum aut ex parte evinci; cum ementes a fisco statim securi sint, & fiscum ipsum vendentem convenire debeat, quisquis judicio contendere cupit, ad se venditam pertinere hereditatem, §. *ult. inst. de usucapion. l.* 1. 2. *C. de quadriennii præscript.*

9. Altera tituli pars est de actione vendita, qualis venditio non consentiente tantum, sed & invito ac reluctante debitore fieri potest, *l.* 1. *C. de novation. l. si nominis* 2. *C. de novation. l. si nominis* 3. *C. h. t.* Vide *tit. de procurator. muner.* 8. sive pura sit actio, sive ex die vel conditione suspensa: nam & actionem puram sub conditione, & conditionalem pure vendi posse constat: ut tamen non idem usque venditionis effectus sit. Nam si sub conditione debitum vendatur pure, emtio statim perfecta est, ac ad pretium solvendum obligatio nata, licet emtor existente demum conditione persequi possit quod nomine vendito comprehensum est; vel ob defectum conditionis omni careat persequendi potestate. Sin purum debitum sub conditione distractum fuerit; non ante venditio perfecta censeri debet, aut ad pretium inducta obligatio, quam si conditio extiterit, ex qua venditio suspensa erat, *l. nomina* 17. *l. multum interest* 19. *ff. h. t.* Neque interest, utrum in rem an in personam actio sit quæ venditur: licet enim directæ in rem actiones nulli competere possint, nisi ei, qui habet jus in re, & jure gentium vel civili dominus est; *l. in rem actio* 23. *ff. de rei vindicat.* & per actionis venditionem dominium rerum actione petendarum non acquiratur, *l. pen. C. h. t.* quia tamen utiles in rem actiones etiam non dominis competere posse, plenius *in t. de rei vindicat. num.* 21. fuit expositum, nihil vetat, quo minus & in rem actiones vendantur ad id, utilis saltem in rem actio per emtorem moveatur, atque ita quantum ad utiles actiones nulla inter in rem & in per-

nomini actiones differentia sit, *l. ult. C. h. tit.* Nec una tantum specialis actio, sed & actionum universitas recte venditur, veluti totum mercatoris calendarium (*'t gehele Schuldboek*), ita ut nominum omnium periculum in se emtor recipiat; quod subinde fieri, ubi mercator foro cessit, apparet ex Responsis Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 195. Quid quod & *incertum actionis*, eodem modo, quo etiam *incertum hereditatis*, vendi potest, adeo ut spes tantum distracta intelligatur, ac ne debitor quidem a venditore præstandus sit, quoties in bona fide est, *l. si nomen* 4. *in fine*, junct. *l. quod si in* 10. & *l.* 11. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 27.

10. Non tamen recte quisquam alteri popularem potest actionem distrahere, cum ante litem contestatam nemo inde creditor aut locupletior dici possit, & quivis ex populo æquali ad eam exercendam jure gaudeat, arg. *l. ut si cui* 12. *de verb. signif. l.* 2. *l. pen. ff. de popul. action.* post litem vero contestatam non minus actionis intentatæ quam rei alterius cujusvis litigiosæ alienatio reprobata sit, *l.* 2. & *tot. t. C. de litigiosis.* Moribus quoque nostris vetitum emere actiones competentes pro mercede eorum, qui adhuc in India degunt. *Artikel Brief van d'Oost-Indische Compagnie* 1672. *art.* 55. *vol.* 3. *placit. p.* 1318. item *van de West. Indische Comp.* 1675. *art.* 33. *d. vol.* 3. *pag.* 1350. item *Ordonnantie voor de West-Indische Comp.* 24. *Novembr.* 1648. *art.* 74. *vol.* 1. *placitor. p.* 642.

11. Venditæ actionis effectus est, quod venditor eam actori cedere teneatur; plerumque quidem simpliciter, quandoque tamen etiam observatis certis solemnibus ac requisitis statutario jure inductis. Qua ratione si quis suam actionem, seu societatis Indiæ Orientalis aut Occidentalis partem alteri vendiderit, necessitas ei edictis Ordinum Generalium imposita transcribendi in emtorem apud acta societatis, seu in libris ac rationibus societatis, actionem venditam, intra dies quidem quatuordecim, a venditione celebrata, si eo in loco contractus sit initus, in quo transcriptio facienda est, intra mensem vero, si alio in loco; de quo novissime edictum Ordinum General. 16. *Sept.* 1677. *vol.* 3. *placit. pag.* 1307. Sed & actionis hypotheca immobilium munitæ cessio per Hollandiam firma non est, nisi soluta fisco quadragesima coram lege loci, exemplo aliorum immobilium, facta sit. Ut tamen cessio censeri non debeat, si creditor hypothecarius debiti hypothecarii solutionem suo fieri creditori mandet, interveniente *assignationis* instrumento, ut vulgo loquuntur; cum ita non actionis, sed tantum recipiendæ solutionis, mandatum intercedat, neque ullum jus in re transferatur, nec periculum nominis ad eum, cui assignatio facta, spectet. Sande *de cession. action. cap.* 9. *num. ult.* Confer Resp. Jurisconss. Holland. *par.* 5. *consil.* 179. 180.

12. Quamvis autem emtorem utilibus actionibus etiam sine cessione experiri posse placuerit, *l. emptor* 5. *l. postquam* 7. *l.* 8. *C. h. tit.* directæ tamen per venditorem emtori cedendæ sunt, tum principales tum accessoriæ, veluti ad persequenda pignora ac conveniendos fidejussores, si intercesserint in debiti principalis securitatem, sive ante sive post nominis venditionem venditori jus pignoris constitutum aut fidejussor datus sit, *l. emtori* 6. *l. venditor actionis* 23. *ff. h. t. l. si in solutum* 6. *l.* 7. *Cod. de obligat. & action.* arg. *l.* 2. §. *non solum* 8. *ff. h. tit. l. heres* 21. *pr. ff. de fidejussor.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 29. *defin.* 20. Adhæc actio de peculio & aliæ similes contra patrem, si adversus filiumfamilias debitorem actio distracta sit, *l. qui filiifamil.* 14. *ff. h. tit.* Quid, quod & una cum actione cessa in emtorem transeunt privilegia, ipsi causæ seu actioni cohærentia, arg. *l. si ventri* 24. §. *ult. ff. de reb. auctorit. jud. possid.* quo fundamento adstructum fuit, privilegium actionis funerariæ etiam in cessionarium actionis istius videri translatum, *t. de relig. & sumt. funerum num.* 11. Adde Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 21. 22. Fisci quoque privilegium una cum actione per fiscum cessa in privatum transire posse patet ex *l. ult. C. de privileg. fisci*, *l. cum pro patre* 2. *C. de his qui in prior. credit. locum succed.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 26. *gloss.* 3. *num.* 28. Negusantius *de pign. & hypoth. quarto membro secundæ partis num.* 107. *in fine.* Peregrinus *de jure fisci lib.* 7. *tit.* 3. *n.* 34. Nec dubitandum videtur, quin & parata executio ex pacto descendens, quam actioni potius ipsi quam personæ cohærere certum est, cessionario æque ac cedenti atque paciscenti competere debeat, si modo de venditione actionis & cessione constet. Confer Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 7. *defin.* 1. Fachineum *controv. lib.* 13. *cap.* 27. Berlichium *conclus. pract. part.* 1. *concl.* 80. *num.* 16. & *seqq.* Personalia plane privilegia cessione non transire, verius est, cum ita redderentur perpetua, quippe non intermoritura morte personæ privilegiatæ, a qua jam recesserant, atque ita vi & effectu degenerarent in privilegia causæ, quod absurdum, *l. ex pluribus* 42. *ff. de admin. & peric. tut. l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *ff. de reg. juris.* Quod si ex actione vendita ad venditorem quid jam pervenerit, sive per solutionem spontaneam, sive per exactionem, sive per compensationem, id totum emtori restituere compellitur, *l. venditor actionis* 23. §. 1. *ff. h. t.* arg. *l.* 2. §. *pervenisse* 3. *ff. h. t.*

13. Ceterum uti emtor nominis gaudet juribus jam enumeratis commodisque cedentis, ita ex adverso quoque ex ejus persona subit incommoda: nam & compensationem, quæ cedenti ante cessionem opponi poterat, cessionario opponi posse, probatum antea *t. de compensat. n.* 4. & *seq.* Nec infrequens est, licet non perpetuum, ut iisdem cessionarius repellatur exceptionibus, quibus & cedens repulsus fuisset, si ipse egisset; de quo latius *t. de exceptionibus.* Ac cessionarius tenetur ad edenda illa omnia, sive instrumenta, sive rationes, sive calendaria, aliaque similia, ad quæ cedens obstrictus fuit: acturus scilicet adversus cedentem ut is ea exhibeat, quo edi possint; ut dictum *tit. de edendo num. in fine.* Denique si quis non privilegiatus actionem suam cesserit privilegiato, cessionarius nullum ex suo capite privilegium in nominis istius exactione exercet, sed jure communi cedentis uti debet. Perquam enim durum foret, mutatione creditoris fieri duriorem causam aut debitoris, aut aliorum creditorum; & uti absurdum fuit visum, debitorum pactionibus tolli vel mutari creditorum petitionem, *l. debitorum* 25. *C. de pactis*, ita ex opposito iniquum etiam censeri debet, creditoris facto deteriora ac duriora reddi debitorum jura; maxime, cum non debet actori seu creditori licere, quod reo seu debitori non licet, *l. non debet* 42. *ff. de reg. jur.* & plerumque emtoris eadem esse causa debeat circa

petendum ac defendendum, quæ auctoris fuit, *l. invitus nemo* 155. §. *plerumque* 3. *ff. de reg. juris*, Mævius *ad jus Lubec. lib.* 3. *tit.* 3. *art.* 12. *n.* 83. 84. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 25. Nisi forte privilegium plane personale sit: quippe quo casu cessionarius sua personali prærogativa non videtur destituendus esse, uti hoc de fori privilegio studiosis ac miserabilibus personis indulto probatum fuit *t. de judiciis n.* 109. & 125. licet in miserabilibus personis aliud nostris moribus servari, in eodem *num.* 125. adnotatum sit. In fisco sane singularis omnino Romani juris definitio est: nam quanquam scriptum est, fiscum in privati locum succedentem privati jure uti, *l. cum quidam* 17. §. *fiscus* 4. *ff. de usuris*, *l. si sub pignore* 2. *C. de Usuris fiscal.* ab Ulpiano tamen adnotatum fuit, in *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*, fiscum, cum acquisito nomine in privati jus succedit privati jure *pro anterioribus suæ successionis temporibus* uti: ceterum, *posteaquam successit*, habere privilegium suum. Verum illud anomalum prorsus esse & in eo contra generalia juris principia per Jurisconsultos fuisse fisci commodis deservitum, satis inde manifestum est, quod de tempore, ex quo fiscus suo uteretur privilegio, tantopere in *d. l.* 6. hæsitatum fuit, ac tandem definitum, non a tempore nominis acquisiti, sed demum ex quo fiscus convenit certum debitorem ac confitentem, privilegio respectu usurarum locum fore; privilegio vero prælationis ante alios creditores non nisi ex quo inter nomina debitorum relatum est nomen fisco quæsitum. Ut proinde nec in exemplum ista videantur trahenda, aut ad ecclesias porrigenda, licet id agat post alios Brunemanus ad *d. l.* 6. *ff. de jure fisci.*

14. Sciendum interim, sufficere in actione vendita quod venditor emtori debitorem præstet illius quantitatis aut rei, quæ expressa est: nam ut locupletem præstet, aut fidejussores, qui pro eo debito intervenerant, idoneos, aut pignora sufficientia, obligatus non est, *l. si nomen* 4. *l.* 5. *ff. h. t. l. si plus* 74. §. *ult. ff. de evictionib. l. periculum* 30. *ff. de pignorib. & hypoth.* Sande *de cessione action. cap.* 9. *num.* 19. 21. 26. Berlichius *decis.* 291. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 244. nisi aliud nominatim actum sit, *d. l.* 3. *ff. h. t.* vel dolo venditoris emtor circumscriptus sit, *d. l.* 74. §. *ult. in fine ff. de eviction.* quo pertinet, si mulier pro dotis restitutione debitorem egentem *decepta* acceperit, *l. si cum dotem* 22. §. *si mulier* 2. *ff. soluto matrimon.* Neque his obstat illud Gaji, quod is nullam videatur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est, *l. nam is* 6. *ff. de dolo malo.* Cum illud *videri* illic nota improprietatis sit, & nomen, quod nunc inane est, redeunte ad meliorem fortunam debitore, bonum fieri possit, & efficacem habere exactionem. Quod si nomen non simpliciter, sed *tanquam bonum*, fuerit divenditum, satisfecerit venditor, si illud venditionis tempore bonum præstet, nec eo nomine tenebitur, quod debitor postea facultatibus lapsus sit, cum ex ordinaria venditionis natura æque nominum ac rerum quarumvis aliarum periculum a tempore venditionis ad emtorem potius quam venditorem spectet, §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* Zypæus *notit. juris Belg. t. de hered. vel act. vend. in med.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 13. *n.* 7. & *seq.* Joh. a Sande *de cessione actionum d. cap.* 9. *n.* 27. 28. 29. Quid vero ob nominis evictionem emtori nominis præstandum sit, exequitur plenius *t. de eviction.*

15. Interposita venditæ actionis cessione, seu mandata actione, salvum nihilo minus cedenti ex jure Romano manet agendi jus, adeo ut debitorem non tantum ignarum cessionis factæ, sed & scientem ad solvendum adigere possit, & ille cedenti solvens liberetur a debito, si modo solvat, antequam ei a cessionario denunciatum fuerit, ne cedenti solvat; cedente interim obligato manente, ut, quidquid exegit nominis emtori præstet, arg. *l. procuratore* 55. *ff. de procurator. l. venditor actionis* 23. §. 1. *ff. h. t.* Ut tamen in concursu cessionarii quam cedentis conditio potior sit, cum in propriam utilitatem cessionarius experiatur, *d. l. procuratore* 55. *ff. de procurat.* unde & actionis mandatum revocari non posse in cessionarii præjudicium, verius est, arg. *d. l.* 55. & *l. qua omnia* 25. *in fine ff. de procurat.* Nec ei adversatur *l. si delegatio* 3. *C. de novation.* Non enim illic venditio aut cessio actionis intervenerat, sed tantum debitor creditori suo adversus suum debitorem *solutionis causa mandaverat actiones*, quale mandatum solutionis exigendæ & accipiendæ seu *pecuniæ exigendæ*, (ut habet *l. non abstulit* 4. *eod. tit.*) a cessione actionis distinctum est, ac vulgo *nudæ assignationis* appellatione venit, & revocatione infirmari, adeoque exactio atque solutio inde facienda impediri potest, quamdiu res adhuc integra est, puta, cum necdum lis contestata, nec aliquid ex debito acceptum, nec debitori denuntiatum fuit, *d. l.* 3. Confer Ant. Fabrum *conject. lib.* 12. *cap.* 6. præcipue *n.* 6. Plane nostris moribus circa cessas actiones magis placuit, jus omne cedentis cessione extinctum esse, nec amplius cedentem, sed solum cessionarium, compellere posse debitorem invitum ad solutionem, licet necdum debitori denunciatio per cessionarium facta sit, ne solvat cedenti. Debitorem tamen cessionis ignarum, bona fide solventem cedenti, in totum liberari, arg. *l. ult. ff. de transaction.* non item, si ei per cessionarium jam fuerit denunciatum, ne solvat cedenti, arg. *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. obligari*, *l. ult. de lege commiss.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tr. de cessionibus art.* 2. *gloss.* 9. *in fine.* Lambertus Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 1. *num.* 5. & *seqq.* Groenewegen ad *d. l.* 3. *C. de novation.* Quin imo, si venditionis atque cessionis ignarus non fuerit debitor, denunciatio tamen per cessionarium ei necdum facta sit, ipsum quidem cum cedente non efficaciter transigere in aperto est, *l. ult. ff. de transact.* sed quo minus ei bona fide solutionem faciat, atque ita liberetur, nulla juris ratio vetat; cum utique ei solvat, cui obligatus fuit, nec ipsi factum tertii obesse queat, quamdiu denunciatio haud intercessit, arg. *d. l.* 4. *C. quæ res pignor. oblig.* & sibi cessionarius imputare debeat, si ob neglectam aut dilatam denunciationem in damno sit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 29. *def.* 18. Sed & post denunciationem recte solvi cedenti, quando ob utilitatem cedentis actio cessa est, observat Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 13.

16. Porro actionis cessionem seu mandatum in præjudicium cessionarii non posse revocari, usque adeo verum est, ut nec assentiendum sit Sandio *de cessione action, cap.* 12. *n.* 7. ac Mynsingero *cent.* 3. *observat.* 96. existimantibus, revocari posse cessionem actionis, quoties paritum non fuerit conditionibus

venditioni & cessioni nominis appositis. Nam etsi verum sit, donationes revocari posse, si per donatarium legi donationis obtemperatum non sit, *l.* 1. *C. de donat. quæ sub modo*, *l. ult. C. de revocand. donat.* id tamen ad conventiones onerosas, præcipue ad venditionis negotia producendum non est; quippe in quibus si alteruter contrahentium non impleat ea, ad quæ sese contractu devinxerat, repetitio translatorum denegata, & sola ad implendum contractum personalis actio adversus refractarium data fuit *l. incivile* 12. *C. de rei vind. l. pacto successorum* 26. *in fine C. de pactis.* Plane mutuo ementis ac vendentis consensu posse a cessione facta resiliri, etiam invito debitore, dubium non est, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eodem genere dissolvi, quo colligatum est, *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*, & ratio nulla appareat, cur non æque a nominis venditione recedi possit invito debitore, ac ab initio venditio nominis eo dissentiente jure perficitur, ut ante dictum; cum utique nova videatur hoc modo venditio intercessisse: salvo tamen manente debitori suo jure retractus, si forte viliori pretio nomen distractum eodem sibi pretio emtum velit; de quo post: salvis quoque fisco suis juribus, ubi tale nomen est; ex cujus venditione quadragesima pretii fisco pendenda venit. Confer *t. praced. de lege commiss. num.* 24 Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 7. *defin.* 2.

17. Quod si duobus separatim diversis temporibus una eademque actio vendita ac cessa sit, censet Sande *de cess. act. cap.* 12. *n.* 8. ita demum eum, cui priori vendita ac cessa est, potiorem fore, si secunda cessio re non amplius integra interposita sit, dum prior vel litem contestatus jam fuerat cum debitore, vel denunciationem debitori fecerat, aut impetraverat partis solutionem; sed si nihil horum a priore factum sit, illum, qui primus unum ex his tribus fecerit, potiorem esse, arg. *l.* 3. *C. de novation.* Sed cum jam supra probatum sit, cedentem non posse cessionario invito cessionem revocare, nec in *d. l.* 3. de cessione, sed simplici *assignatione* seu pecuniæ exigendæ mandato agi, atque insuper moribus nostris jus omne cedentis pro extincto haberi post primam cessionem; magis est, ut hic idem, quod in re corporali duobus vendita Romanis placuit, admittatur; illum nempe, cui priori actio cessa est pretio soluto aut fide de eo habita, in exigendo nomine cesso oportere potiorem esse, maxime, quia cessio in actionibus traditionis loco est, *l. quotiens* 15. *C. de rei vindicat.*

18. Quo vero magis turpes impedirentur litium redemtiones, Anastasii nec non Justiniani constitutionibus inductum fuit, ne emtor nominis a debitore plus exigat, quantum ipse in nominis emtionem erogavit, etiamsi venditor se partim vendere, partim donare, vel reliquum donare, professus esset; reprobata hoc in casu illata donationis cum venditione cumulatione; quippe quam non nisi in fraudem legis simulari præsumtio est, *l. per diversas* 22. *l.* 23. *l.* 24. *C. mandati.* Confer Lamb. Goris *advers. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 4. Et ne clandestinis ac domesticis fraudibus facile quidvis pro negotii opportunitate confingatur, ac occultetur quod vere actum est, moribus nostris invaluit, conventum actione cessa debitorem protinus in ingressu litis desiderare posse, ut juret actor, quanto nomen pretio comparatum ab eo sit, Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 17. 18. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 89. ut ita oblata eadem quantitate liberetur debitor, cujus lucro reliquum cedere vel inde patet, quod utrique tum emtori tum venditori actio ultra id, quod emtor dedit, denegata est, *l. ab Anastasio* 23. §. 1. 2. *C. mandati.* Neque hic suffecerit de pretii jurasse promissione, sed quantum vere ac sine fraude numeratum ab emtore seu datum sit, *l.* 24. *Cod. mandati*, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 34. *num.* 1. Et quæ de venditione dicta sunt, in datione in solutum etiam obtinere verius est, cum & retractum in ea emtionis exemplo admissum esse, præcedente titulo dictum sit; & datio in solutum emtioni vim ac vicem habeat, nomenque tanto intelligatur distractum pretio, quanta est debiti quantitas, in cujus solutionem nomen cessum est, *l. si prædium* 4. *C. de evictión.* Quin & in permutatione reditus annui jus idem in Rhenolandia vigere patet ex Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 225.

19. Tempus quod attinet, in quibusdam locis venditi nominis retractus intra annum a scientia debitori competit; præcipue si reditus annuus, fundo vel ædibus impositus distractus sit. Roterodami non ultra sex septimanas durat retrahendi jus. Imo ubi statuta nihil de tempore definiunt, ejusdem pretii oblationem a debitore tunc fieri sufficit, cum primitus convenitur ad faciendam solutionem, Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 16. *num.* 17. 18. Groenewegen ad *l.* 22. *C. mandati*, Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 20. *num.* 8. *vers. debitor*, & *cap.* 19. *num.* 25.

20. Cessat hoc jus tantundem offerendi, seu retrahendi, si tempore venditionis nomen eodem pretio debitori oblatum sit, ac is emere detrectaverit, Grotius *d. cap.* 16. *num.* 17. 18. Groenewegen ad *d. l.* 22. *in fine.* Uti &, si actionum plurium universitas sit vendita, dum vel totum mercatoris calendarium distractum est, vel sub hereditate vendita plures actiones comprehensæ sunt: cum enim ex talibus nominibus alia possint bona esse, alia minus bona, alia prorsus inania ac mala, definiri nequit, quanti nomen unumquodque comparatum sit, ac proinde nec quantum reddi deberet per retrahentem. Responsa Jurisc. Holl. part. 4. *consil.* 195. *pag.* 353. Non etiam ei locus est, quoties auctione publica nomen distractum ac plus licitanti addictum est, *d. consil.* 195. Adde *tit. praced. num.* 23. Nec denique, si reditus & nomina viliore pretio emta sint ob belli calamitates aliaque similia incommoda; sic ut emtor periculum subierit plenariæ amissionis; cum æquum sit commoda cujusque rei eum sequi, quem incommoda sequuntur, & penes eum spem lucri esse, penes quem damni metus est. In quam sententiam cum a variis Hollandiæ Jurisconsultis responsum esset, etiam decreto Ordinum Hollandiæ responsum illud confirmatum fuit; ac apprime locum invenit in nominibus provinciarum ac civitatum, difficillimis bellorum temporibus minoris emtis. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 89.

TITULUS V.

De rescindenda Venditione, & quando liceat ab emtione discedere.

SUMMARIA.

1. *Quando possit mutuo consensu ab emtione recedi? an in præjudicium juris, quod tertio vel fisco ex venditione quæsitum est?*
2. *Quo modo per acceptilationem ex uno latere factam resolvatur utrimque obligatio ex venditione perfecta? Quid juris, si quis id, quod prius pure emit, postea emat sub conditione?*
3. *Recensentur causæ, ex quibus, invito alterutro, venditio resolvi potest, præcipue enormis læsio.*
4. *An propter enormem læsionem condictio ex lege movenda sit, an vero restitutio in integrum petenda? An magis actio ex emto vendito instituenda sit? Quid moribus? Et intra quod tempus?*
5. *Habet locum* l. 2. C. de rescind. vend. *sive emtor, sive venditor læsus sit. Quando emtor intelligatur læsus ultra dimidium justi pretii? An hoc remedium heredi & in heredem detur? An debitori, si creditor pignus vendiderit?*
6. *An hoc remedium detur adversus tertium, in quem emtor rursus rem alienavit? & quid si emtor secundus in bona fide sit, vilioris tamen emerit?*
7. *Cui incumbat probatio in quæstione læsionis? cujus temporis pretium inspiciendum sit? an considerandum sit pretium affectionis? an, quod thesaurus in fundo vendito repertus sit?*
8. *Si reus conventus eligat resolutionem contractus ob enormem læsionem, an impensæ in rem emtam per emtorem factæ restituendæ sint?*
9. *An laudemia, & alia, dominis directis aut fisco soluta pro venditione, restituenda sint per dominum directum aut fiscum? An iterato solvenda pro resolutione contractus? An emtor, si laudemia & alia soluta repetere nequeat ab illis, quibus solvit, ea repetere possit ab ipso venditore?*
10. *An pretium cum medii temporis usuris, & an res cum medii temporis fructibus restitui debeat? prolixe discutitur.*
11. *An præstandæ sint usuræ pretii superflui, quod reddendum, vel ejus quod in supplementum pretii vilioris addendum est, casu, quo venditio ob læsionem non resolvitur?*
12. *An hoc remedium etiam locum habeat in mobilibus pretiosioribus?*
13. *Habet etiam locum hoc remedium in ceteris bonæ fidei judiciis, quæ emtioni similes; puta permutatione, datione in solutum, locatione, emphyteusi: at non in permutatione beneficiorum ecclesiasticorum.*
14. *Non etiam in commodato & similibus; nec in negotiis stricti juris. Quid moribus?*
15. *Cessat hoc remedium in hereditate, & alea vendita; in vendito jure aperiendi lapicidinas aut metallifodinas, venditione fructuum nasciturorum, aut usufructus, aut reditus vitalitii, uti & in contractu assecurationis?*
16. *Cessat, si testator jusserit testamento rem vendi certo pretio, sive sciverit sive ignoraverit verum pretium. An habeat locum, si judicis jussu solenniter venditio auctione publica facta sit? An, si tantum auctione publica sed sine judicis auctoritate, ex domini voluntate venditio instituta sit? an, si magistratus decreto res minorum vendita?*
17. *Cessat, si quis sciverit verum rei pretium, cum pluris emeret, aut venderet minoris.*
18. *Item, si quis specialiter huic remedio renunciaverit, vel pactum sit appositum, ut pro donato haberetur quicquid infra vel supra justum pretium apparet datum.*
19. *An locum habeat, si res sine culpa emtoris perierit? Quid juris, si emtor eam majore pretio vendiderit tertio, antequam casu interiret?*
20. *An emtor uti possit remedio* l. 2. *si ipse rem rursus alteri vendiderit?*

1. QUemadmodum emtio venditio quibusdam ex causis ab initio nulla est, veluti ob dolum huic contractui causam dantem, nec non multifariam ob errorem, de quibus alibi; ita & quæ ab initio substitit subinde infirmatur, idque vel mutuo consensu, vel ad unius petitionem altero invito ac repugnante. Utriusque voluntate resolvi potest secundum vulgatam regulam in *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. juris*, §. *ult. Instit. quib. mod. toll. oblig. l. cum emtor* 5. §. 1. *ff. h. t.* si modo perfecta tantum fuerit venditio, necdum ab alterutro latere per rei traditionem aut pretii numerationem impleta; atque insuper in nullius tertii fraudem ab emtione discedatur. Nam si ex uno latere implementum secutum esset, in irritum deduci contractus haud posset, nisi concurrente pretii soluti aut rei traditæ restitutione. Sin utrimque venditio ita iam consummata sit, ut nulla ulterior ex emto aut vendito supersit obligatio, resolvi utriusque voluntate non potest vinculum, quod solutione jam ipso jure dissolutum est; sed nova potius emtione res vendita ad pristinum deberet venditorem reverti, *l. ab emtione* 58. *ff. de pactis*, *l.* 1. 2. *C. quando liceat ab emtione discedere.* Sed &, si tertio ex venditione perfecta jus quæsitum fuerit, nec tunc venditionis resolutio in ejus præjudicium recte sit. Qua ratione & fisco suum quadragesimæ jus semel quæsitum manebit intactum, & agnatis aliisque similibus retractus exercendi facultas illibata, utcunque fuerit utriusque voluntate ab emtione discessum, ut dixi *tit. de lege commissoria num.* 24. Adde *edictum Ordinum Holland. de quadragesima & vicesima* 16. *Aprilis* 1671. *art.* 34. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1012.

2. Censetur autem mutuus ille utriusque consensus in venditionis resolutionem etiam tunc interpositus, cum ab uno latere acceptilatio intercessit: quoties enim vel emtor venditori, vel emtori venditor, acceptum facit, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, & perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, *ut neuter ab altero quicquam peteret.* Qualem tamen acceptilationem in hac causa *non sua natura sed potestate conventionis valere*, Julianus ait, *l. cum emtor* 5. *ff. h. t.* & merito: nam cum ea acceptilationis natura sit, ut solam ipso jure dissolvat contractam verbis obligationem, §. 1. 2. *Instit. quib. mod. tollitur oblig.* sequitur, eam aliorum contractuum intuitu inutilem esse; sed quia acceptilatio inutilis continet nihilominus pactum u-

tile, *l. an inutilis* 8. *ff. de acceptil.* is, qui acceptilatione inutili liberatus est, vel doli vel pacti exceptione se potest tueri, *l. si accepto latum* 19. *ff. de acceptilat.* atque ita verum est, in hac quoque emtione, non verbis sed consensu contracta, acceptilationem *non sua natura*, sed *potestate conventionis*, id est, pacti de non potendo valere, *d. l.* 5. *ff. h. t.* Quod autem acceptilatio ab uno tantum latere interposita obligationem utrimque perimit, ejus illa ratio est, quia, licet communi consensu recedi a parte venditionis possit, sic ut ex uno latere vel aucta vel diminuta intelligatur obligatio, *l. juris gentium* 7. §. *adeo autem* 6. *ff. de pactis*, *l. si emtio* 4. *ff. h. t. l. pacta conventa* 72. *ff. de contrab. emt.* tamen secundum Pomponii sententiam *pro una parte contrahentium abiri pacto ab emtione non potest*, nec id agi, ut unus tantum obligatus maneat, *l.* 1. *ff. h. t.* Plane si non amplius in nudis conventionis terminis consistat emtio locatio similesque initi consensu contractus, sic ut etiamnum utrimque supersit obligatio, sed jam ex uno latere res intercesserit, seu, traditione rei vel pretii numeratione implementum ex uno latere jam subsecutum sit, nihil obstaret, quo minus per interpositam ex uno latere acceptilationem resolvatur quoque obligatio ex eo solo latere, ex quo etiamnum superstes est, *l. ult. ff. de acceptilat.* Confer Zangerum *de exceptionibus part.* 3. *cap.* 4. Quod si id, quod quis pure emit, sub conditione rursus emat, nihil agi posteriore emtione, Paulus monet *l. si id quod* 7. *pr. ff. h. t.* quod non eo sensu accipiendum puto, quasi venditio maneret pura: sed potius, quod existente conditione eadem emtio sit, quæ prius intercesserat, in quantum post conditionis eventum nihil aliud in posteriore, quam in priore venditione, comprehensum est: neque enim ulla ratio facit, quo minus mutuo contrahentium consensu ex conditione suspendatur, quod ab initio pure contractum fuit, ut notat Brunnemmannus *ad Pand. d. l.* 7. *ff. h. t.*

3. Invito contrahentium altero licet perfecta venditio ne ex rescripto quidem Principis infirmanda sit, *l. de contractu* 3. *C. h. t.* tamen rescissio ejus variis ex causis fit, puta, ex legis dispositione, dum forte curiales furtim sua bona vendiderunt, ut imposita munera civitatum fuga destituant, *l. pen. C. h. t.* vel pater in casu necessitatis filium sanguinolentum distraxit, quippe quem oblato pretio vel mancipio vicario dimittere emtor invitus compellitur, *l.* 2. *C. de patribus qui filios suos distrax.* Sed & ex edicto ædilium propter vitium morbumve resolvi venditionem per actionem redhibitoriam, dicetur *tit. de ædilit. edicto.* Ac denique per sententiam judicis ob enormem potissimum læsionem, quæ est ultra dimidium justi pretii, licet dolus desit ex proposito. Nam etsi naturaliter liceat in pretio contrahentibus se circumvenire, neque propter minimam causam seu læsionem res bona fide gesta inemta fieri debeat, *l. rei bona fide* 54. *ff. de contrab. emt. l. in causæ* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, tamen cum apparente enormi læsione res ipsa dicatur in se dolum habere, *l. si quis, cum aliter* 36. *ff. de verb. oblig.* locus est remedio legis 2. *C. h. t. de rescind. vend.* ex quo non præcise ad contractus rescissionem agitur, sed magis alternatim ad id, ut, arbitrio & electione rei hoc judicio conventi, vel emtio dissolvatur reddito pretio & restituta re distracta, vel iniquitas pretii corrigatur, ad veram usque æstimationem rei supplendo illud aut diminuendo, *d. l.* 2. *C. h. t.* Ant. Faber. *Cod. libr.* 4. *tit.* 30. *defin.* 21. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *c. ult. in pr.* Carpzovius *defin. for. p.* 2. *constit.* 34. *defin.* 7.

4. Qua vero actione experiendum hoc casu sit, non expeditum satis; dum nonnullis piacet ex lege condictio, quasi per *d. l.* 2. nova actio inducta esset, nec tamen expressum nomen actionis, arg. *l. unic. ff. de condict. ex lege*, aliis extraordinaria restitutionis imploratio necessaria visa fuit; quod & moribus hodiernis probatum ac praxi firmatum est, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap. ult.* Ant. Faber. *d. libr.* 4. *tit.* 30. *defin.* 21. Groenewegen ad *l.* 2. *C. h. t.* Sed ex juris Romani principiis hanc in rem rectius actiones ex emto aut vendito dixeris comparatam fuisse. Præterquam enim, quod novum non sit, utilem esse actionem ex emto etiam ad distrahendam emtionem, *l. ex emto* 11. §. *is, qui vina* 6. *ff. de action. emti*, & ad emendandam pretii iniquitatem, si animi vitiis, aut morbis corporis vitiisve patentibus res emta laboret, *l.* 1. §. *penult. in fin.* & §. *ult. l.* 2. 3. 4. *ff. de ædilit. edict.* constat insuper, jam olim ante *d. l.* 2. *C. h. t.* (cujus actores Diocletianus & Maximianus imperitarunt post excessum laudatorum in Pandectis Jurisconsultorum) læsionem enormem non modo improbatam fuisse, sed & remedia adversus eam fuisse data *l. jure succursum* 6. §. *ult. ff. de jure dot. l. in proposita* 78. *l.* 79. *ff. pro socio.* Corrigenda scilicet fuit iniquitas manifesto apparens *per judicium bonæ fidei*, ut Paulus ait in *d. l.* adeoque intentata actione pro socio, ex emto, vendito, aliaque simili, prout vel in societate, vel in emtione venditione gravem intervenisse læsionem probari potuerit, ut judex ex natura actionum bonæ fidei æstimans ex bono & æquo etiam extra conventionem partium, quantum actori tribuendum sit, reducat non observatam in contrahendo æqualitatem. Ne dicam, ipsam quoque electionem, an is, qui rem viliori pretio æstimatam habet, eandem restituere, an pretium magis supplere, malit, jam Ulpiani tempore notam fuisse, *l. si res æstimata* 12. §. 1. *ff. de jure dotium.* Quibus consequens est, in *d. l.* 2. *C. h. t.* nihil aliud novi fuisse inductum, quam quod definitum sit, eam esse enormem læsionem, quæ ultra dimidium justi pretii est, cum id antea magis arbitrio judicis relictum esset. Estque ex hoc, ut opinor, fundamento, quod, licet moribus restitutionis auxilium secundum jam dicta implorari soleat, restitutionis tamen petendæ licentia quadriennio vulgato circumscripta non sit, sed ad exemplum personalis ex emto actionis integris annis triginta durent. Sande *decis. Frisic. libr.* 5. *tit.* 4. *defin.* 11. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap. ult. num.* 16. 17. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 16. *n.* 58. *in fine*, licet alia tempora alibi definita esse tradat Perezius *C. h. t. n. ult.*

5. Inter emtorem & venditorem quantum ad hoc adversus læsionem remedium nihil interest. Quanquam enim in *d. l.* 2. *C. h. t.* tantum venditoris læsi mentio est, tamen & in emtoris persona eadem æquitatis ratio militat & æque principalis, ac ex negotio bonæ fidei descendens, utriusque tum emtoris tum venditoris obligatio sit, & in omnem eventum condonandum magis emtori sit circa rei emendæ ve-

rum pretium erranti, quam quidem venditori dominium habenti, dum quisque suarum magis quam alienarum rerum pretia novisse & potest & debet, *l. quisquis* 15. *C. h. t. arg. l. generaliter* 24. §. *si quis alienum* 12. *ff. de fideicomiss. libert.* Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 16. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 2. *num.* 1. Donellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vendit. num.* 17. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 34. *defin.* 8. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 14. Videtur autem emtor læsus ultra dimidium, non modo, si verbi gratia rem decem aureis valentem comparaverit aureis viginti & uno; sed &, si sexdecim aureis emta sit. Cum enim in omni eo læsio sit, quod a justa recedit pretii cum re proportione, inficias iri nequit, quin, uti venditor ultra dimidium læsus intelligitur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit, adeoque minus quam quinque, ubi pretium justum decem aureorum est; ita quoque emtor ultra dimidium læsus dici debeat, si supra verum decem aureorum pretium amplius quam quinque venditori præstiterit. Emtoris sane ac venditoris parem in emtionis contractu obligationem esse, & venditori quidem loco rei decem valentis ac ex patrimonio venditoris abeuntis, decem in pretio acquiri, emtori vero per decem aureorum, tanquam pretii justi, solutionem patrimonium diminuenti, alia decem in re vendita tanti valente accedere debere, explorati juris est: cum ergo uterque utrique ad eandem quantitatem sive in re sive in pretio obligatus sit, iniquum esset, unum magis quam alterum sine juris remedio aut inæqualitatis emendatione in damno hærere; quod tamen eveniret, si venditori infra aureorum quinque quantitatem accipienti pro re decem aurei valente succurrendum esset, non item emtori ultra aureos quinque supra verum decem aureorum pretium solventi æque ita parem seu ejusdem quantitatis læsionem cum venditore subeunti. Quibus accedit, quod hujus legis remedium etjam in permutatione locum habet, ut post dicetur; idque, quia permutatio emtioni similis est, ac proinde, ut ex utriusque permutantis latere æqualis quantitatis læsio remedii hujus auxilium admittit, ita quoque nulla ratio est, cur non æqualis quantitatis læsio in emtione æque emtori, ac venditori, præberet hujus remedii implorandi facultatem. Et hanc communiorem fuisse veterum opinionem plerique fatentur, licet ipsi dissentientes Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 16. Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 2. *n.* 4. & *seqq.* Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 73. Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 6. Donellus *ad l.* 2. *C. h. t. n.* 17. eamque tuetur post Glossam & alios, ac magis in foro receptam testatur Covarruv. *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 3. num. 9. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 14. Heredibus tum venditoris tum emtoris hoc remedium competere, licet defunctus non tentaverit, vix dubitari potest, si consideres, juris ejusdem ac potestatis heredem esse, cujus defunctus fuit, *l. heredem ejusdem* 59. *ff. de reg. juris.* Sive enim actionem ex emto hic admiseris, ea ex juris principiis heredi ac in heredem datur; sive restitutionis auxilium implorandum fuerit, & hoc ne minorennium quidem heredibus, si ex capite minorennitatis petatur, denegari patet ex *l. minor autem* 18. §. *ult. l.* 19. *ff. de minor.* 25. *annis.* Gothofredus *in not. ad l.* 2. *C. h. t.* Et quia creditor pignus vendens debitoris vices gerere videtur, sic ut & debitor ex pactis venditioni pignoris per creditorem adjectis agere adversus emtorem possit etiam ad rei ipsius restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset ac refuso pretio restitutionem rei pactus esset, *l. ei creditor* 7. §. 1. *ff. de distract. pign. & hypoth. l. si, cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act.* ipsi quoque debitori hoc remedium jure assertum est. Pinellus ad *l.* 2. *Cod. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 2. *num.* 1. & *seqq.*

6. Utitur hoc legis secundæ remedio læsus emtor aut venditor adversus eum, quocum contraxit, sive emtorem sive venditorem; non item adversus tertium, in quem forte emtor rursus rem alienavit; cum personalis sit hæc actio ex contractu quippe nata, etiamsi ex praxi restitutio in integrum simul concurrat, Gomesius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *in med.* Nisi emtor paupertinus sit, &, cum vilioris emisset, rursus dolo malo in fraudem venditoris minori itidem pretio distraxerit, emtoremque secundum fraudis participem fuisse probari possit, arg. *l.* 1. *C. si venditio pign. agatur, l. si procuratorem* 8. §. *sed & si* 1. *ff. mandati.* Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 18. Covarruvias *var. resol. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 10. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 172. Sed &, si fraude emtorem secundum carere constet, iniquum tamen fuerit, eum cum primi venditoris jactura locupletari; ac proinde mediante saltem in integrum restitutione venditori primo adversus emtorem secundum succurri, æquitas postulat, ubi emtor primus solvendo non est, arg. *in causæ cognitione* 13. §. *ult. l.* 15. *ff. de minor.* 25. *annis, l. si uxor tua* 3. *C. si vendito pign. agatur.* Nec perperam forte ad actionem Paulianam refugium venditori primo læso concesseris; in quantum emtor primus in fraudem venditoris rem vilioris iterum vendens secundo, intelligi potest eatenus donationem contulisse in emtorem secundum, quatenus infra verum pretium consulto distraxit; fraudem vero accipientis actio Pauliana non desiderat, quoties donationis jure res in fraudem creditorum alienatæ sunt, dum melior in pari causa est conditio agentium de damno evitando, quam eorum, qui de lucro captando agunt, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Tiraquellum ad *l. si unquam C. de revoc. donat.* verbo *revertatur n.* 329. Covarruviam *d. lib.* 2. *c.* 3. *n.* 10. Berlichium *decis.* 157. Neque his adversantur ea, quæ a Pinello ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 32. & Fachineo *d. lib.* 2. *cap.* 18. in contrarium adducta sunt. Etsi enim tunc, cum fraus emtoris concurrit, rescissionem venditionis pignoris per creditorem dolo malo factæ impetrari posse rescriptum si in *l.* 1. *C. si vend. pign. agatur*, non tamen negatur, rescissionem concedi, si emtor in dolo non sit; ideoque ex *d. l.* 3. *C. eod. t.* generaliter rescissionem indulgente, si creditor vendens solvendo non sit, suppleri debet, quod d. lege primæ deest. Longe minus urget, *l. æris* 15. *C. de donation.* quippe quæ simpliciter definit, onere æris alieni non donatarium, sed heredem donantis gravari; non vero negat, infirmari posse donationem in fraudem creditorum factam, si donator, ea ratione solvendo non sit.

7. Porro læsionis enormis probatio actori incumbit, cum facti sit, neque in contractibus utrimque obligatoriis læsio præsumatur. Ac considerandum pretium, quod venditionis tempore justum fuit in eo lo-

eo, in quo venditio celebrata est, non quod hoc tempore, quod agitur, rei respondet, *l. si voluntate* 8. *in fine C. h. t.* ne alias infirmæ multifariam redderentur venditiones, dum & varia sunt rerum pretia per singulas civitates, *l. ideo* 3. *ff. de eo quod certo loco*, & in dies pro variante hominum opinione, rerumque penuria vel abundantia, aliisque circumstantiis, pretia crescunt ac minuuntur, *l. pretia rerum* 63. §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* ut merito Seneca dixerit, *pretium cujusque rei pro tempore esse*, *lib.* 6. *de benef. cap.* 15. Pretium autem an justum an injustum sit, ex qualitate rei, ac redituum quantitate, æstimandum est, *l. si quos* 16. *C. h. t. l. pen. ff. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura sunt, &c.* Non item ex peculiari, qua quis in rem venditam ducitur, affectione, arg. *l. in lege Falcidia* 62. §. 1. *l. pretia* 63. *ff. ad leg. Falcid.* Covarruvias *var. res. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 4. Uti nec ex eo, quod in fundo minoris forte pretii post venditionem thesaurus repertus sit; cum neque pars fundi neque fructus fundi dici queat, *l. fructus* 7. §. *si fundum* 12. *ff. soluto matrimon.* sed magis *domum fortunæ* & *Dei beneficium*, ac *munus loci* credatur esse, *l. si is, qui* 63. §. *si communis* 1. *ff. de acquir. rer. domin. l. unic. C. de thesauris.* Sixtinus *de regalibus lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 43. 44.

8. Quod si reus hoc conventus judicio eligendam duxerit emtionis totius resolutionem, res quidem ipsa ex uno latere, pretium vero, quod datum fuit, ex altero latere restituendum est, *d. l.* 2. *C. h. t.* Sed & si quas impensas medio tempore emtor bona fide in rem emtam necessario aut utiliter erogaverit, harum quoque restitutionem oportere fieri verius est. Si enim tunc, cum minor adversus rei suæ venditionem ex capite minorennitatis restituitur, reddere emtori teneatur, quæ ab eo interim impensa sunt, utcunque favorabilis alioquin & ætas & causa minorum sit, *l. intra utile* 39. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si prædium* 16. *in fine*, *C. de prædiis & aliis reb. minor. sine decreto non alien.* Si & is, qui rem in diem addixit, resoluta venditione per allatam conditionem meliorem, necessario erogata restituere compellatur, licet emtor impendens sciverit a se facile addictum posse dominium abire, *l. Imperator* 16. *ff. de in diem addict.* Si denique fiduciario heredi, qui fideicommisso ex certo die gravatus est, reddi debeat quod in ædium exustarum instaurationem depensum est, tametsi sciebat se temporarium tantum dominium habere, *l. qui exceptionem* 40. §. *si pars* 1. *ff. de condict. indeb.* quidni eodem imo majori jure post resolutam ex enormi læsione venditionem emtor recuperet meliorationes, quas bona fide in rem, plenissimo perpetuoque dominii jure ex causa emtionis sibi quæsitam, a se factas docet? Ne dicam, parem hoc in casu rationem esse hujus sive actionis ex emto sive restitutionis ob enormem læsionem, quæ redhibitoriæ actionis est, in quantum utrobique ab initio dominum ea mente in emtorem translatum & ab eo acceptum fuit, ut apud eum perpetuo maneret, nunquam ab eo nisi ex nova voluntate novaque causa abiturum; utrobique tamen idem illud dominium postea ob detectam, quæ tempore venditionis ignorabatur, læsionem revertitur ad venditorem resoluta venditione; (nam & in emtione rei, quæ propter latens vitium ne emenda quidem per scientem fuisset, læsionem esse non ambigitur) & tamen actione redhibitoria non pretium tantum, sed & impendia in rem vitiosam facta per redhibentem recuperari, colligi potest ex *l. debet autem* 27. *l. illud sciendum* 29. §. *ult. l.* 30. §. 1. *l.* 31. *pr. ff. de ædilit. edict.* Confer Pinellum *ad l.* 2. *Cod. de rescind. vendit. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 1. *& seqq.* Garsiam *de expensis & meliorat. cap.* 18. *num.* 18. Fachineum *controv. lib.* 2. *cap.* 20. *in pr.*

9. Quia vero sæpe venditionis intuitu laudimia domini directi feudi & emphyteuseos, quadragesima aut alia pretii pars (*gabella* vulgo) fisco pendenda est; ac plerisque placet solutas fisco gabellas ob resolutam ex enormi læsione venditionem non posse repeti, licet ob rescissionem ex hac causa iterato solvendæ non sint, ut pote ex contractu, at non ex distractu debitæ: idemque nonnulli in laudimiis oportere statui arbitrantur, etsi alii dissentiant; de quibus vide Garsiam *de expens. & meliorat. d. cap.* 18. *num.* 46. *& seqq.* Pinellum ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 35. Gomezium *varior. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 31. consequens est, ut dicamus, toties, quoties fisco vel dominis directis pro venditione depensa post resolutam hoc remedio venditionem a fisco dominisve reddi non debent, venditorem emtori cum aliis in rem emtam erogatis hoc quoque oportere refundere, ut emtor indemnis sit, arg. *l. debet autem* 27. *in fine ff. de ædilit. edict.*

10. Fructus quod attinet, si quos medio tempore ante litem contestatam emtor perceperit, restituere non cogitur, sive jam consumti ante fuerint, sive litis contestatæ tempore etiamnum extiterint; cum eos emtor non ut possessor bonæ fidei, sed ex dominii jure, suos fecerit: uti ex adverso nec usuræ pretii restituendæ sunt, nisi a tempore litis contestatæ, sed magis cum fructibus penes emtorem remanentibus compensandæ, cum altum in *d. l.* 2. *C. h. t.* & in toto jure nostro, de fructuum aut usurarum restitutione post resolutam ex læsione enormi venditionem silentium sit; etiamsi propter rei ac pretii inæqualitatem fructus quoque non satis usuris ex pretio percipiendis plerumque respondeant. Nam si venditorem læsum ponas, & emtorem ab eo conventum prætulisse contractus dissolutionem, fatendum quidem, illum fructus retinentem plus probabiliter habiturum, quam si iisdem redditis vicissim pretii vilioris usuras reciperet; sed est, quod sibi læsus imputet, quod rei suæ pretium & tempore venditionis & toto tempore medio usque ad actionem motam ignoraverit, cum non potuisset tantum, sed & debuisset scire, juxta *l. quisquis* 15. *C. h. t.* Contra, si emtor in pretio circumventus sit, & ob id venditor conventus ab emtione recedere maluerit, postquam diutius pretii majoris habuerat usum, & ita usuras inde majores lucrari potuit, quam fructuum perceptorum utilitas apparet, est, quod & hoc damnum suæ culpæ propriæ emtor acceptum ferat, quod non maturius verum rei jam suæ effectæ, pretium didicerit, ac quantocius hoc legis secundæ remedio expertus sit: si ut utrobique locum inveniat illud, eum, qui damnum sua culpa sentit, dum non mature, utitur legum auxilio adversus læsionem comparato, non intelligi damnum sentire, *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris.* Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 24. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 24. Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 7. *error.* 7. *n.* 1. Merenda *controv. lib.* 1. *cap.*

46. Pinellus *ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. cap. 4. n. 1. & seqq.* Mynsingerus *cent. 4. observat.* 37. *n.* 8. Parladorius *rerum quotid. lib. 2. cap. fin. part.* 5. §. 16. *n.* 12. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 12. *in fine.* Neque hanc evertit sententiam argumentum ab addictione in diem petitum ex *l. ubi autem* 4. §. *idem Julianus* 4. *l. item quod* 6. *ff. de in diem addict.* cum illic emtio tota resolvatur vi pactionis ab initio ex venditoris simul ac emtoris voluntate appositæ, atque ita tantum revocabile dominium fuerit emtori quæsitum; quorum neutrum in nostro casu est; ut proinde diversa sit ratio. Non etiam adversatur, quod & in redhibitoria actione res cum fructibus ac pretium cum usuris reddi debeat, *l. illud sciendum* 29. §. *condemnatio* 2. *ff. de ædil. edict.* & tamen non minus illic, quam hic, vitiosæ rei irrevocabile dominium initio inspecto in emtorem translatum sit, ac æque propter læsionem invito venditore ab emtione discedatur. Tametsi enim in eo tertio convenientia est, differentiæ tamen ratio, quantum ad quæstionem præsentem, in eo apparet, quod in actione redhibitoria neutrius culpa est, aut saltem facile abesse potest; dum vitium latens erat, cujus & in emtore & in venditore justa ignorantia est; atque insuper vitium tale, ob quod emtor, si scivisset, emturus non fuisset: ut proinde justum quoque fuerit, in totum ita resolvi, venditionem, ac si nunquam intercessisset; id vero tum quam maxime sit, cum & res cum fructibus & pretium cum usuris reddit. At nostro in casu semper in contrahendo temeritas est & culpa ignorantis verum rei suæ pretium, quod & consultis peritioribus scire potuit, & ex legum præcepto ignorare non debuit, *d. l. quisquis* 15. *C. h. t.* atque insuper non simpliciter ad rescissionem ex læsione contenditur, uti quidem redhibitoria actione, sed magis alternatim, juxta *d. l.* 2. *C. h. t.* ut mirum non sit, electa per reum contractus resolutione non adeo plenam fieri restitutionem respectu fructuum, emtoris sæpe cura singulari atque industria perceptorum. Leve vero est, quod ajunt, ad minorem adversus venditionem restitutum una cum re & fructus redire, *l. quod si minor* 24. §. *sed & si* 4. *ff. de minor.* 35. *annis*, alienatione prædiorum pupillarium sine decreto facta, ac propterea ipso jure inutili, prædiorum pariter & fructuum repetitionem esse, *l.* 1. *C. si major factus alien. rat. habuerit*, & quæ sunt alia his similia. Cum & minorum restitutionem causa favorabilior sit, quam majorennium; & facilius fructuum restitutio imponatur, ubi ipso jure venditio nulla est, & ita emtor nullo munitus titulo, fructus non ex sua sed pupillari re collegit.

11. Ex eo autem, quod neque fructus rei, neque usuræ pretii restituenda sunt, sponte sequi videtur, etiam tunc, cum reus iniqui pretii elegit emendationem, nec ejus quod ab emtore supplendum, nec ejus quod per venditorem reddendum, usuras ratione temporis litem contestatam antecedentis deberi, præsertim si consideremus, nullam penitus obligationis usurariæ causam esse. Lege enim secunda *C. h. t.* non aliud dispositum, quam ut venditor id, *quod justo deest pretio, ab emtore recipiat.* Conventionem deesse, in aperto est. Moram ex persona haud intercessisse constat, quamdiu interpellatio facta non est. Nec denique ulla mora ex re subesse dici potest, unde usuræ præstandæ forent, ubi secundum ante probata ad fructuum interim ex re vendita perceptorum restitutionem emtor devinctus non est arg. *l. curabit præses* 5. *C. de act. emti.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 14.

12. Ceterum, tametsi in *d. l.* 2. *C. h. t.* tantum *fundi* mentio est, tamen & in ædibus, & mobilibus pretiosioribus distractis, (non item simplariis seu vilibus) huic remedio locum esse, communiter obtinuit; tum quia in *pr, d. l.* 2. generalius proponitur *rei majores pretii* minoris distracta; tum quia & in rebu pupillaribus non sine decreto alienandis mobilia pretiosa immobilibus exæquata sunt, tanquam talia, in quibus æque ac immobilibus læsio gravis minoribus evenire posset, *l. lex, qua tutores* 22. *C. de administrat. tut.* tum denique, quia æque in mobilibus majoris momenti, ac in immobilibus, æqualitati in commerciis desideratæ læsio ultra dimidium interveniens adversatur, neque ratio naturalis aut æquitas patitur, in gemma decem millium læsionem ultra dimidium, adeoque ultra quinque millia, sine remedio esse, in prædiolo aureorum centum ob læsionem quinquaginta duorum rescissionem aut saltem emendationem iniquitatis impetrari, Argentræus ad *consuet. Brittann. art.* 282. *lit. F.* verbo, *pour deception.* Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *de resciss. contract. gloss.* 15. *n.* 34. & 36. Pinellus *de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 17. Parens p. mem. Paulus Voet *de natura mobil. & immobil. cap.* 20. *n.* 6.

13. Quamvis etiam venditionis solius meminerit *d. l.* 2. *C. h. t.* legis tamen istius remedium per Doctores ad omnia bonæ fidei judicia, in quibus similis iniquitatis manifestæ reprobandæ ratio reperitur, productum est; & merito: nam & ante *d. l.* 2. læsis enormiter in societate, in dote similibusque succursum fuit, *l. in proposita* 78. *l.* 79. *ff. pro socio, l. jure succursum* 6. §. *ult. ff. de jure. dot.* & iidem Imperatores Diocletianus & Maximianus, *qui d. l.* 2. auctores sunt, generalius rescripserunt, *in contractibus, qui bonæ fidei sunt, etiam majoribus officio judicis, causa cognita, publica jura subvenire*, *l. in contractibus* 3. *C. quibus ex causis majores in integ. restit. debere in bonæ fidei judiciis quod inæqualiter factum est in melius reformari*, ideoque majoribus etiam per fraudem vel dolum, vel perperam sine judicio factis divisionibus solere subveniri, *l. majoribus* 3. *C. commun. utriusque judicii*, confer *tit. familiæ ercisc. num.* 35. Cum ergo permutatio emtioni proxima sit, arg. *l.* 1. *pr. ff. de contrab. emt.* §. *item pretium* 2. *Inst. de emt. vend.* uti & locatio conductio, quippe iisdem, quibus emtio, regulis nitens, *pr. Instit. de locat. conduct.* atque etiam datio in solutum emtionis vicem obtineat, *l. si prædium* 4. *C. de evictien.* ac denique emphyteusis ad emtionem pariter ac locationem proxime accedat, §. *adeo autem* 3. *Inst. de locat. conduct.* æquum fuerit, in his quoque omnibus remedio *d. l.* 2. locum dari; ut latius Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. p.* 1. *c.* 3. Mozzius *de contract. de emtione vend. cap. ult. quibus casibus annulletur emti n.* 18. Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *in fine.* Zoesius *ad Pand. h. t. n.* 17. & *seqq. ad n.* 26. Perezius *C. h. t. num porro licet* 16. eo excepto, quod in beneficiorum ecclesiasticorum permutationibus illud a DD. reprobatum fuit, dum beneficiorum istorum fieri nequit citra simoniæ crimen, sine æstimatione vero nulla enormis læsio doceri po-

test, aut emendari, Covarruvias *lib.* 1. *var. resol. cap.* 3. *n.* 8. *post. med.* Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 16. Rebuffus *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de resciss. contract. gloss.* 15. *n.* 9. 10.

14. In commodato, deposito, similibusque ab emtione multum distantibus, necnon in stricti juris negotiis, hoc remedium non admitti, communiter placuit ex juris Romani principiis. Licet enim bona fides pati non videatur in stricti juris conventionibus læsionem ultra dimidium, nec eam in istis jus civile probaverit; toleravit tamen, dum voluit judicem in iis in judicando inspicere ac sequi id quod actum est, non quod ex æquo & bono agi debuerat, *l. quicquid adstringendæ* 99. *ff. de verb. oblig. tit. Inst. de oblig. ex consensu in fin.* cum ex adverso in bonæ fidei judiciis laxiorem judici indulserit potestatem æstimandi ex bono & æquo, tantum alteri præstare oporteat, licet id in conventionem deductum non sit §. *in bonæ fidei* 30. *Inst. de action. d. tit. Inst. de oblig. ex consensu*, adeoque etiam officio suo emendandi manifestam, quæ in contrahendo intervenisset iniquitatem, *l. in proposita* 78. 79. *ff. pro socio l. in contractibus* 3. *C. quibus ex causis majores.* Quamvis de cetero in ipsis etiam bonæ fidei judiciis læsionem, quæ dimidia minor est, toleratam fuisse, non item probatam, expeditum sit; dum licuit quidem contrahentibus in pretio se circumvenire, *l. in causa* 16. §. *idem* 4. *ff. de minor.* 25. *annis*, at non omne quod licet, honestum fuit, *l. non omne* 144 *ff. de juris.* Sed cum nostris moribus invaluerit notabiliores illas Romani juris inter actiones bonæ fidei & stricti juris differentias sublatas esse; atque insuper non actione ex emto bonæ fidei, sed restitutionis imploratione, pro læsione enormi læsum oportere experiri; non mirum, quod a nonnullis scriptum invenitur, in omnibus omnino, atque ita etiam in stricti juris negotiis nunc huic remedio locum dari, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *c. ult. n.* 7. 8. 9. 10. Leeuwen *cens. for. p.* 1. *lib.* 4. *tit.* 44. *n.* 2. usque adeo, ut nec transactionem dispositioni *d. l.* 2. subductam velint. Quorum tamen sententiæ quo minus ratione transactionis accedam, faciunt ea, quæ *tit. de transact. num. ult.* scripta sunt: tametsi transactionem aliis nonnullis ex causis rescindi posse, *eodem titulo num. pen.* probatum est.

15. Considerandum interim, multis in casibus etiam in bonæ fidei negotiis *d. legis secundæ* beneficium denegari. Etenim nec in hereditate vendita locum sibi vindicat, sive *incertum* hereditatis distractum sit, sive simpliciter hereditatis venditio facta fuerit, *l. quod si in* 10. *l. qui filiifam.* 14. §. 1. *ff. de hered. vel act. vendita*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 15. Joh. Papon *lib.* 10. *tit.* 3. *art.* 18. Nec in alea emta, veluti jactu retis similibusque, *l. nec emtio* 8. §. 1. *ff. de contrah. emt. l. ex emto* 11. §. *ult. l.* 12. *ff. de action. emti*, arg. *d. l. quod si in* 10. *de heredit. vel act. vend.* Quo & reducenda venditio eorum omnium, quorum incerta utilitas, proventus incertus est; veluti, si lapicidinarum metalli fodinarum aperiendarum, lapidumque ac metallorum inde educendorum jus certo pretio comparatum sit, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 16. Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 4. *n.* 9. 10. 11. Nec non venditio fructuum ex certo fundo nasciturorum, ob incertum plane fructuum proventum, & provenientium valorem, arg. *l. si ea leg.* 17. *C. de usuris*, uti &, si fructuarius suum vendiderit usumfructum, convenienter *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Sande *d. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 16. *post. med.* vel si reditus vitalitius distractus sit, eo quod incertus omnino vitæ humanæ singulis in hominibus exitus est: vel denique per *assecurationem* vulgo dictam periculum mercium receptum fuerit, Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 23.

16. Cessat præterea, quoties testator testamento jussit, rem certo vendi pretio, sed quod dimidiato minus est, *l. si cui legetur* 49. §. *ult. ff. de legatis* 1. sive enim justum sciverit rei pretium, videri potest id, quod amplius in vero pretio est, emtori legasse: sive contra ignoraverit, error ille non impediet, quo minus voluntas ejus effectum sortiri debeat, quia exitum habere potest, arg. §. *si quis rem suam* 11. *Instit. de legatis*, Pinellus *ad l.* 2. *Cod. h. t. par.* 1. *cap.* 1. *num.* 19. Mozzius *de contract. de emt. vendit. par. ult. num.* 16. *in med.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap. ult. num.* 12. ibique Groenewegen *in notis.* Non etiam locum habet *d. l.* 2. remedium, si auctione publica ex decreto judicis judicati exsequendi causa venditio facta sit; quo casu in Hollandia ne tunc quidem ad hoc remedium pateret aditus, cum Ecclesia vel pupilli creditores sunt, in quorum gratiam executio fit; cum solis succurratur minoribus, si res eorum oppignoratæ solemniter distractæ sint, & enormis deinde læsio appareat, *l. si ex causa* 9. *pr. ff. de minor.* 25. *annis*, *l.* 1. *Cod. si adversus vend. pign.* Neustadius *curia supr. decis.* 75. Grotius *d. lib.* 3. *cap. ult. num.* 11. Groenewegen ad *l.* 16. *C. h. t.* & *ad l.* 13. *C. de eviction.* Imo, si fiscus pro debitis fiscalibus distractionem bonorum ad debitores pertinentium sub hasta fecerit, ne minorennibus quidem debitoribus adversus talem venditionem succurri debere, rescriptum fuit, *l. quæcunque pro* 5. *in fine Cod. de fide & jure hastæ fiscalis.* Adde *l. si deserta* 2. *C. si propter pensit. public.* Nisi per apparitores & executores distractionem facientes fraus & collusio, atque adeo gratiosa venditio ac addictio facta sit; quippe quam neque in minorennium neque in majorennium præjudicium ratam esse oportere, jubet fraudis impatiens bonæ fidei negotiorum, ac præcipuæ venditionis natura. Et de hac ambitiosa ac mala fide inita venditione agit *l. si quos debitorum* 16. *C. h. t. l. duplex ratio* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.* Adde tamen *tit. de distract. pign. & hypoth. num.* 8. Quod si auctione quidem publica, sed sine interventu solemnium hastæ fiscalis, sine decreto judicis, ex libera domini voluntate, licet urgente æris alieni necessitate, res venditæ sint, magis est, ut etiamnum remedium *legis* 2. admittendum sit: quamvis enim plerumque res tanti valeat, quanti publice vendi potest, tamen & in auctione publica gravem subinde læsionem inferri, imo emtores licitantes in totum deficere, qui justa offerant rerum pretia, colligi potest ex iis, quæ occurrunt in *l. ult. Cod. de jure domin. impetrando*, *d. l.* 16. *C. h. t. l.* 2. *C. de fide & jure hastæ fiscalis.* Confer Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 37. & *seqq.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 4. *defin.* 12. Parladorium *rer. quotidian. lib.* 2. *cap. fin. part.* 5. §. 16. *num.* 10. 11. Rebuffum *ad constit. reg. tom.* 2. *tract. de resciss. contract. gloss.* 15. *num.* 37. 38. Sed &, si judicis decreto fa-

ctam proponas venditionem rerum ad minores pertinentium, remedium *legis secundæ* admitti æquum est; cum decreto tali læsionis occasio nequaquam tollatur, sed tantum definiatur, justam venditionis permittendæ causam subesse, *l. si quidem* 11. *Cod. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alienand.*

17. Denegandum insuper hoc juris remedium illis, qui justum seu verum scientes rei pretium, tamen vel infra dimidium ejus rem suam vendiderunt, vel alienam compararunt oblato supra verum amplius quam dimidiato. Etenim neque de damno neque de injuria queri potest, cum sciens prudensque nemo fallatur, sed magis se ipsum decipiat, nec injuria volenti ac consentienti fiat, *l. nemo videtur* 145. *ff. de reg. juris*, *l.* 1. §. *usque adeo* 5. *ff. de injuriis*, *l. cum donationis* 34. *Cod. de transaction. l. ea quæ commendandi* 43. *ff. de contrab. emt.* neque damnum intelligatur esse, quod quis sua culpa sentit. *l. quod quis ex culpa* 203. *ff. de reg. juris.* Et certe, si de dolo non possit excipere in emtione, qui tempore eo, quo contrahebat, fraudis ignarus non erat, *l. venditor* 11. *C. h. t.* si ad pretium numerandum compelli possit, qui sciens emit domum exustam, & emtio stare debeat, *l. domum* 57. §. *simili* 2. *ff. de contrab. emt.* si ita demum ei, qui alienationem sui prædii, sine decreto ac pretio viliore tempore minorennitatis factam, ratam habuerat major factus, subveniatur, cum inconsulto errore lapsus id fecit, *l.* 1. *C. si major factus alienat. rat. hab.* si denique per errorem quidem dati repetitio, consulto autem dati donatio sit, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur. l. si non sortem* 26. §. *qui filiofam.* 8. *ff. de condict. indeb.* rationem non animadverto, cur audiendus esset de læsione excipiens, qui tempore contractus læsionem scivit; ac non potius ob istam scientiam credendus esset donationis causa minoris distraxisse; quod fieri posse ambiguum non est, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emt.* Nec est, quod quis existimet, inutile tunc futurum *d. l.* 2. beneficium, quisque debet suarum scire rerum pretia, atque adeo hæc ignorans in culpa hæret, *l. quisquis* 15. *C. h. t.* Etenim primo quidem difficultas illa demum premit eo casu, quo venditor, non quo emtor, læsus est. Sed & secundo nec in venditorem satis stringit; nam etsi quædam venditoris culpa sit rerum propriarum vires ac pretia ignorare, ac propterea adversus læsionem dimidia minorem non succurratur, *d. l.* 15. *C. h. t.* tamen, si enormis læsio appareat, leges erranti ac de damno evitando certanti magis, quam lucrum enorme captanti favent, arg. *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 1. *cap.* 56. & alios ab eo citatos, Covarruviam *lib.* 2. *varior. resol. cap.* 4. *num.* 2.

18. Scientibus pretium verum, & tamen ultra dimidium læsis, non admodum dissimiles videntur, qui, cum contractus tempore errarent in pretio, huic tamen *legis secundæ* remedio renunciaverunt; quibus proinde actiones suas remittentibus non est dandus ad eas regressus, arg. *l. quæritur* 14. §. *si venditor* 9. *ff. de ædilit. edicto*, cum expeditum sit, unumquemque his, quæ pro se introducta sunt, posse renunciare, *l. pen. C. de pactis*, si modo specialis renunciatio sit, arg. *l. sed & si* 4. §. *quæsitum* 4. *ff. si quis caut. in jud. sist. causa factis*, Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 25. 26. Fachinéus *controvers. lib.* 2. *cap.* 20. *circa fin.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 11. Petexius *C. h. t. num. præterea* 17. 18. Ut tamen & tunc specialis intelligi debeat renunciatio intervenisse, cum id inter contrahentes actum est, ut quicquid infra aut supra justum pretium apparuisset datum, pro donato haberetur: neque enim dubium est, viliori pretio donationis causa factam venditionem valere, *l. si quis donationis* 38. *ff. de contrab. emt.* in donatione autem huic legis secundæ remedio locum non esse, inter omnes constat; cum tota donatio, in se spectata, læsio atque *perditio* sit, arg. *l. in summa* 65. §. *id quoque* 2. *ff. de condict. indeb.* junct. *l. filiusfamilias* 7. *pr. ff. de donationibus*, usque adeo, ut ne in donationibus quidem sub modo admitti debeat, dum forte quis omnia sua donavit ea lege, ut modicum annum ei, donec vixerit, donatarius præstet. Vide Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 4. *defin.* 17. Et sane, ni ita statueris, adjectione illa, de donando eo quanto pluris minorisve res valet, impediri, *legis secundæ* dispositionem, futurum erit, ut nihil plane clausula talis operatura sit, cum & sine clausula ista pro donato ac perdito haberi debeat, quoties læsio dimidia minor est. Non faciente in contrarium eo quod a Fachineo *controv. lib.* 2. *cap.* 19. *in pr.* aliisque urgetur adjectionem illam *plurisve* non infinitam pecuniam continere, sed modicam, & ad minutulam summam referri, *l. hæc adjectio* 192. *ff. de verb. signif.* considerandum enim, nullam illic de donationis proposito aperta professione, nec de venditione donationis causa minori pretio facta mentionem esse, sed ad alias adjectionum ac pactionum species legem istam pertinere. Adde Covarruviam *var. resol. lib.* 2. *cap.* 4. *num.* 6.

19. Quod si post læsionem res vendita sine culpa emtoris extincta sit, emtori quidem ultra dimidium decepto hactenus succurrendum erit, ut id recuperet, quod supra justum pretium ab eo solutum est; cum natura æquum non sit, venditorem cum emtoris detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* nec jure venditor excipere possit, non amplius sibi post rei interitum superesse electionis beneficium a *d. l.* 2. datum, utrum pretium ad æqualitatem reducere malit, an a venditione in universum resilire; eo quod gratulari potius sibi debet, non sibi, sed emtori, rem periisse, justumque penes se peremtæ rei pretium remanere. At si venditor læsus sit, magis est, ut post rei interitum *legis secundæ* beneficium haud admittatur; cum sufficere venditori debeat, quod quale rei pretium nactus sit, cui alioquin tanquam domino, non facta venditione, res tota periisset, arg. *l. si res æstimata* 12. §. 1. *ff. de jure dotium.* Nisi prior emtor pluris distraxerit; quippe quem cum venditoris damno lucrum captare ac locupletari durum foret, præsertim cum in pretio isto majore rem ipsam videatur habere, Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 18. *in med.* Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescin. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 36. *& seqq.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 30. dissentit emtoris læsi intuitu Mozzius de *contract. de emtione part. ult. num.* 16. Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 22. *post med.*

20. Illud expeditum videtur, emtorem læsum ad hoc devenire non posse juris remedium, si rem emtam rursus alteri vendiderit ac tradiderit; eo quod

jam sua voluntate, factoque proprio, negotium ad eum perduxit statum, ut venditori non ultra supersit eligendi facultas a lege data, an emtionem dissolvere malit, an pretii inæqualitatem emendare, Gomezius *d. tom. 2. var. resol. cap. 2. n. 22. post. med.*

TITULUS VI.

De Periculo & Commodo rei venditæ.

SUMMARIA.

1. *Quid sit periculum rei venditæ? Pertinet illud ad emtorem, licet res necdum tradita sit. Respondetur objectionibus.*
2. *Venditor regulariter præstat culpam levem. Quando præstet levissimam? Quando casum fortuitum? Quando tantum dolum & latam culpam? Quid juris, si prius emtor in mora recipiendi, dein venditor in mora tradendi fuerit, & viceversa?*
3. *Quid juris circa periculum, si res duæ alternative sint venditæ? Si vinum & res similes vel simpliciter vel ad gustum sint vendita, quando ad emtorem incipiat pertinere periculum acoris, &c. per distinctiones explicatur, ubi & de doliorum significatione. Quid venditor agere debeat, si nullum degustationi tempus appositum sit? Quid juris, si per emtorem vel per venditorem steterit, quo minus vinum intra tempus adjectum degustatum sit?*
4. *Non semper pari passu ambulat periculum quantitatis in fungibilibus. An & quando periculum corporis rerum fungibilium ad emtorem pertineat? ubi de rebus fungibilibus per aversionem venditis, & qualem tunc custodiam venditor in iis præstet, & quo usque? Quid juris, si fungibiles res ad quantitatem venditæ sint? Quando tunc admensio facienda sit? An, si emtor in mora sit, venditori liceat vinum venditum effundere periculo emtoris? quid moribus?*
5. *Ad quem spectet periculum rerum sub conditione venditarum?*
6. *Moribus nostris adhuc servatur decisio juris Romani circa periculum rerum, etiam immobilium, quamvis requiratur in hisce solemnis traditio coram lege loci. Si apud nos ædes sunt venditæ media forte hieme, addito pacto, ut demum solemniter tradantur initio Maji, periculum usque ad tempus expressum pertinet ad venditorem; licet forte traditio solemnis maturius sit interposita.*
7. *Ad quem spectet periculum, si res subhastatæ perierint pendente subhastatione?*
8. *Emtorem gravant omnia onera realia venditæ rei inhærentia, etiam in præteritum debita; nec valet pactio in contrarium. Exceptio est, si fiscus vendat prædia debitorum fiscalium. Non transit in emtorem onus annuæ præstationis, quæ per venditorem ex fundo vendito promissa est alteri personæ vel fundo; nisi fundus solemniter eo onere affectus sit.*
9. *Commodum omne rei venditæ ad emtorem statim a perfecta venditione pertinet, quod exemplis alluvionis, actionum rei venditæ intuitu quæsitarum, fructuum, & similium, explicatur. Cui cedant pensiones, si res vendita elocata fuerit, per distinctiones traditur.*
10. *An arbores, quæ post inspectum prædium ante perfectam venditionem ignorante emtore sunt vento dejectæ, emtori præstandæ sint? Quid juris, si ex duabus rebus simul uno pretio emtis una perierit ante venditionem?*

1. Quamvis in jure frequenter eadem lucri & damni, periculi ac commodi ratio sit, seorsim tamen de utroque, quantum ad res venditas attinet, tractari expedit. Periculi nomine hic venit omne incommodum, quod rei venditæ supervenit, veluti, homini vel animali vendito mors, fuga, vulnus; agro chiasma; ædibus incendium, ruina; navi naufragium; vino mucor, acor, effusio, omnibus denique corruptio, depravatio, interitus, interversio. Spectat autem regulariter ad emptorem omne periculum, quam primum consensu venditio perfecta est, etiamsi res vendita necdum sit tradita, aut pretium numeratum; quippe quod & post interitum rei ab emtore numerandum foret, *l. quod sæpe* 35. *§. si res vendita* 4. *ff. de contrah. emt. §. quum autem* 3. *inst. de emtione vendit. l. id quod post* 7. *l. necessario* 8. *ff. h. t. l.* 1. *l. cum inter* 4. *l. ult. C. h. t.* Gomezius *var. resol. tom. 2. cap. 2. num.* 32. Carpzovius *defin. for. part. 2. const.* 26. *defin.* 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 41. *defin.* 8. *in pr.* Wissenbach *ad Pand. vol.* 1. *disput.* 35. *num.* 27. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 56. Quamvis enim plerumque res suo pereat domino, *l. pignus* 9. *C. de pignorat. act.* & a venditore ante traditionem dominium rei non recedat, *§. quum autem* 3. *in fine inst. h. t.* arg. *l. ex emto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. de act. emti;* non tamen eo minus periculum ante traditionem ad emtorem pertinet; tum quia eum etiam omne rei commodum sequitur, *d. l.* 7. *ff. h. t. d. l.* 1. *C. h. t.* arg. *secundum naturam* 10. *ff. de reg. juris,* tum quia statim a perfecta venditione venditor incipiat esse speciei debitor, quem rei interitu liberari placuit, *l. si ex legati* 23. *ff. de verb. oblig. l. pen. ff. de solution. l.* 1. *§. ult. in fine ff. h. t.* Nec hic adversatur *l. lectos* 12. *l.* 13. *l.* 14. *ff. h. t.* cum illic ante traditionem damnum ab ædili lectis in via publica positis illatum ad venditorem spectet, quia in culpa erat, quod non domi eos, donec traderentur, asservaverit, sed in publica via positos habuerit: tametsi enim culpa ædilis argui potuit, quod eos non jure consciderit, adeo ut & ex lege Aquilia ob id agi cum eo potuerit, non tamen propterea venditor culpa vacuus fuit, dum eos in via publica ponendo, injurioso ædilis facto causam præbuit, arg. *l. verum est* 39. *ff. de furtis.* Minus obest *l. quod si neque* 14. *§.* 1. *ff. h. t.* Non enim ibi de specie vendita, sed *materia* sermo est, certo scilicet trabium numero ex majore trabium quantitate distracto, ac per signationem eligendo. Sed nec contrarium dictis est responsum Africani in *l. si fundus* 33. *ver. nam & si vendideris ff. locati.* Etenim legis illius sententia exemplum invenire potest in fundo tacite per fideicommissum incapaci relicto, qui cum ob id fisco cedere deberet, & necdum per fiscum vindicatus esset, ab incapace, (qui forte possessionem ejus nactus fuerat) venditus traditusque fuit Titio in bona fide posito, ac fideicommissi taciti ignaro prorsus, iterumque per Titium distractus Sempronio, mox fisco vindicatus, atque ita publicatus, tradi non potuit: cum ergo sine Titii culpa traditio impedita esset, & ta-

men res ipsa in se vitium illud haberet, quod publicationi esset obnoxia, merito scriptum ab Africano, venditorem ex emto teneri hactenus, ut pretium restituat, non etiam ut amplius præstet id quod interest; sicut id in redhibitoria ex ædilitio edicto ob vitium latens fieri consuevit, *l.* 1. *C. de ædilit. action.* junct. *l. Julianus* 13. *ff. de act. emti.* Sed & secundo non perperam *legem illam* 33. acceperis de fundo tali, qui ab hostibus a populo Romano captus, ad tempus pristino fuerat relictus possessori, sed postmodum publica urgente necessitate vel utilitate publicatus; uti id fieri potuisse, colligi potest ex *l. Lucius Titius* 11. *ff. de eviction. l. item si verberatum* 15. §. *item* 2. *ff. de rei vindic. l. in agris* 16. *ff. de acquir. rer. domin.* cum ergo venditor ad tradendum hujusmodi fundum a se venditum obstrictus, hanc impedire non posset in publicum redactionem, iniquum erat, eum ad id quod interest emtori condemnari; sed quia sic quoque res ipsa vendito in se quandam vitii habebat speciem, quod nempe ad nutum Principis publicari posset, nec venditor emtorem hujus rei monuerat, ad pretii restitutionem simpliciter tenetur: exemplo eorum, qui ob vitium latens ex ædilitio edicto ad pretium reddendum devincti sunt, ut ante dictum. Nec explicationi huic obstat, quod in *d. l. Lucius Titius* 11. *ff. de eviction.* emtor dicitur post publicationem ad pretium solvendum adhuc obligatus esse. Vendita enim ibi proponatur prædia talia, quæ *in Germania trans Rhenum* sita erant, adeoque tali in loco, ut emtor etiam non monitus scire facile potuerit, hujusmodi prædia publicationi obnoxia esse, ac proinde deceptus videri nequeat, quasi istam ignorasset emtæ rei conditionem. Ultra Rhenum certe instabilem fuisse Romanorum dominationem, ex Historiis manifestum est; unde & missis a Cæsare nunciis ad Germanos, petituris ut dederentur, qui Galliæ bellum intulissent, responsum per eosdem, *populi Romani imperium Rhenum finire; si se invito Germanos in Galliam transire non æquum existimaret, cur sui quicquam esse imperii aut potestatis trans Rhenum postularet?* teste Julio Cæsare *de Bello Gallico lib.* 5. *pag. mihi* 136.

2. Licet autem emtoris periculo res sit, venditor tamen ante traditionem in ea asservanda dolum latam ac levem culpam præstat, convenienter regulæ culpam levem exigenti in negotiis ac contractibus, in quibus utriusque utilitas vertitur, *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati, l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. juris, l. quod sæpe* 35. §. *si res* 4. *ff. de contrah. emt. l. si vendita* 11. *ff. h. t.* De damno levissima culpa dato obstrictus non est; nisi custodiam adeoque diligentiam in asservando exactissimam in se receperit. §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vend.* multoque minus de casu fortuito, aut tertii facto, *l. pen. C. h. t. d. l.* 11. *ff. h. t.* arg. *l. sed de damno* 41. *ff. locati, l. ad eas* 19. *ff. commodati.* Unde, si res, cujus custodiam venditor in se receperat, vi vel furto ablata vel corrupta a tertio sit, non ultra venditor tenetur, quam ut actiones furti & similes emtori cedat, periculo & arbitrio emtoris exercendas, *l. si ea res* 31. *ff. de action. emti, d.* §. 3. *in fine instit. de emt. vendit.* Plane, si & casu fortuito in se venditor receperit, non dubium, quin & eum præstare debeat, sive certam casus fortuiti speciem expresserit, sive per pactum se causi cuicunque reddiderit obnoxium, *l.* 1. *ff. h. t.* dummodo meminerimus, tunc non id, quod vulgo sit, sed magis insolitos & præter consuetudinem evenientes fortuitos casus videri susceptos, *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* Brunnemannus ad *d. l.* 78. §. *ult.* Sed &, si in mora tradendi fuerit venditor, casus postea supervenientis periculum ad eum spectat, *l. cum inter* 4. *C. h. t.* quoties res non eodem modo fuisset apud emtorem peritura, ut plenius probatum *t. de rei vindicat. n.* 34. Quemadmodum e contrario de sola culpa lata doloque venditor conveniri potest, si in recipienda re vendita per emtorem ipsum mora facta sit, *l. illud* 17. *ff. h. t.* Quod si & emtor & venditor moram adhibuerit, posterior mora purgabit priorem, nocebitque vel emtori vel venditori, qui posteriorem moram fecit, *d. l.* 1. *ff. h. t.* rejecta, Labeonis sententia, qui posita utriusque mora, sine temporis distinctione moram emtori nocere credidit; cujusque opinio proponitur quidem in *l. si & per* 51. *ff. de act. emt.* Sed, cum ibi nec probata esset, a Pomponio tamen postea notata penitus ac rejecta fuit in *d. l.* 17. *ff. h. tit.*

3. Fallit quoque regula superius tradita, secundum quam periculum statim a consensu interposito in emtorem transferunt, si res duæ alternatim sint venditæ, puta *Stichus aut Pamphilus*; quatenus ante traditionem uno mortuo, qui superest, dandus est, unde fit, ut prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emtorem respiciat; & utroque pariter pereunte, unus tantum periculo emtoris sit; sive emtori sive venditori ex alternative venditis eligendi potestas data fuerit, *l. si in emtione* 34. §. *si emtio* 6. *ff. de contrah. emt.* Sed & in rebus fungibilibus, veluti vino, oleo, tum ad gustum, tum ad mensuram divenditis, exceptio est; quod ut evidentius appareat, paulo altius res repetenda. Gustum quod attinet, videndum, an vinum (idem de rebus aliis degustari solitis judicium esto) simpliciter ac sine ulla degustandi conditione, adeoque *per aversionem* ratione gustus emtum sit, an vero ad gustum. Si sine gustandi conditione (quod raro fit) statim a consensu utrimque interposito, etiam ante ullam admensurationem, periculum acoris & mucoris ad emtorem pertinet, quia, sive non degustavit, sive degustando male probavit, de se queri emtor debet: adeoque liberabitur venditor, admetiendo postea vinum, quod acuit, aut alio quocunque modo, salvo vini corpore, sine venditoris culpa vitiatum corruptumve fuit; nisi venditor, cum intelligeret, non duraturam bonitatem vini usque in eum diem, quo tolli deberet, ejus rei non monuerit emtorem, *l. si quis vina* 4. §. *si aversione* 1. *l. si vina* 15. *ff. h. t. l. sicut* 12. *pr. C. de act. emt.* vel periculum acoris mucorisque, aut alterius vitii supervenientes, ad certum tempus in universum in se susceperit, *l.* 1. *ff. h. t.* arg. *l. fistula* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* vel vinum ita venditum ex eo vitium contraxerit, quod venditor de bonitate ejus duratura quid affirmaverit, ac vinum non casu externo, sed sua natura, corruptum fuerit, *d. l.* 15. *ff. h. t.* vel denique venditor vinum eo modo distractum non bene custodiverit usque ad tempus, ad quod ex pacto vel lege custodire obstrictus, *l. si quis vina* 4. §. *ult. ff. h. t.* Si vero ad gustum, periculum acoris & mucoris ad venditorem pertinet, donec emtor degustaverit, ac gustando probaverit, deinde ad emtorem transit; nisi & hic venditor emtorem mone-

re neglexerit, sciens bonitatem vini usque ad tempus tollendo vino præfinitum haud duraturum, *d. l.* 4. §. 1. *d. l.* 15. *ff. b. t.* junct. *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrab. emt.* Neque interest, utrum emtor dolia signaverit, nec ne; non enim signatio ante degustationem, cum ex pacto fieri deberet, acoris periculum in emtorem transfert; quippe quæ magis, ne submutatio fiat, creditur intervenisse, *l.* 1. §. *si dolium ff. b. t.* Liberum autem emtori est quandocunque degustare, si nullus degustationi faciendæ dies adjectus sit, *d. l.* 4. §. 1. *ff. b. t.* Ut tamen, ne in infinitum degustandi licentia extendatur; post temporis modici lapsum venditor denunciare emtori possit, ut degustando vinum venditum probet aut improbet, ideo ut, eo moras diuturniores nectente, venditor ab obligatione deinceps liber fiat, & impune vinum idem alteri vandat; ne alioquin ex protelata nimis diu degustatione vinum corrumpatur, atque ita venditor ex mora emtoris damno hæreat, arg. *l.* 1. §. *ult. l.* 4. §. *ult. ff. b. t.* Quod si degustationi faciendæ dies appositus sit, nec tamen intra illud tempus degustandum fuerit, si quidem steterit per venditorem, etiam post diem gustui præfinitum periculum acoris & mucoris ad venditorem spectat, ne ex mora propria a periculo rei liber fiat; atque insuper post diei lapsum obligatus manet, ut patiatur emtorem degustare, ac gustando probare; cum absurdum futurum esset, aliquem per moram suam invito adversario ab obligatione liberari, *d. l.* 4 *pr. ff. b. t.* Si vero per emtorem venditor ab obligatione liber est, nec, postquam dies degustandi præteriit, ultra tenetur emtori præstare degustandi probandique facultatem, quasi per emtoris factum deficiente venditionis conditione. Non enim assentiendum videtur Struvio *ad Pand. b. t. n.* 101. existimanti, post diem gustationi dictum periculum ad emtorem in mora degustandi hærentem transire. Qua enim obsecro ratione, quove jure, periculum videri posset post lapsum diei in emtorem translatum, ubi nulla venditio perfecta apparet? perfecta vero haudquaquam dici potest, quæ usque adeo ex degustandi conditione suspensa est, ut ne gustu quidem interposito perfecta intelligatur, nisi insuper probatio accesserit; cum utique gustus ad id proficiat, ut adhuc improbare liceat post degustationem, atque ita ab emtione cœpta in totum resilire, *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrab. emtione.*

4. Admensionis appensionisve intuitu sciendum est, non semper pari passu ambulare, aut eodem tempore transferri in emtorem periculum ipsius corporis, seu quantitatis, quo qualitatis, veluti acoris, mucoris, periculum transit; cum qualitatis mutatæ damnum protinus a degustatione & subsecuta probatione ad emtorem pertineat; corporis periculum sæpe non nisi post admensionem. De cetero vinum aliasque res fungibiles vel *aversione* vel *ad quantitatem* vendi expeditum est. Si aversione plena vinum sit venditum, dum uno pretio omne vinum vel vas integrum sine mensuræ repectu distractum proponitur, periculum ejus ad exemplum rerum ceterarum non fungibilium mox a consensu interposito super merce pretioque emtorem respicit, licet traditio necdum secuta sit, *l. quod sæpe* 35. §. *in bis, quæ* 5. *ff. de contrab. emt. l.* 2. §. 1. *in fine ff. b. t. l. cum convenit* 2. *C. b. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 26. *defin.* 23. *in fine.* Eoque casu verum est, acoris & effusionis, quantitatis & qualitatis periculum pariter & eodem tempore in emtorem transire: ac de vino ita per aversionem distracto accipienda *l.* 1. *pr. ff. b. t. l. sicut* 12. *pr. C. de action. emti.* Nec aliud dicendum, si quis omne vinum in dolio reconditum seu doleare, vendat, atque ita totum corpus vini dolio contenti, pretio sic constituto, ut pro portione mensuræ, per admensionem manifestandæ, solvatur pecunia; sic ut admensio non conditionem faciat, ex qua vis obligationis suspensa hæreret, sed tantum modum demonstrationemque quandam quantitatis *vini pure pleneque* distrahi; quemadmodum alii plures modi, extra relationem ad quantitatis designationem, emtioni additi, impleri quidem debet, quo usque possunt; neque tamen ideo conditionalen aut necdum perfectam faciunt venditionem. Secus, si pars quædam vini dolearis solummodo esset vendita, quia tunc ante admensionem sciri nequit, quæ pars vendita intelligatur, *quod sæpe* 35. §. *pen. ff. de contrab. emt.* Custodiam tamen vini sic per aversionem venditi præstare tenetur venditor, eamque jure singulari exactissimam, qualis in commodato præstari solet; adeo ut tantum vis magna & fatale damnum excusatum sit, nec sufficiat diligentia talis, qualem in suis adhibere solet, uti id manifestum est ex *l. hoc ita verum* 2. §. 1. *l.* 3. *ff. b. t.* in quibus textibus agi de vino non ad mensuram seu quantitatem, sed per aversionem vendito, colligi ex eo potest, quod *d. l.* 2. & 3. cohærent *legi primæ*, in cujus fine *de vino doleari* vendito agitur, at *doleare vinum* est, cum non ad mensuram, sed dolia vino repleta distracta sunt, *l.* 1. §. 1. *ff. b. t.* Nec obstat, quod in *d. l.* 2. §. 1. *ff. b. t.* mentio fiat vini *admetiendi*, unde videri posset, agi illic de vino considerato tanquam re fungibili, & ita ad quantitatem vendito, cujus venditio ante admensionem imperfecta foret. Potest enim, ut jam ante adnotatum, vendi doleare vinum tanquam certum corpus, ut statim venditio perfecta sit, & tamen addi lex admetiendi, ut pretium totius dolii vini pro invento minore majoreve vini venditi modo solvatur, dum incertum utrique vel alterutri, quæ vini quantitas dolio contenta sit, nec alter alterum incertæ mensuræ specie circumvenire vult, aut pati se circumveniri, quo casu res tales fungibiles, jam consideratæ ut corpora, etiam ante admensionem periculo emtoris sunt: quemadmodum ager consideratur ut corpus, ratione periculi, statim ab interposito consensu transeuntis ad emtorem, licet pretium pro numero jugerum constitutum sit, & pro majore minoreve agri modo, per admensionem definiendo, majus minusve pretium solvendum sit, juxta ea quæ traduntur in *l. qui fundum* 40. §. *qui agrum* 2. *ff. de contrab. emt. l. si servum* 4. §. 1. *ff. de act. emti.* si modo admensio non per modum conditionis, ut venditionem faceret conditionalem, sed quantitatis tantum demonstrandæ, declarandæ, manifestandæ gratia adjecta sit, quod fieri posse post alios tradit Brunnemanus ad *l. ult. ff. b. t. num.* 9. 10. 11. Eoque nititur fundamento, quod in libro septimo digestorum Juliani Scævola notasse dicitur, *fundi nomine emtorem agere non posse, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, aliove quo casu, pars fundi interierit*, *l. si in venditione* 10. §. 1. *ff. b. t.* non eo sensu, quasi venditio illa conditionalis esset, nec an-

te fundi mensurationem venditio esset, ut Gothofredus cum antiquioribus interpretibus censet *in notis ad d. l.* 10. §. 1. sed potius, quod emtor ea parte, quæ superest, debeat contentus esse, nec agere possit nomine fundi, quasi necdum traditi, dum pars, quæ periit, neque admensurari potuit; quia in tali casu admensio non tanquam conditio adimpleri debebat, sed tantum quantitatis demonstrandæ causa debebat intervenire, adeoque periculum tanquam ex pura venditione etiam ante mensurationem pertinebat ad emtorem. Quod ex connexione principii legis cum paragrapho primo evidens est: nam cum in principio definitum esset, periculum in venditione conditionali ad venditorem pertinere, si non hoc ipsum convenisset, *ut res periculo emtoris servaretur*; mox *in* §. 1. proponit Ulpianus, tanquam singulari nota seu animadversione dignum, emtorem tamen fundi nomine agere non posse, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate, pars fundi interierit; significans scilicet, casum illum non pertinere ad venditionem conditionalem, ex qua periculum ad venditorem spectat secundum principium *d. legis*. Hujus autem custodiæ exactissimæ in vino per aversionem vendito præstandæ finis est avehendi tempus, si id definitum sit, aut alias vindemiæ instantis, si sit venditor, cui sine nova vindemia spumante dolia necessaria non sunt; nam si mercator esset, aut alias dolia locaturus fuisset, sic ut ejus intersit, inania esse ea, quibus vinum aversione distractum asservatur, is dies spectandus foret, tanquam custodiæ finem faciens, quo ex commodo venditoris, denunciatione facta, tolli vina possint, *l. si quis vina* 4. §. *ult.* junct. *l.* 2. *pr. ff. h. t.* post quæ tempora si emtor in mora tollendi sit, solus dolus a venditore circa vinum æque ac circa alia corpora vendita præstandus foret, *l. si per* 5. *l. illud* 17. *ff. h. t.* Quibus non contradicit Modestinus, cum in *l. qui officii* 62. §. *ult. ff. de contrah. emt.* scribit, *rem in aversione emtam, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emtoris pertinere, etiamsi res assignata non sit*; unde videri posset, nil præter dolum oportere per venditorem statim ab initio in venditis aversione rebus præstari. Non enim alia legis istius sententia est, quam rerum fungibilium per aversionem venditarum periculum etiam ante traditionem ad emtorem pertinere, si modo dolus venditoris causam non dederit huic venditioni per aversionem factæ, *seu dolo venditoris factum non sit*, ut emtio intercesserit: nam si venditoris dolo emtor ad rem aversione emendam inductus, atque ita dolo in id, ut emeret, circumscriptus fuerit, emtionem ipso jure nullam esse, apparet ex *l. & eleganter* 7. *ff. de dolo*, ac dictum plenius ad *tit. de dolo n.* 3. Ex emtione vero, quæ nulla erat, neque dominium neque periculum transire poterat, ut proinde Modestinus jure optimo monuerit, ita demum periculum rerum aversione venditarum ad emtorem pertinere, *si dolo venditoris factum non sit*, ut scilicet emtio aversione iniretur. Quod si ex adverso non plena aversione, sed ad quantitatem seu mensuram vinum emtum sit, corporis ipsius periculum ad admensurationem usque, non emtoris, sed venditoris est: priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, & venditio ex conditione admetiendi suspensa est; post mensuram factam venditoris desinit periculum esse, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. quod sæpe* 35. §. *in his* 5. *in fine ff. de contrah. emt.* Facienda autem admensuratio intra tempus definitum; alias ante proximam vindemiam; vel, si venditor mercator sit aut dolia solitus elocare, tempore eo, quod venditori ad admensionem commodum est, secundum ea quæ antea de vino per aversionem vendito mature tollendo dicta sunt, *l.* 1. §. 3. & 4. *l.* 2. *l.* 4. §. *ult. l.* 5. *ff. h. t.* Emtore moram faciente in vino per admensionem recipiendo, data est venditori per leges effundendi licentia, periculo emtoris; quod tamen simul ei a lege dissuadetur, ac laudandus dicitur, si cum posset effundere, non effuderit, etiam mercedem doliorum tunc exacturus, ubi ejus interfuit, inania illa esse, *d. l.* 1. §. 3. 4. *ff. h. t.* Scilicet, non omne, quod licet, continuo etiam honestum aut probandum est, *l. non omne* 144. *ff. de reg. juris.* Unde &, quia forte in effundendo facile quid negligi aut prætermitti posset, quod ex lege observandum erat, atque adeo rigidius exactum efficere, ut venditoris ipsius periculo effusio fieret, merito monitum a Pomponio, *periculose heredem facturum, si vinum effundat* a testatore legatum, cum legatarius esset in mora tollendi, *l. si heres* 8. *ff. de tritico, vino vel oleo leg.* Moribus quoque hodiernis istiusmodi effusionem vini venditi non tutam satis esse, magisque venditoris effundentis quam emtoris damno cessuram post alios censet Groenewegen ad *l.* 1. *ff. h. t.*

5. In venditione conditionali non per omnia circa periculum ita jus est, atque quidem in ea quæ pure fit. Si enim defecerit conditio apposita, ipsam quoque venditionem deficere, atque ita ad venditorem omne rei periculum omni tempore pertinuisse, necesse est. Si vero extiterit, omne quidem damnum rei partiale, seu omnis deterioratio medio tempore eveniens, emtorem respicit; at rei totius interitus pendente conditione contingens venditori nocet, perinde ac si nulla venditio intercessisset, quasi deficiente jam re, sine qua tamen venditio nulla intelligi potest, *l. necessario* 8. *ff. h. t. l. pen. C. h. t. l. plerumque* 10. §. *inde quæri* 5. *ff. de jure dot.* junct. *l. nec emt.* nisi aliud circa periculum pacto speciali inter contrahentes placuisse constet, *l. si in venditione* 10. *ff. h. t.* Ant. Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 32. *in fine*, Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 41. *defin.* 8. *n.* 2. *in notis*, Carpzovius *defin. forens. par.* 2. *constit.* 26. *defin.* 21. 22. Ceterum in *d. l.* 8. *ff. h. t. fere in fine principii* supplendum videtur ex Haloandri editione, qua sensu coincidit cum vulgata, quod deest, Florentinæ, & omissum sententiam legis imperfectam facit, ac proinde legendum, *quod si pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, & quod pretii solutum est, repetetur, & fructus medii temporis venditoris sunt*, si pendente conditione res fuerit extincta: perimitur enim emtio, *sicut stipulationes & legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit*; prout id monitum a Meyero *in Collegio Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 3. *in med.*

6. Ab hisce autem Romani juris definitionibus circa rei venditæ periculum moribus nostris recessum non esse, sive in mobilibus, sive immobilibus, non sine ratione contenditur a Groenewegio ad §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* Licet enim ex constitutione Caroli V. non aliter immobilium venditio videatur efficax, quam si solennis eorum traditio coram lege loci facta sit; non tamen periculi intuitu quo-

quam innovatum est. Nam & jure civili nullum in emtorem transibat dominium, nisi per traditionem, quæ ad perfectam sequebatur venditionem, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. de act. emti*, §. *vendite* 41. *& seqq. inst. de rer. divis.* nec tamen ideo minus in emtorem mox a consensu interposito translatum censebatur periculum rei. Cum ergo moribus tantum in tradendo, adeoque dominii rerum immobilium transferendi modo, mutatio contigerit, neque a dominii translatione dependeat periculi translatio, nulla quoque ratio est, cur ex mutata sola traditionis forma deduceretur mutatio circa periculi translationem: præsertim si consideres, solemnem illam coram lege loci faciendam traditionem non tam propter ipsos contrahentes, emtorem puta ac venditorem, quam potius in utilitatem ac securitatem creditorum venditoris fuisse excogitatam, nec illi clandestinis alienationibus & obligationibus per debitores factis, adeoque fraudibus domesticis pro negotii opportunitate sæpe confictis circumscripti, in damno hærerent; de cetero emtoris & venditoris intuitu nihil intercedere, quo minus & nunc ante solemnem illam traditionem se venditor jure suo exuat, sive constituti possessorii jure, sive alia ratione, Neostadius *Curiæ supr. decis.* 70. *in fine*. Groenewegen ad §. 3. & *ad Grotii manud. ad Jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 18. Ant. Matthæus *Paremia* 5. *num.* 15. Adr. Wessel *de remissione mercedis cap.* 8. *num.* 10. 11. Plane si venditio rei immobilis, præcipue ædium, media forte hieme ex multarum civitatum Belgii usu ea lege facta sit, ut demum initio insequentis mensis Maii traditio solemnis fiat, magis est, ut periculum medii temporis, quod est inter venditionem, ac traditionem, ad venditorem spectet; quia per pactum a venditore adjectum, adeoque per venditorem ipsum, stare videtur, quo minus res vendita in continenti tradatur, quippe qui diem traditionis prorogasse intelligitur, ut usque ad diem dictum fructus aut pensiones sibi haberet, *l. Julianus* 13. §. *si quid servo* 18. *ff. de act. emti*. Uti ergo emolumenta interim ei obveniunt, ita & damna ad eum pertinere æquum est, arg. *l. secundum* 10. *ff. de reg. juris*. Et quamvis propter intervenientem moram venditoris ita demum fortuiti casus periculum ad moratorem spectet, si non eodem modo, non tali casu, res apud emtorem fuisset peritura, arg. *l. ab eo exhibendo* 12. §. *si post judicium* 4. *ff. ad exhibendum*, tamen, quia distinctio illa magis in mobilibus per traditionem de loco in locum transferendis, quam immobilibus situm non mutantibus, usum invenit, simplicius in ædibus venditis receptum est; nullum emtoris periculum esse, sed solius venditoris, usque ad diem illum, qui solemni traditioni pacto aperto dictus fuit; usque adeo, ut, si forte propter imminentem venditoris peregrinationem, aliove sub obtentu, solemnis ædium traditio coram lege loci ante diem traditioni faciendæ præfinitum secuta sit, tamen venditoris periculo res maneat ad ipsam usque pacto præscriptum tradendi diem, nisi aliud novo pacto inter contrahentes nominatim de periculo commodoque actum sit, Groenewegen *ad Grotium manuduct. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 82. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 20.

7. Quod si res subhastatæ perierint pendente subhastatione, periculum non ejus est, qui licitationem quandam fecit, sed magis domini illius, a quo res per addictionem abitura est. Cum enim venditio, quæ hasta fit, non ante videri possit perfecta, quam si tabulæ addictionis signatæ fuerint, dum ex eo demum tempore desiit emtor licitando vinci posse, & fructus rei suos facit, consequens est, non nisi ex eo tempore periculum ad emtorem transire, ut argumentatur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *num.* 20.

8. Præter periculum rei venditæ etiam onera realia venditæ rei inhærentia in emtorem transeunt, veluti tributorum, census, canonis, salarii, & similium; idque non tantum ratione futuri temporis, sed & in præteritum, adeoque etiam illa onera, quorum dies ante venditionem jam cesserat ac venerat; cum prædia pro his omnibus videantur hipotheca legali aut tacita devincta esse; usque adeo, ut ne pactio quidem sustineatur, ne emtor tributa præstet, *l.* 1. *& tot. t. C. sine censu & reliquis fundum comparari non posse*, *l. cum possessor* 5. §. *ult. ff. de censibus*, *l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis*, nisi fiscus solemniter prædia distraxerit debitorum fiscalium, quippe quo casu emtores a reliquis præteriti temporis immunes esse, ex posteriorum Imperatorum constitutionibus obtinuit, *l. pen. C. de fide & jure hastæ fiscalis*, per quam derogatum fuit responso Papiniani, secundum quod, prædiis a fisco distractis, præteriti temporis tributum emtorem spectabat, *l. prædiis a fisco* 36. *ff. de fisc.*, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 9. 10. Non tamen in emtorem transit onus annuæ præstationis, si forte venditor ante venditionem promiserit, se quotannis certam frumenti aut fructuum aliorum quantitatem ex fundo suo personæ alteri vel fundo præstiturum; nisi solemniter in id fundum obligasset, vel alio modo legitimo prædium affectum reddidisset pro hujusmodi præstatione, *l. ult.* §. *Lucius Titius* 1. *ff. de contrah. emtione*, Groenewegen *de ll. abrog. ad d. l. ult.*

9. Quia vero æquum natura est, commoda cujusque rei eum sequi, quem incommoda sequuntur, *l. secundum* 10. *ff. d. reg. juris*, hinc & omne rei venditæ commodum post venditionem perfectam, etiam ante traditionem obveniens, ad emtorem pertinet, *l.* 1. *C. h. t.* §. *quum autem* 3. *inst. de emt. vendit.* sive pretia rerum venditarum creverint, *l. sicut* 12. *C. de act. emti*, sive alluvione auctus sit fundus divenditus, *d.* §. 3. *inst. de emt. vend. l. id quod* 7. *ff. h. t.* sive servo distracto quid donatum, legatum, aut heredis titulo relictum, vel ex operis ejus quæsitum fuerit, *l. Julianus* 13. §. *item si quid* 13. *&* §. *si quid servo* 18. *ff. de act. emti.* sive rerum venditarum intuitu actiones quasdam venditor adeptus sit, veluti furti, legis Aquiliæ, & similes; quippe ad quas emtori cedendas obstrictus est, uti & ad præstandum id, quod ex hujusmodi actionibus post venditionem perfectam quæsitis, consecutus est, *l. Julianus* 13. §. *sed & si quid* 12. *ff. de act. emti*, *d.* §. 3. *in fine inst. de emt. vendit. l. eum, qui emit.* 14. *l. si vendidero* 80. *ff. de furtis*, *l. eumque* 13. *ff. h. t.* sive denique fructus ex re vendita provenerint, cum & fœtura, quæ tempore venditionis jam concepta erat, & jam nati, jam maturi, sed adhuc venditionis perfectæ momento pendente fructus velut partes rei, emtorem sequi debeant, *l. fructus* 13. *l. pen. C. de act. emti*, *l. Julianus* 13. §. *si fructibus* 10. *ff. de act. emti*, junct. *l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindicat.* Et quod attinet fructus civiles, seu pensiones rerum

venditarum, debitas ex locatione per venditorem facta; si quidem debeantur ex re singulis momentis usum præbente, veluti ex ædibus, jumentis, pro rata temporis inter emtorem ac venditorem dividendæ videntur, ut emtori cedant, quatenus debitæ ex tempore venditionis perfectæ. Sin ex re quotannis tantum, aut statis anni temporibus, fructum ferente, veluti ex pomariis, arvis, videndum, utrum venditio perfecta fuerit ante messem, dum fructus adhuc pendebant, an vero postquam jam essent a solo separati. Priore namque in casu anni totius pensiones emtori, in posteriore easdem venditori cedere, rationis est. Sic enim fit omnibus hisce in casibus, ut pensio, quæ fructuum nomine debetur, tanquam surrogatum fructuum per omnia sequatur ipsorum fructuum naturam, & ita tum emtori tum venditori acquiratur, ut ipsi fructus naturales aut usus cuique fuissent quæsiti, si res nulli locata esset. Constat sane, de jure Romano emtorem non teneri stare locationi per venditorem factæ, sed posse conductorem ante tempus expellere, ut ipse suo arbitratu re emta fruatur, *l. emtorem* 9. *C. locati*, atque ita potuisse reliquo tempore ædes inhabitare, fructus in fundo pendentes colligere, jumentorum operis ipse uti. Hæc ergo si conductori permittat, quid ni pensiones ipse capiat, usum fructumve compensaturas? Neque hisce contrarium est, quod Ulpianus habet, *si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedere, qui elocaverat; idem & in prædiis urbanis; nisi si quid nominatim convenisse proponatur*; idem probans in prædiis rusticis ac urbanis; ac sine temporis distinctione pensiones omnes locatori, adeoque venditori tribuens, *l. Julianus* 13. §. *si in locatis* 11. *ff. de act. emti.* Etenim primo quidem dici potest, non illic definiri, ad quem effectu inspecto pensionum utilitas pervenire debeat, sed cui pensionis exigendæ jus sit; jus autem persequendæ pensionis soli competere locatori, qui contraxerat cum conductore, non item emtori qui non locaverat, certum est; eo modo, quo & furti & legis Aquiliæ actio & plures aliæ venditori ante traditionem quæruntur; sed id non impedit, quo minus venditor vel locati actionem pro ea pensione, quæ ad emtorem pervenire debet emtori cedat, uti & reliquas mandat actiones; vel exactam actione locati pensionem emtori præstet, sicut alia præstare cogitur, quæ aliis actionibus exacta sunt, ut ante dictum. Sed & secundo Ulpiani verba in *d. l.* 13. §. 11. accipi possunt de pensionibus non futuri, sed præteriti temporis, quod emtionem antecedit, quæ locatori venditori cedunt, nisi aliud actum sit: uti aliud actum proponitur in *d. l.* 13. §. *in his autem* 16. *ff. de act. emt.*, dum placuit, *ut venditor præteritam mercedem exigat & emtori præstet.* Confer Covarruviam *var. resolut. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 3. Zoesium *ad Pand. t. de act. emti n.* 17. 18. Struvium *ad Pand. h. t. num.* 103.

10. Non tamen emtori cedunt arbores, quæ post inspectum prædium ante venditionem perfectam vi tempestatis evulsa sunt; quippe quæ desierant fundi esse, atque ita nec emtæ erant; nisi id venditor sciens emtorem ignorantem non monuisset, *l. si post* 9. *ff. h. t.* Quod si duas quis res, veluti duos servos, uno emerit pretio, quorum alter ante venditionem extinctus erat, tantum abest, ut emtoris id periculum esset, ut potius ne in vivo quidem emtio consistat, *l. si duos quis* 44. *ff. de contrah. emt.*

TITULUS VII.

De Servis exportandis, vel si mancipium ita venierit, ut manumittatur, vel contra.

SUMMARIA.

1. *De pacto*, ut servus exportetur; *a quibus locis abstinere debeat, qui ab Italia, a certa provincia, vel a certa urbe exportandus est? An, & quando venditor agere possit vel non, si pacto non sit paritum? ubi & de pœna adjecta, & manus injectione in non exportatum. De pacto*, ne exportetur.
2. *De pacto*, ut mancipium manumittatur. *Tunc ipso jure libertas competit, licet venditor in casum manumissionis non secutæ pœnam pactus sit. An venditori liceat post tempus manumissioni appositum revocare conditionem manumissionis? ante temporis lapsum quousque possit; & an tunc emtor adhuc jure manumittat contra mutatam venditoris voluntatem?*
3. *De pacto*, ne manumittatur, *tunc nulla est manumissio, licet pœna sit apposita in casum factæ manumissionis.*
4. *Valet*, ne ancilla prostituatur. *Quando videatur prostituta? Recensentur pacta in servorum venditionibus reprobata.*

1. QUamvis nullus apud nos servorum usus sit, quia tamen pacta servorum venditionibus apud Romanos adjecta, transferri quandoque ad rerum aliarum venditiones possunt, paucis ea tractari expediet. Primum est, ut *servus exportetur*, cujus vim vide apud Cujacium *paratit. C. si servus exportandus veneat.* Exportandus ex Italia, commorari in provincia non prohibetur, *l.* 2. *ff. h. t.* Removendus tamen urbis pomeriis nec ipsa urbe recte moratur, *l. cui, pacto* 5. *ff. h. t.* arg. *l. qui indignus* 4. *ff. de senatorib. l. relegatorum* 7. §. *ult. ff. de interdict. & relegat.* exportandus ex certa urbe, nec Romæ agere potest, nec in Italia retineri is, qui a certa provincia removendus est, *l. ult. C. h. t. si serv. export. veneat.* Adjicitur hoc pactum in gratiam venditoris, ut a servo, a quo sibi forte metuit, cujusque conspectum ferre nequit, securus sit, aut ut vindictam in eum exerceat, vel ut pœnam evitet, quam promiserat, cum eadem lege emisset; ac proinde in ea conditione venditor est, ut remittere hanc legem possit, *l.* 1. *l. si vend.* 6. §. 1. *ff. h. t.* Qua non remissa, & per emtorem violata, venditori actio ad id quod interest competit, secundum posteriorem Papiniani sententiam, quæ est in *l.* 6. §. 1. *ff. h. t.* reprobata priore, quæ in *l.* 7. continetur, sive primus emtor, sive is in quem ille transtulerat, pacto non paruerit, *l. Titius* 9. *ff. h. t.* Sed & ad pœnam agi potest, si illa pacto adjecta sit; etiam manus injectio in ipsum servum non exportatum fieri, si eam sibi venditor pactus sit; & si servus ab emtore manumissus ad loca interdicta venerit, fisco in perpetuam servitutem addicendus est, *l.* 1. 2. *C. si servus export. veneat.* Cessat tamen pœnæ aut ejus quod interest exactio, si sine domini seu emtoris voluntate servus ad loca prohibita accesserit, *d. l.* 2. *in fin. C. h. t.* veluti si a domino profugus in interdicta provincia vagetur, *l. Titius* 9. *ff. h. t.* Con-

tra quoque, si pacto id actum sit, *ne servum venditus exportetur*, servanda usque adeo lex fuit, ut ob eam neglectam, præter id quod interest, etiam affectionis ratione recte agi placitum sit, *l. servus* 7. *in fine ff. h. t.*

2. Est & pactum, quo mancipium ita venit, *ut intra certum tempus*, vel simpliciter, *ut manumittatur.* Quo non impleto intra diem præfinitum, vel, si omissus dies, intra tempus tale, quo id fieri commode potuisset, ipso jure servus aut ancilla sic vendita ad libertatem perducitur; adeo ut deinceps non de præstanda sibi libertate, quæ ex constitutione jam erat quæsita, sed de obtenta defendenda, experiundum fuerit, & partus ancillæ, post moram ab emtore factam procreatus, liber & ingenuus nasci intelligatur, ex constitutione D. Marci, qua derogatum fuit placito Hadriani, manumissionem hoc casu exigentis, *l. si quis hac lege* 3. *l. ult. ff. h. t. l.* 1. 2. 3. 4. *C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumit.* etiamsi venditor in casum non secutæ manumissionis certam sibi pœnam pactus esset; cum nihilominus ita servus liber fiat, ac si sine pœnæ adjectione distractus fuisset manumittendus, cessante ob favorem libertatis pœnæ exactione, *l. ult. C. h. t.* Si modo major annis viginti servum suum ea vendiderit conditione: in minore enim ob consilium ejus parum firmum legis Æliæ Sentiæ auctoritas hanc manumittendi conditionem inutilem effecit, licet in id tempus dilatam, quo venditor annos viginti explevisset; *l. si minor* 4. *ff. h. t.* junct. §. *eadem lege* 3. *Instit. quib. ex caus. manumit. non licet.* Nec venditori liberum est post lapsum tempus, intra quod manumissio peragenda erat, hanc revocare manumittendi conditionem; cum jam ipso jure libertas servo competere cœperit, in posterum ei firmiter asserenda ac defendenda, arg. *d. l.* 1. *in fine, & ll. seqq. C. si mancipat. ita fuerit alienat. ut manum.* Plane antequam venerit tempus manumittendi, pœnitentia & conditionis revocandæ facultas venditori permissa est, ad eum effectum, ne ipso jure per temporis lapsum libertas servo nascatur, neve emtor, non manumittens, venditori ad id quod interest obstrictus sit, *l.* 1. *C. d. l.* 1. *C. h. t. l. si quis hac lege* 3. *ff. h. t.* Sed si voluntatis mutationem sequi emtor nolit, malitque contra mutatam venditoris mentem servo libertatem dare, venditori eo nomine nihil præstat; & hoc est quod Papinianus voluit in *l. quæsitum* 8. *ff. h. t.* cum ait, *ex vendito actionem, manumisso servo vel* (id est etiam) *mutata venditoris voluntate, evanuisse*, eoque etiam pertinet, *l.* 1. *ff. qui sine manumiss. ad libert. perveniunt.* Nec obstat, quod dominus, qui procuratori servum suum dederat manumittendum, mutare consilium cum effectu possit, & impedire libertatem necdum collatam, *l. si quis alicui* 27. §. *si servum* 1. *l. si hominem* 30. *ff. mandati.* Alia enim mandati, alia venditionis causa est: post perfectam venditionem nihil alterutro invito, cui jus quæsitum est, per alterum immutari potest, l. *sicut initio* 5. *C. de oblig. & act.* at ea pecularis mandati natura est, ut quamdiu illud impletum non est, adeoque necdum libertas tributa, recte revocetur, §. *recte* 9. *Instit. de mandato.*

3. Non minus subsistit pactum alterum priori contrarium, *ne mancipium manumittatur:* cujus ea vis est, ut nec vivo nec mortuo venditore manumittere liceat, si servi puniendi gratia conditio illa adscripta probetur, & interposita contra pactum manumissio ipso jure nulla sit, ideoque nec pœnæ petitio, si qua in casum violati pacti apposita fuerit, locum habeat, *l. ea quidem* 5. *C. si mancip. ita fuerit alienat. ut manumitt. l. ult. C. qui non possunt. ad libert. perven. l. is, qui suis* 4. §. *in illis* 9. *l. servus hac lege* 9. *ff. de manumission.*

4. Potest quoque pactum addi, *ne ancilla prostituatur*; quod casu contra pactionem etiam tunc emtor venisse videtur, cum eam sub specie ministrandi in caupona habet, *l. si venditor* 6. *ff. h. t. tot. tit. C. si mancipium ita venierit, ne prostituatur,* junct. *l. quæ adulterium* 29. *C. ad leg. Jul. de adulter.* Contra vero reprobata pacta, quæ in se turpitudinem aut crudelitatem continent, bonisque moribus adversantur; qualia sunt, ut ancilla prostituatur, arg. *l.* 1. 2. 3. *C. si mancip. ita venierit, ne prostit.* ut servus cum bestiis depugnet, aut iis objiciatur, castretur, &c. *l. domini neque* 42. *ff. de contrab. emt. l. is, qui servum* 6. *l. circumcidere* 11. §. 1. 2. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.*

LIBER NONUSDECIMUS.

TITULUS I.

De actionibus Emti & Venditi.

SUMMARIA.

1. *Actio emti cui detur? An & domino cujus procurator emit? An uni ex pluribus simul ementibus, vel uni ex pluribus unius emtoris heredibus ad partem rei, si offerat partem pretii pro rata?*
2. *Datur contra venditorem, etiam dominum procuratoris vendentis. An si plures sint venditores, vel plures unius venditoris heredes, unus in solidum conveniri possit, si solus rem venditam in solidum possideat?*
3. *Petitur hac actione traditio rei & accessionum; quandoque etiam pretium.*
4. *Horreo vendito, an & dolia? Fundo vendito, an & dolia? Quid juris si id actum, ut dolia fundo accedant? Quæ transeant fundo vendito? An sterculinum, quod in fundo est? An rutæ & cæsa? an pisces studiose in piscinam conjecti?*
5. *Venditis ædibus, quænam emtorem sequantur? an & horti & stabula? An pars media parietis intermedii, si venditor duas domos habens contiguas, unam vendat? Recensentur plurima, quæ emtori cedunt, ut & alia, quæ ad emtorem non transeunt cum domo.*
6. *An, & quando prædium rusticum vel urbanum tradi debeat liberum ab oneribus servitutum? An*

& transeant servitutes prædio debitæ? Et quid si venditor servitutes callide dissimulaverit prædio vel a prædio debitas? Quid juris circa servitutes, si duorum prædiorum contiguorum dominus unum vendiderit Titio, alterum Mævio, vel alterum sibi servaverit?

7. Quæ transeant, arce vendita, castro aut territorio vendito, aut vicario distracto, præcipue taberna vendita?

8. Vino vendito an dolia, an vasa minora cedant emtori? An aviaria venditis avibus? An equo vendito, frenum, ephippium & reliqua ornamenta? An navi vendita, instrumenta navis; an & scapha?

9. Servo vendito, non transit peculium; nec equa, vacca aut ove vendita fœtus jam editus matremque sequens, sive ali sine matre possit, sive non.

10. Tradenda est vacua rei venditæ possessio. Quid operetur stipulatio, vacuam possessionem tradi, vel rem tradi vacuamque possessionem? Quando vacua possessio tradita intelligatur?

11. Quis sit effectus traditionis vacuæ possessionis? An dominium transeat, si nec pretium numeratum sit, nec de eo fides habita? Quando censeatur de pretio fides habita, quando non? An & tunc, cum venditor simpliciter rem tradidit ac ab emtore auferri passus est?

12. An & quando res vendita & tradita fide de pretio habita, adhuc vindicari possit? & quo modo immobilia coram lege loci tradenda sint?

13. De admensuratione rerum ad quantitatem venditarum. An venditor fundi teneatur monstrare fines fundi? An tradere aut monstrare instrumenta ad probandam originem acquisitionis pertinentia?

14. Præstanda cautio de tradendis iis, quæ in præsenti tradi nequeunt. Quibus in casibus præstari debeat per venditorem id quod interest? ubi de re aliena, & extra commercium posita, deque celato malo vicino. An venditor habens rei tradendæ facultatem præcise cogi possit ad tradendum, an vero libertus præstando id quod interest; & quid moribus?

15. An venditor emtori præstet ea, quæ commendandi gratia asseruit de re vendita?

16. Quid sit actio venditi, & quibus detur? An executori rei judicatæ, qui pignora capta distraxit? An ei qui rem alienam vendidit ac tradidit ut suam? Contra quos detur? An contra eum, qui emi mandavit & procuratori jam pretium numeravit?

17. Si quis rem emerit ea lege, ut pretium solvat quando voluerit: aut, postquam fuerit Romam profectus, an valeat venditio? & an emtor ipse cogi possit ut solvat, quamdiu voluntatem non declaravit? an demum heres ejus?

18. Petitur hac actione pretium, & impensæ post venditionem in rem factæ, licet illa perierit; item usuræ pretii ex mora. Quid juris apud nos sit circa usuras pretii? An emtor liber sit ab usurarum præstatione; si graphiarius, apud quem pretia ex subhastationibus redacta deponenda sunt, confessus fuerit per gratificationem, ea deposita esse, cum non essent?

19. An teneatur ad usuras, si ob imminentem evictionem non solverit, aut oblatum pretium venditor voluerit acceptare? an vero tunc depositione opus sit?

20. An emtor aut venditor ob moram in re tradenda aut pretio solvendo petere possint omne, quod forte tanquam negotiatores lucrari potuissent, non facta mora?

21. An ob moram in pretio solvendo venditor rem repetere possit, & ad venditionis rescissionem agere?

22. Si primus emtor prædium solenniter pro pretio annua bima trima die solvendo obligaverit, dein ipse rursus annua bima tria die vendat, cum jam ipse in mora pretii solvendi esset, an primus venditor impediatur prædium jure pignoris vendere, cum necdum emtor secundus in mora esset?

23. Uter prius debeat implere contractum, emtor, an venditor? An excipiens contractum ab actore impletum non esse, id probare debeat? An apposita illa exceptione actor implere & sic in lite pergere possit? Quid agendum, si emtor & venditor rei mobilis sibi invicem non fidant?

1. Cum emtio venditio illis annumeretur contractibus, qui utrimque obligatorii sunt, consequens fuit, duplicem quoque actionem inde nasci, puta, *emti & venditi*. Emti actio est personalis bonæ fidei, quæ datur emtori ejusque heredi, etiam utiliter domino, ex cujus mandato procurator emit, *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. b. t.* Si plures eodem tempore simul eandem rem uno emerint pretio, vel plures emtoris unius heredes sint, liberum singulis non est pro sua parte actione ex emto experiri ad tradendam rei venditæ partem, pro rata pretii promissi oblata portione: sed vel omnes pariter, vel unum ex his, oblato toto pretio, agere ad rei totius traditionem, necesse est. Cum enim permissum venditori sit veluti pignoris jure retinere rem venditam donec pretium totum solutum fuerit, nec quicquam emtor agat oblata sola pretii parte, *l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *ff. b. t.* & pignoris causa individua dicatur, licet alioquin æs alienum inter coheredes ipso jure divisum sit, adeo ut post solutam ab uno herede hereditariam debiti personalis partem integrum nihilominus pignus pro reliquo debito obligatum maneat, nec repeti proportione solventis possit, *l.* 1. 2. *C. de luit. pignoris*, merito responsum a Labeone fuit, unum ex heredibus partem pretii solventem ex emto agere non posse, quoniam ita contractum æs alienum dividi non potest, *l. fistulas* 78. §. *qui fundum* 2. *ff. de contrab. emt.* ibique DD.

2. Competit hæc actio adversus venditorem ac utiliter etiam contra dominum, cujus jussu procurator vendidit, *d. l. Julianus* 13. §. *si procurator* 25. *ff. b. t.* & si plures sint venditores pluresve venditoris unius heredes, contra singulos pro parte, eo quod hic non eadem, quæ in pluribus ejusdem emtoris heredibus, individui debiti, quasi hypothecarii, ratio est. Et licet in commodato placuerit, eo casu, quo unus ex pluribus commodatarii heredibus rem totam tenet, adeoque totius rei restituendæ facultatem habet, eum in solidum condemnandum, *l. sed mihi* 3. *heres* 3. *ff. commodati*, idemque in rei vindicatione obtinuerit, ubi unus ex pluribus possessoris heredibus rem totam possidet, *l. si possessor fundi* 55. *ff. de rei vin*

dicat. ad unum tamen ex pluribus unius venditoris heredibus id porrigendum non est; eo quod in commodato & rei vindicatione non nisi de restituenda possessione vel detentione rei quæstio est; qualis restitutio sequelam aliam non habet, quam possessionis translationem: at si quis ex emto ad tradendum adigatur, aut emtorem debet dominum facere, aut ei de evictione incipit devinctus esse, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* per occasionem autem rei venditæ, penes unum heredem existentis, eum vel ad totius dominium transferendum, vel de rei totius evictione teneri, durum & iniquum foret: nam & si fundus ab omnibus heredibus per testatorem legatus sit, qui unius heredis esset, eum quidem, cujus fundus esset, non amplius quam suam partem præstiturum, ceteros in reliquas partes teneri, Julianus scripsit, *l. si sibi homo* 86. §. *si fundus* 3. *ff. de legatis* 1. Confer Costalium ad *l.* 55. *ff. de rei vindicat. in rei fine*.

3. Petitur hac actione, ut res vendita corporalis tradatur, incorporalis cedatur, aliove simili modo ejus quasi traditio fiat, una cum fructibus a tempore venditionis perceptis, omnibusque accessionibus vel speciali pacto comprehensis, vel ex generali emtionis natura præstari solitis. Nec quemquam turbare debet, quod a Juliano scriptum est, emtorem actione ex emto pretium consequi, *l. cui res* 29. *ff. h. t.* Considerandum enim, illic agi de legatario, qui rem sibi sub conditione legatam imprudens emerat ab herede; cui cum res existente conditione ex causa legati quæsita esset, necesse erat resolvi venditionem ab herede factam, perinde ac si nunquam intercessisset, arg. *l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. commun. de legatis*, atque adeo etiam, resoluta venditione, pretium reddi: eo modo, quo & actione emti ad pretium restituendum ob emtionem resolutam contenditur in facti specie, quæ est in *l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* 5. *ff. h. t.* quemadmodum & ex adverso venditor actione venditi agit ad fundi venditi redditionem, postquam vi legis commissoriæ venditio resoluta fuit, *l. si fundus* 4. *ff. de lege commissoria*.

4. Sed ut apertius constet, quæ accessionis jure in emtorem transire debeant, per species nobiliores ire consultum fuerit. Horreo ergo vendito, dolia accedunt ibidem defossa, *l. dolia* 76. *ff. de contrab. emt.* non item fundo distracto, cum dolia non fundi nec villæ sed horrei instrumenta sint. *l. fundi nihil est* 17. *ff. h. t. l. Lucius Titius* 93. §. *collegio* 4. *ff. de legatis* 3. Unde & pacto speciali id actum legitur, ut fundo vendito dolia accedant, *l. qui fundum* 40. §. *pen. ff. de contrab. emt.* Nec adversus, quod usufructu fundi legato dolia, cuppæ & alia plura his similia legato continentur, *l. sed, si quid* 15. §. *proprietatis* 6. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Etenim cum Jurisconsultus in ea lege facit mentionem *domus & fundi*, ac instrumentorum domus vel fundi usufructum simul legatum ait, per domum intelligere videtur omne urbanum prædium, in quantum omnia ædificia urbana prædia appellamus, §. *Instit. de servitut. prædior.* per fundum ex adverso prædium omne rusticum, adeoque & fundos in specie ad fructus quærendos, & horrea ad eosdem recondendos, horreorum autem instrumenta & accessiones sunt dolia defossa, cuppæ, torcularia &c. *d. l. dolia* 76. *ff. de contrab. emt.* Groenewegen ad *d. l.* 76. Si tamen id actum sit, ut fundo vendito certus accedat doliorum numerus, ita pacto standum est, ut integra dolia ad istum usque numerum præstentur, non quassa, quoties vel tot integra in fundo sunt, vel, cum dolia nulla in fundo essent, aliunde coemenda forent: nam si doliorum numerus, contractu comprehensus, in fundo inveniatur connumeratis & quassis, liberari potest venditor integra, quæ reperta ibi sunt, & in subsidium quassa præstando, *l. quidquid venditor* 37. *l. pen.* §. *si dolia* 1. *ff. h. t.* Porro fundo seu agro vendito, vendita etiam intelliguntur omnia, quæ terra tenentur, arbores, vites, pomaria, sylva cædua, salicta, arundineta, seminaria, metallifodinæ, lapicidinæ, arenæ fodinæ, atque ipsi etiam fructus pendentes, tanquam fundi partes, si nihil horum nominatim exceptum sit, *l. qui fundum* 40. §. *fundi venditor* 3. & 4. *l. in lege fundi* 77. *ff. de contrab. emt. l. si post inspectum* 9. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic. l. Julianus*. 13. §. *si fructibus* 10. *ff. h. t.* Hugo Grotius *manud. Jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 14. *num.* 49. Quin & stramenta ac sterculinum, si in fundo sit, & fundi istius stercorandi, non item vendendi causa comparatum, emtori cedere cum fundo vendito. Ulpianus notat, *l. fundi nihil* 17. §. *fundo vendito* 2. *ff. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 33. *defin.* 19. Non tamen ad emtorem transeunt ruta & cæsa ante venditionem, nec arbores ante dejectæ licet post inspectionem ab emtore factam id eo ignorante contigisset, *l. fundi nihil* 17. §. *si ruta* 6. *ff. h. t. l. in vendendo* 66. §. *ult. ff. de contrab. emt. l. in rutis* 241. *ff. de verb. signif. l. si post inspectum* 9. *ff. de peric. & commod. rei vend.* nec cum fundo vendito pisces, qui in piscinam studiose conjecti sunt, nec animalia in fundo vendito oberrantia aut pascentia, *l. lines & labra* 15. *in fine l.* 16. *ff. h. t.* Confer Manticam *de tacit. & ambig. convent. libr.* 4. *tit.* 16. *num.* 5. & *passim*, Mozzium *de contract. emtion. & vend. tit. de naturalibus emtion. n.* 56.

5. Ædibus distractis, non modo tradendi cum ædibus sunt horti, qui in continentibus ædificii sunt, & habitationis commodioris ergo haberi solent, uti & stabula, quæ urbanorum prædiorum jure censeri solent, velut ædium accessiones, arg. *l. prædiis* 91. §. *qui domum* 5. *ff. de legat.* 3. *l. eo jure* 4. §. 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contrab. l. creditor.* 52. §. *ult. ff. h. t.* confer *tit. de usufructu n.* 21. Berlichium *decis.* 191. nec non media pars parietis, si venditor duas habens domos contiguas, pariete uno intermedio distinctas, unam vendiderit, ut dictum *tit. de servit. præd. urban. num.* 15. sed & insuper omnia præstanda, quæ ædificio inserta & inclusa sunt, quæque propter ædes perpetui usus gratia habentur, & quasi pars ædium sunt, veluti, puteal; lines & labra (de quibus Gothofredus in notis), salientes fistulæ quæ salientibus junguntur, licet longe excurrant extra ædificium, canales, castella plumbea aquatica, *l. Julianus* 13. §. *ult. l.* 14. *l.* 15. *l. fundi nihil.* 17. §. 7. 8. 9. *l. si venditor* 38. §. *ult. ff. h. t.* adhæc tabulæ pictæ quæ protectorio includuntur, crustæque marmoreæ, *l. fundi nihil* 17. §. *quæ tabulæ* 3. *ff. h. t.* seræ etiam & claves & claustra, licet terra se non teneant, *d. l. fundi* 17. *pr. ff. h. t.* ea insuper omnia, quæ ædificio ante venditionem eo erant detracta animo, ut reponerentur, *d. l.* 17. §. *pen. l. granaria* 18. §. 1. *ff. h. t.* Adde *l. malum* 242. §. *ult. ff. de verb. signi.* Non tamen ea, quæ temporali tantum usus gratia, & ad

præsens, in ædibus sunt, *d. l.* 17. §. *Labeo* 7. *ff. h. t.* adeoque nec reticuli circa columnas, nec plutei circa parietes, nec vela Cilicia; si vel ista vela frigoris vel umbræ causa, adeoque voluptatis gratia in domo sint, *d. l.* 17. §. *reticuli* 4. *ff. h. t.* junct. *l. quæsitum est* 12. §. *si dominus* 16. *ff. de instructo vel instrument. legato.* Confer *l. malum* 242. §. *plumbum* 2. *l. pen. ff. de verb. signif.* Secus, si ideo vela Cilicia parata sint, ne ædificia vento vel pluvia laborent; tunc enim ædium instrumenta esse Cassius censuit, *d. l.* 12. §. *vela autem* 17. *ff. de instruct. vel instrum. leg.* Sed nec ad emtorem transeant, quæ nunquam ædificio juncta fuerunt, etsi eum parata in finem, ut jungerentur, sive columnæ & marmora sint, sive tegulæ tegendi causa jam in domum allatæ, *d. l.* 17. §. *pen. d. l.* 18. §. 1. *ff. h. t.* Confer de ædium venditarum accessionibus Manticam *de tacitis & ambig. convent. lib.* 4. *t.* 15.

6. Illud urbanorum ac rusticorum prædiorum venditioni commune est, quod emtori præstari debeant libera ab omni onere servitutis, quæ a lege vel statuto imposita non est, si; *ut optima maximaque sunt*, empta fuerint; quod si vel simpliciter sint vendita, vel generaliter cum servitutibus impositis ac constitutis, ad ea libera præstanda venditor obligatus non est, nisi dolo malo servitutes a venditore dissimulatas appareat, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* Idemque fere in tributis obtinet, ut tributorum emti prædii nomine præstandorum intuitu non teneatur venditor, nisi ea abesse dixerit, aut studio ac decipiendi causa dissimulaverit, *l. si sterilis* 21. §. *si prædii* 1. *ff. h. t. l. si minor* 9. *C. h. t.* Sed & vice versa nullæ præstandæ cum prædio vendito servitutes prædio debitæ, licet cum formula, ut *optimum maximumque*, venditum proponatur, nisi dictum nominatim fuerit, servitutem accessuram, *l. pen. ff. de eviction. l. cum venderes* 59. *ff. de contrahen. emtion. l. qui uti optima* 90. *ff. de verb. signif. l. si arborem* 17. §. *pen. & u. t. ff. de servit. præd. urban.* Adde Brissonium *antiquit. select. lib.* 1. *cap.* 19. quæ tamen, si prædio vendito acquisitæ fuerint, omnino præstandæ forent, licet id nominatim actum non sit; adeo ut venditor emtori teneatur ob dolum, cum venditor servitutum quasdam non commemorasset, sed sciens reticuisset, & ob id eas emtor non utendo amisisset, *l. in vendendo* 66. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Quod si duarum ædium dominus eas diversis vendiderit, vel unam ex his, alteramque domum sibi servaverit, cum una aliarum stillicidium reciperet, vel tigna immissa, vel protecta aliaque similia, quæ non sine servitute habentur aut fiunt, magis est, ut emtores hæc prædia cum istiusmodi juribus, uni commodis, alteri incommodis, in emtores transferri non debeant, nisi aut nominatim servitus imposita sit, aut ædes sint venditæ cum adjectione illa *uti nunc sunt*, *l.* 1. *ff. de servit. legata*, *l. si quis ædes* 30. *ff. de servit. præd. urban. l. in tradendis ff. commun. prædior. tam. urb.* 7. *quam rust.* arg. *l. Gaurus Marcello* 10. *l. si binarum* 35. *ff. de servit. præd. urban.* Ac secundum hanc limitationem accipienda, quæ generalius a Neratio in *l. pen. ff. de damno infecto*, nec non a Papiniano ac Juliano tradita inveniuntur in *l. binas quis* 36. *l.* 37. *ff. de servit. præd. urb.* præsertim, si consideres, utramque cohærere, per particulam *idemque in pr. d. l.* 37. auctorem autem *legis* 37. Julianum esse, adeoque eundem, qui in *l.* 1. *ff. de servit. legata* notavit alium generalius respondentem, servitutem impositam videri; nec secundum ante dicta admisit id aliter quam si id actum esset. In quam sententiam etiam responsum extat inter Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 145. *pag.* 287. licet contraria sententia placuerit Hugoni Grotio *manuduct. ad jurisprud Holl. lib.* 2. *cap.* 36. *num.* 8. Confer Resp. Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 75. *pag.* 253. Menochium *de præsumtion. lib.* 4. *præsumt.* 144. *numer.* 2. 3. 4. Matthæus de Afflictis *decis.* 298. Cæpollam *de servitut. præd. urban. cap.* 38. *num.* 6. Ant. Thesaurum *decis.* 216.

7. Arce vendita, tradenda simul videntur tormenta bellica, ejus tuendæ causa parata, tanquam quæ propter castrum ibidem habentur, arg. *l. Julianus* 13. §. *ult. ff. h. t.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 96. Cujacius *ad feud. lib.* 2. *tit.* 2. *in med.* Wissenbach *ad Fund. h. t. vol.* 1. *disp.* 37. *num.* 7. Parens p. mem. Paulus Voet *de natura mobil. & immobil. cap.* 5. *n. ult.* castro vendito vel territorio, transferenda etiam in emtorem jurisdictio, omniaque alia jura similia, quæ castro cohærent, Rosenthal *de feudis cap.* 12. *conclus.* 15. *n.* 40. *& seqq.* Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 4. *tit.* 16. *num.* 30. & *seqq.* ipsa quin etiam jura suffragii, nisi simul personæ qualitas, veluti nobilitas, ad jus suffragii requisita sit, nec talis in emtore deprehendantur. Vide Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 144. Vivario distracto, vendita quoque videri possunt animalia, quæ propagationis causa vivario inclusa sunt: nec aliud in piscinis venditis piscium intuitu respondendum est, arg. *l. possideri autem* 3. §. *item feras bestias* 14. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* junct. *l. usufructuarium* 62. §. 1. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 50. 51. Ant. Matthæus *de oblig. disput.* 15. *n.* 14. Confer Argentræum *ad consuetud. Britan. art.* 76. *not.* 10. In quæstione, quid, taberna vendita, venditum intelligatur, dicendum videtur, ipsas quidem merces in ea existentes neutiquam distracta videri, sive simpliciter, sive instructa vendita sit, nisi nominatim merces quoque emtione comprehensæ sint, vel una cum taberna sint vendita ea omnia, quæ tabernæ exercendæ & instruendæ causa facta parataque sunt. arg. *l. si ita testamento* 15. *ff. de instruct. vel instrum. legato*, at respectu instrumentorum tabernæ distinctione opus est: nam si simpliciter taberna sit vendita, instrumenta in dubio non censentur venisse, sed tantum solum, seu locus ille, aut statio, in qua merces solent venales proponi; aut si publicus locus sit, tantum usus ejus ac jus merces illic venales habendi, arg. *l. qui tabernas* 32. *ff. de contrab. emt.* si vero taberna instructa sit vendita, omnia quoque instrumenta tabernæ cauponariæ instrumentis comprehendi, dolia, vasa, ancones, calices, trullas, item urnas æneas, congiaria, sextaria, & similia, imo & ipsos cauponæ institores, Paulus tradidit *l. tabernæ cauponariæ* 13. *ff. de instruct. vel instrum. legat.* & hoc puto velle Ulpianum, cum ait, *instructam tabernam esse accipiendam, quæ & rebus & hominibus ad negotiationem paratis constat*, sic ut illic per *res* non denotentur *res venales*, sed res illæ, seu instrumenta illa sine quibus exerceri taberna non potest, *l. instructam autem* 185. *ff. de verb. signif.* Nec his adversatur, quod taberna pignori obligata merces in

taberna obligatæ sunt, *l. cum tabernam* 34. *ff. de pign. & hypot.* Placuit enim istud ita in pignoribus, tum ne alioquin nihil conventione pignoris actum videretur, *d. l.* 34. tum quia obligatio mercium non ita nocet, atque quidem noceret venditio; cum pignoris datione firmetur tantum debitum, at non durius aut majus efficiatur. Confer Alciatum ad *d. l.* 185. *ff. de verb. signif.*

8. Ceterum non immobilium tantum, sed & mobilium distractorum accessiones sunt. Vino namque vendito, etsi dolia majora in terra defossa, quibus illud reconditum fuit, vendita non intelliguntur, quippe magis horreorum accessiones, ut ante dictum; minora tamen vasa, in quæ vinum ex doliis asportationis causa transfundi solet, una cum vino vendito in emtorem in dubio transeunt, *l. vinum cum vasis* 15. *ff. de trit. vino vel oleo legato*, arg. *l. qui penum* 3. *§. ult. l.* 4. *ff. de penu legata*, Cujacius *lib.* 2. *observat.* 36. Gœddeus *ad l.* 206. *ff. de verbor. signif.* Menochius *de præsunt. lib.* 3. *præs.* 77. Ant. Matthæus *de obligat. disp.* 15. *num.* 13. Licet quandoque dolia cum vasis confundantur, & *vasa* dicantur, quæ eodem in textu semel iterumque *dolia* appellata erant *l.* 1. *§.* 3. *de peric. & comm. rei venditæ*, *l. fundi nihil* 17. *pr. ff. h. t.* Sed & venditis avibus omnibus quas venditor venales habet, simul debentur aviaria portatilia, quibus aves inclusæ erant, cum & sub avium legato contineantur, arg. *l. avibus legatis* 66. *ff. de legatis* 3. a legatis autem ad venditionem circa accessionem argumentum procedere colligi potest arg. *l. Julianus* 13. *§. ult. l. fundi nihil* 17. *§. fundo* 2. *ff. h. t.* Adhæc equo vendito ephippium & frenum reliquaque ornamenta, quibus equus venditionis tempore ornatus aut instructus erat emtori deberi, nisi nominatim excepta fuerint, verius est, *l. ædiles ajunt* 38. *pr. ff. de ædil. edict.* Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 15. *in pr.* Mozzius *de contract. tit. de naturalib. emt. & vend. n.* 48. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 1. *art.* 27. *in addit. in pr.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 25. Quin &, si navis jam ad iter aut piscationem exercendam parata, atque instructa apparatu piscatorio, annona nautica, similibusque, vendatur *ita uti nunc est*, (*so het daar leyd*) omnia illa quæ in navi sunt, non sola navis instrumenta, videri vendita, responsum est, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 24. Licet alioquin navi simpliciter instructa aut cum instrumentis distracta, nil præter instrumenta navigationi necessaria debeatur, ac ne scapha quidem secundum jus Romanum in emtorem transferenda fuerit; eo quod scapha mediocritate, non genere, a navigio distat, & ideo instrumentum ejus esse nequit, *l. ult. ff. de instruct. vel instrum. legato.* Cujus tamen contrarium moribus nostris obtinere, statuit Groenewegen ad *dict. l. ult.*

9. Non tamen emtorem servi sequitur peculium ejus, *l. quoties servus* 29. *ff. de contrab. emt.* Nec ove, vacca, vel equa vendita, in emtorem transferri debet hædus, aut vitulus, aut pullus equinus, venditionis tempore jam editus, nisi aliud actum sit arg. *l. legatis servis* 65. *§. ult. l. servis legatis* 81. *§. ovibus* 4. *ff. de legatis* 3. Non enim probanda vulgata interpretum distinctio, utrum fœtus animalis jam ad eam ætatem pervenerit, ut ali sine matre possit, & herba pasci, an vero fœtui interitus immineat, si a matre separetur; quasi hoc casu simul fœtus venditus intelligi deberet; illo non item, Gomesius *var. resol. tom* 2. *cap.* 2. *num.* 14. Mozzius *de contract. de naturalib. emt. vend. num.* 44. cum utique opinio ista neque ratione sufficiente, neque lege, firmata sit, nec id dictet *l. si, ut certo* 5. *§. usque adeo* 9. *ff. commodati*, *l. quamvis* 10. *de precario*, *l. sed addes* 19. *§. si quis mulierem* 7. *ff. locati*, quippe quæ de locatione & precario ac commodato agentes, ad emtionem haud transferendæ sunt; nec a custodia circa fœtum præstanda ad translationem dominii argumentum procedit.

10. Ita autem emtori res venditæ cum accessionibus tradendæ sunt, ut ei vacua acquiratur possessio, *l. si in emtione* 2. *§.* 1. *ff. h. t.* sive id nominatim actum sit, sive non. Si tamen expressa stipulatione cautum sit, *vacuam tradi possessionem*, vi stipulationis emtor rem quidem, at non fructus petere posset, quippe ad quos tunc magis actione ex emto contendendum foret, *l. ratio.* 3. *§. si emtor* 1. *ff. h. t.* quia ea actionis ex stipulatu aliisque stricti juris negotiis descendentis natura est, quod quoties ea persequimur rem, quæ nostra non fuit, fructus non consequamur etiamsi mora facta sit, sed demum a tempore litis contestatæ, *l. videamus* 38. *§. si actionem* 7. *ff. de usuris.* Plane, si *rem tradi vacuamque rei possessionem* stipulatus esset, repetitio talis efficeret, ut & fructus ea viderentur stipulatione comprehensi, *l. si stipulatus sis* 4. *ff. de usuris.* Vacuam vero possessionem tradere venditor intelligitur, cum ita tradit, ut res possessori ab alio avocari nequeat, adeoque emtor in lite de possessione potior futurus sit, *l. ex emto* 11. *§. idem Neratius* 13. *ff. h. t.* Unde tradita non censetur possessio vacua, si alius in ea legatorum aut fideicommissorum servandorum causa in possessione sit, aut creditores bona possideant, aut venter in possessionem missus fuerit, & generaliter ratio possessionis, quæ a venditore fieri debet, talis est, ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur, *l. si in emtione* 2. *§.* 1. *l.* 3. *pr. ff. h. t.*

11. Vacuæ hujus possessionis traditæ effectus est, quod, si venditor dominus fuerit, emtorem quoque dominum faciat; si non fuit, emtori tantum evictionis nomine obligetur, *l. ex emto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. h. t.* dummodo meminerimus, ita demum in emtorem dominium transferri traditione, si pretium numeratum fuerit, vel satis eo nomine factum, vel sine ulla satisfactione de pretio fides emtoris sit habita, *l. quod vendidi* 19. *ff. de contrab. emt. d. l.* 11. *§.* 2. *ff. h. t. §. venditæ* 41. *Instit. de rer. divis. l. procuratoris* 5. *§. sed si dedi* 18. *ff. de tribut. act.* Fidem autem de pretio habuisse censetur venditor, si in securitatem ejus fidejussores acceperit, aut pignora, aut aliam non absimilem securitatem, *d. l.* 5. *§.* 18. *ff. tribut. act. d. §.* 41. *Inst. de rer. divis.* arg. *l.* 1. *§. item quæritur* 11. *& §. si quis pignus* 15. *ff. de separation.* si pretii novaverit obligationem, arg. *d. leg.* 1. *§. illud sciendum* 10. *ff. de separat.* si usuras pretii receperit vel exegerit, sive in præteritum, sive in futurum adeoque in antecessum, arg. *d. leg.* 1. *§. illud* 10 *in fine ff. de separation. leg. qui in futurum* 57. *pr. ff. de pactis*, si indulserit emtori solvendi dilationem, arg. *l. pen. C. de re judicata*, *l. qui ea lege* 3. *C. de pact. inter emt. & vendit.* Quod si simpliciter rem venditor tradiderit, ac ab emtore au-

ferri passus sit, nec quicquam de pretii solutione dictum fuerit, neque quicquam eorum intervenerit, quæ jam enumerata sunt, vix est, ut dici debeat de pretio tunc fides habita; cum ita neque securus fuerit venditor redditus, neque ei satisfactum sit, neque ullum habitæ fidei indicium existat; atque insuper, admissa sententia contraria vix casus superfuturus esset, in quo non emtori intelligeretur de pretio fides habita, nisi cum nominatim id expressum esset, venditorem nolle sequi fidem emtoris, atque ita frustranea videretur illa Imperatoris admonitio, *non aliter res venditas & traditas emtori acquiri, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit*, *d.* §. 41. *Instit. de rer. divis.* Confer Mollerum *semestrium lib.* 4. *cap.* 28. *n.* 3. 4. *& seqq.* Hugo. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 19. Vinnium ad §. 41. *Instit. de rer. divis.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 217. Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 17. *n.* 20. & alios ibidem citatos.

12. An autem, & quando, res vendita & tradita, etiam post fidem de pretio habitam, vindicari per venditorem possit, latius expositum *tit. de rei vindic. n.* 14. 15. Uti & plenius in *tit. de acquir. rer. domin.* explicandum erit, ex emtione aliisque similibus causis non aliter transferri dominium immobilium, & quæ immobilibus hac in parte assimilata sunt, quam si traditio solemniter coram lege loci, aut in feudalibus coram curia feudali, facta sit, soluto etiam quibusdam in locis tributo quadragesimæ aut alterius partis pretii, fisco pendendæ.

13. Quandoque tamen præter vacuam emtæ rei possessionem etiam alia per venditorem emtori præstanda sunt. Rerum namque fungibilium, nec non prædii ad quantitatem venditi admensuratio aut appensio venditori incumbit, arg. *leg. quod sæpe* 35. §. *in his, quæ* 5. *ff. de contrab. emt. l.* 2. §. 1. *ff. de peric. & commodo rei vend.* de qua mensione ac quæstionibus circa eam, agendum pluribus *tit. de solutionibus*. Fundi venditi demonstrationem fieri necesse est, *l. Titius heres* 48. *ff. b. t.* Licet nominare confinium agrorum dominus venditor haud teneatur, quasi supervacua sit nominatio confinium post ipsos fines satis monstratos, *l. cum servo* 63. §. 1. *ff. de contrab. emt.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 17. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 13. neque etiam tradere emtori instrumenta ad probandam originem acquisitionis, seu docendum jus suum, necessaria; quippe quæ monstrari seu ostendi emtori, ac ubi usus exegerit; exhiberi sufficit, ea lege, ut, postquam iis emtor usus fuerit, venditori asservanda restituantur, arg. *l. instrumenta* 24. *C. de fideicommissis*, *d. l. Titius heres* 48. *l. creditor* 52. *pr. ff. b. t.* Groenewegen *ad Grotii manud. d. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 14. Carpzovius *defin. forens. par.* 2. *constit.* 33. *defin.* 18.

14. Omnia insuper præstanda emtori commoda, cedenda jura, & actiones, quæ rei venditæ occasione per venditorem acquisita sunt, enumerata in *t. de peric. & commodo rei vend. n.* 9. Interponenda & cautio de his omnibus tradendis aut præstandis, si nondum venerit dies traditioni præfixus, vel traditio de præsenti aliquo casu impedita sit, arg. *l. ex emto* 11. §. *idem Neratius* 8. *ff. b. t. l. emtor* 24. *C. b. t. l. in omnibus* 41. *ff. de judiciis*, §. *& si rem* 2. 3. *instit. de offic. judicis*. Ac denique solvendum id quod interest, si vel res aliena a sciente vendita sit, licet necdum evicta, *l. servus, quem* 30. §. 1. *ff. b. t.* (utcunque nominatim id actum esset, ne eo nomine quicquam præstetur, nisi & emtor sciverit rem alienam esse, *l. tenetur ex emto* §. *ult. ff. b. t.*) vel res sacra aut alias commercio exempta ignoranti dolo malo distracta fuerit, §. *ult. inst. de emt. venditione*, *l. qui officii* 62. §. 1. *ff. de contrab. emt.* vel venditor malum confinem celaverit, quem emtor si audivisset, non fuisset emturus, *l. quod sæpe* 35. §. *ult. ff. de contrab. emt.* (quod tamen moribus non obtinere, monet Groenewegen ad *d. l.* 35. §. *ult.*) vel in mora tradendi sit, aut dolo vel culpa tali, quæ per eum ex natura negotii vel conventione præstanda est, fecerit, quo minus tradere possit; vel denique contumaciter tradere nolit, cum haberet tradendi facultatem. Neque enim venditor ad traditionem rei venditæ præcise cogi potest, sed liberatur præstando id quod interest; tum quia obligatio ad tradendum est facti obligatio; in omnibus vero faciendi obligationibus id obtinet, ut, qui factum non adimplet, præstatione pecuniaria ejus quod interest, defungi possit, *l. si quis ab alio* 13. §. 1. *ff. de re judic.* §. *ult. inst. de verbor. obligat.* tum quia nulla legibus via aut ratio est prodita, per quam districte ad traditionem compelli posset; tum denique quia pluribus in legibus præstatio ejus, quod interest, venditori invenitur imposita, qui rem venditam *procacia* sua tradere non vult, *l. si traditio* 4. *C. de act. emti l. si jactum* 12. *ff. b t.* Nec est, quod excipiatur, in emtione rem, non factum, in obligationem deduci, *l. venditor ex hereditate* 21. *in med. ff. de hered. vel act. vend.* ac vacuæ possessionis traditionem non nudum esse factum, sed tale, quod continet causam bonorum, *l. in conventionalibus* 52. §. 1. *ff. de verbor. oblig.* Etenim ita in emtione res in obligationem deducitur, ut circa eam interponi debeat facti præstatio, traditio scilicet vacuæ possessionis: quæ ipsa traditio etiam in se spectata nudum factum est, consistens quippe in datione de manu in manum, aut inductione in possessionem, aliove facto simili, quo contingit translatio possessionis; ac proinde ejusdem naturæ est factum *tradendi fundum* & *fossam fodiendi* quantum ad præstationem ejus quod interest ob id, quod factum impletum non fuit, nec quisquam directo per rerum naturam ad factum cogi potest, *l. stipulationes* 72. *pr. ff. de verbor. oblig.* nec aliam puto rationem esse, cur is, qui stipulatus est *fossam fodiri, vacuam possessionem tradi, domum ædificari*, dicatur *incertum* stipulatus esse, *l. ubi autem non* 75. §. *quid id* 7. *ff. de verb. oblig.* quam quia incertum est, an implementum facti secuturum sit, an vero, quia factum non fuit præstitum, in pecuniam condemnatio facti vicem sit suppletura. Quod autem in *d. l.* 52. §. 1. *de verb. oblig.* Ulpianus scripsit, vacuæ possessionis traditionem *non nudum factum esse, sed causam bonorum* continere, non alio pertinet, quam ut significet, ex facto illo traditionis vacuæ possessionis aliquid nostris bonis accedere, dominium nempe aut civilem possessionem cum usucapiendi facultate, juxta *l. ex emto* 11. *& in primis* 2. *ff. b. t.* junct. *pr. inst. de usucapion.* quod non ita est in aliis factis, nihil post se relinquentibus, aut patrimonio adjicientibus, quale est factum eundi Romam, in Capitolium ascendendi, & quæ hujus generis sunt alia plura. Nul-

larum quoque virium sunt, quæ ex nostra sententia a nonnullis educuntur absurditates; sic jus civile probare contractuum violationem, sic legis auctoritate frangi impune posse fidem datam, dum aliud in obligationem deductum fuit, aliud emtori invito obtruditur. Considerandum enim in obligatione quidem solam esse tradendi necessitatem, §. 2. *inst. de donat. d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* sed in liberatione esse præstationem ejus quod interest; quæ ipsa præstatio ejus quod interest ob rem non traditam perfidiæ ac contractus violati pœna est, *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend.* ut proinde non impune ferat frangens contractus fidem; nisi quis eadem ratione contendendum putet, & dolum impune fieri, & facti nudi obligationes impune negligi, dum in contractibus dolum faciens, factumve nudum haud adimplens, non in aliud quam quanti adversarii interest damnari solet. Quin imo, pari jure dixeris, venditorem, qui dolo malo fecit, quo minus rem tradere posset, dum illam confregit consulto, vel in mare abjecit, vel alteri postea vendidit ac tradidit, impune fidem frangere, cum omnibus etiam dissentientibus placeat, hoc omnes ad id quod interest rem traditam non esse, oportere damnari. Frustra quoque obtenditur, adversus venditorem refractarium paratam esse ablationem manu militari faciendam, quo fiet, ut emtor vacuam possessionem atque ita traditionis effectum consequatur, *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vindic.* Penitius enim attendenti apparebit, in *d. l.* 68. ablationem manu militari adhiberi, ut res iniquo ac contumaci subducta possessori ad verum dominum revertatur, eique suum defendatur potentissimum dominii jus; quorum nihil in emtione contingeret per ablationem manu militari factam, dum res vero auferretur domino, ac dominium ejus tribueretur ei, qui dominus non est. Ne dicam, ablationem atque translationem dominii a domino in alium jure Romano judicium & magistratuum ordinariorum excessisse potestatem, ac solius Principis aut legis id fuisse: usque adeo, ut ne hypothecario quidem creditori, potentius in pignore jus habenti, quam emtor emtæ rei ac necdum traditæ intuitu habet, prætor dominium pignoris, emtorem toto biennio haud invenientis, addicere potuerit, sed solus Princeps, *l. ult. C. de jure domin. impetr.* nec alia prætoribus competierit per manum militarem inductio in possessionem, quam quæ missionis in possessionem tuendæ gratia interponebatur, dominium neutiquam inducto tribuens, sed tantum detentionem *l. si quis missus* 3. *ff. ne vis fiat ei, qui in possess. miss. erit, l. si finita sit* 15. §. *ubi autem* 23. *ff. de damno infecto.* Non etiam adversatur, quod interesse nequeat duplum excedere, *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest feruntur*, & tamen venditor ne duplo quidem pretio oblato ab emtione possit resilire, aut ejus petere rescissionem, *l. non est* 6. *C. de rescind. vend.* Agit enim *l.* 6. de casu, quo contractus utrimque jam impletus erat traditione rei & pretii numeratione; a quo proinde recedi non poterat, nisi nova interposita venditione, *l. ab emtione* 58. *ff. de pactis*; ad quam de novo ineundam invitus nemo compellitur, nec dupli nec quadrupli facta oblatione, *l. invitum* 11. *C. de contrah. emt.* Pretii certe numeratio supponitur, quia non potest *offerri pretium duplum*, nisi ab eo, qui id jam recepit. Supponitur & traditio, quia, si venditor necdum tradidisset, supervacua ipsi foret petitio rescissionis; cum & retinere rem sibi potuisset, & alteri vendere ac tradere dominiumque in secundum emtorem transferre, non aliam subiturus perfidiæ pœnam, quam ejus quod interest præstationem, ut ante dictum, *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend.* Sed &, si vel maxime daretur, in *d. l.* 7. *C. de re rescind. vendit.* agi de venditione tali, ad quam necdum rei traditio neque numeratio pretii secuta fuit, non tamen argumentum, inde a dupli pretii oblatione petitum, ulla stringeret ratione; cum tempore Diocletiani & Maximiani, auctorum d. legis sextæ, nondum præstatio ejus, quod interest, ad duplum coarctata fuerit, sed omnino duplum excedere potuerit; dum a Justiniano demum inductum fuit, ne id quod interest, in casibus certis duplum egrediatur, per *d. l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Minus movet, quod ea ratione fieri possit, venditorem ex sua perfidia lucrum sentire, emtorem vero hærere in damno, si forte res aureis centum emtori primo distracta deinceps trecentis aut pluris vendi potest, quo tamen casu emtor a venditore non ultra duplum, adeoque non ultra ducentos aureos nomine ejus quod interest consequeretur, *l. unic. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Etenim, aut tempore venditionis res aureis centum emta valebat trecentis atque tunc venditor non tam præstabit emtori id quod interest, quam potius ipse desiderabit suppleri pretium vel rem restitui, quia læsio ultra dimidium est, *l.* 2. *C. de rescind. vend.* aut ex adverso, cum tempore contractus non pluris valuisset res vendita, quam quanti distracta erat, aucto postea pretio cœpit trecentis valere, ac eo casu totum, quanti emtoris interest, atque adeo etiam triplicatum pretium emtione expressum, venditor præstare compellendus foret; quia illud interesse fluit ex incerta causa, incremento scilicet incerto æstimationis temporis futuri post venditionem, dum præsentia quidem rerum pretia certa sunt, futura non item; in casibus vero incertis condemnatio in id quod interest intra dupli quantitatem coarctata non est, *d. l. n. C. de sent. quæ pro eo quod interest.* Leve insuper est, quod ajunt, parem emtoris ac venditoris obligationem esse; emtorem præcise cogi ut pretium solvat, venditorem ergo compellendum vicissim ut rem præcise tradat emtori. Diversitatis namque ratio in eo est, quod re non tradita in locum ejus subintrare possit præstatio ejus quod interest, & rei ipsius vice fungi; at pretii seu pecuniæ numeratæ vicem supplere nequeat id quod interest, cum omnia æstimet pecunia, a nullo æstimetur, nec, uti æstimatio rerum, quæ mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce æstimanda sit, *l. si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussor.* Non obstat denique, quod a Paulo scriptum est, *eum qui alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei extiterit, cogendum implere venditionem, l. si quis alienum* 46. *ff. h. t.* quæ coactio ad implementum excludere videtur liberationem per præstationem ejus quod interest, quippe ad quam ejus quod interest solutionem venditor etiam ante impetratum successionis jure dominium devinctus erat, *l. servus, quem* 30. §. 1. *ff. h. t.* Respondendum enim, obligationem quidem ad tradendum, quæ & ante acquisitum dominium nata erat ex venditione, firmari magis per supervenientem proprietatis acquisitionem; adeo ut, cum antea tradendo non dominium, sed tantum pos-

sessionem, in accipientem fuisset translaturus, nunc emtorem ex traditione dominum efficiat, *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* sed id non impedire, quominus & post acquisitum dominium præstatione ejus quod interest liberetur, maxime si consideres, etiam ante dominium quæsitum venditorem ex ipso venditionis contractu obstrictum fuisse ad implendam venditionem, *d. l.* 11. §. 2. *ff. h. t.* Nostros vero mores quod attinet, scriptum quidem a pluribus invenio, venditorem habentem rei tradendæ facultatem compelli posse, ut tradat, nec liberari præstando id quod interest. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 50. Groenewegen ad *l.* 4. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 10. atque ita emtori electionem a Grotio tribui, utrum post moram in tradendo velit acceptare a venditore quanti sua interest, an etiamnum mordicus urgere traditionis necessitatem, *Manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 26. 27. 28. Neque hæc dubium habebunt, si judicibus nostratibus id vindicetur, quod ex officio suo veris dominis rem auferre & in alium transferre possint, uti hanc ipsis potestatem defendit Neostadius *d. decis. supr. Cur.* 50. Cæterum si extremum illud, abductionem nempe aut inductionem in possessionem per manum militarem non ita facile nec promiscue adhibendam judices censuerint, alterumque propositum a Neostadio cogendi modum amplecti malint, civile nempe venditoris custodiam (*Gyzelingi*) magis est, ut tunc adhuc Romani juris definitionem servari dicamus, in quantum tunc non aliud in reis ad tradendum compellendis adhibetur remedium, quam quod ad impetrandum implementum obligationis ad alia qualiacunque sive nuda sive non nuda facta tendentis comparatum est; atque adeo adhuc verum erit, liberari venditorem præstando id quod interest, sicut evenit in omnibus facti obligationibus: quod & Neostadius haud diffitetur, dum scribit, si venditor tædium carceris pervicacia evincat, & tradere nolit, tum demum emtori facti præstationem per judicem æstimare licebit, pretiumque pignoribus captis exsequi, venditore nihilominus carcere detento, dum pretium ex pignorum captorum distractione confectum, resque judicata soluta fuerit, *decis.* 50. *in fine.*

15. Non tamen præstanda emtori per venditorem ea, quæ tantum commendandi gratia, non ut præstaret, de rei bonitate dixit, nisi dolus concurrat, *l. sciendum* 19. *ff. de ædil. edict. l. quod venditor* 37. *ff. de dolo*, *l. Julianus* 13. §. *si venditor* 4. *ff. h. t.* aut nisi temere asservaverit bonæ frugi & fidum esse servum, quem vendidit, cum fur esset; eo quod, uti is, qui scit, præmonere debuit, furem esse, sic, qui id ignorat, non debet facilis esse ad temerariam indicationem, *l. Julianus* 13. §. *quid tamen* 4. *ff. h. t.* Sed de his latius *t. de ædil. edict.*

16. Venditi actio, quæ itidem personalis & bonæ fidei est, venditori datur; sive rei venditæ dominus sit, sive, cum dominus non esset, vacuam tamen tradiderit rei possessionem, arg. *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *in fine ff. h. t.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 125. & utiliter etiam ei, pro qua procurator ex mandato rem vendidit, arg. *l. Julianus* 13. §. *si procurator* 15. *ff. h. t.* Si judicis decreto per executores rei judicatæ res venditæ sint, executoribus ipsis velut venditoribus, non item creditoribus, in quorum utilitatem cedet pretium, actio hæc danda est, arg. *l. a D. Pio* 15. *v. sed si emtor* 7. *ff. de re judicat.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *concil.* 229. *pag.* 656. Instituitur autem adversus emtorem, & utiliter etiam contra eum, qui emi mandavit, maxime, si cum constaret de mandato, nomen ejus, tanquam emtoris, insertum sit instrumento emtionis, ac merces mandati traditæ sint, arg. *d. t.* 13. §. 25. *ff. h. t.* etiamsi tunc mandans procuratori pretium numerasset, venditori pro re vendita pendendum; nec hic persolverit, Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 248.

17. Quod si quis rem ea emerit lege, ut pretium solvat, *quando voluerit*, aut *postquam fuerit Romam profectus*, ipse quidem vivus conveniri nequit ut pretium præstet, aut Romam eat, quo nascatur exactio pretii, sed magis post obitum ejus adversus heredes demum ad implementum contractus agendi potestas est, quasi extincto jam illo volendi arbitrio, ex quo non ipse contractus suspensus erat, sed tantum implementum contractus pure celebrati, arg. *l. locatio* 4. *ff. locati.* Nec adversatur, *l. centesimis* 46. §. *pen. & ult. ff. de verb. obl.* in qua Paulus ait, inutilem esse verborum obligationem, qua quis promittit centum, *si voluerit*, vel *cum voluerit* quidem ipse vivus non constituerit se velle obligatum esse; unde sequi videbatur, nostro quoque casu inutilem emtionem esse, si emtor ipse vivus Romam eundo non declaraverit, se velle debere. Etenim longe aliud est, totam venditionem, stipulationem, aliamve similem conventionem dependere ab arbitrio ejus, qui futurus est debitor; quo casu, uti stipulatio secundum *d. l.* 46. §. *pen. & ult.* inutilis est, ita quoque emtio imperfecta censetur, *l. quod sæpe* 35. §. *illud* 1. *ff. de contrah. emt.* aliud vero, emtionem pure contrahi, sed implementum ejus differri in tempus arbitrio emtoris ac voluntate definiendum, quod est in nostra facti specie; in qua tantum obligationis ad pretium solvendum, illico cum ipso contractu natæ, executio suspensa fuit a voluntate emtoris; cujus proinde voluntas morte cessans, etiam non ultra suspendere potuit implementum a sola emtoris voluntate dilationem haben[illegible] *d. l.* 4. *ff. locati*, Sande *dec. Fris. lib.* 3. *t.* 9. *def.* [illegible].

18. Tendit hæc actio ad id, ut emtor pretium solvat, nummosque ita solutos accipientis faciat jure dominii, licet res aliena fuisset vendita, arg. *l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. h. t.* impensas restituat a venditore post venditionem in rem emtam factas, adeo ut & in funus servi venditi, sed ante traditionem extincti, erogata reddenda sint, *l. Julianus* 13. §. *præterea* 22. *ff. h. t. l. pen. C. h. t.* arg. *l.* 1. §. *licet autem* 3. *ff. de peric. & comm. rei vend.* atque etiam sumtus in cibaria servi aut animalis venditi, si per emtorem steterit, quo minus ei traderetur, *l. si venditor* 38. §. *si per emtorem* 1. *ff. h. t.* Præstet insuper ea omnia, quæ vel ex speciali pacto apposito, vel ex natura emtionis præstanda sunt, præcipue usuras ex mora; cum æquum videatur, ut, dum re fruitur emtor, usuræ venditori cedant, *l. curabit* 5. *C. h. t. l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. 21. *ff. h. t.* quod & nostris moribus, quibus alioquin difficilius ex mora extrajudiciali usuræ debentur, (*ut dicetur t. de usuris*) in prædiorum rusticorum & urbanorum venditione probatum est, ex quo illa fuerint emtori tradita, vel pensionis cujusque dies cessit, ubi annua bima trima die solutio pretii ex pacto fieri debet, arg. *l. Ju-*

cta 40. *in med. ff. de reb. creditis*, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 4. 5. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 33. *in fine*. Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 41. *in pr.* nisi nominatim id actum sit, ut pensionum etiam illarum, quarum dies post demum cessurus est, usuræ pendantur, arg. *l. si legatum* 3. §. *ult. ff. de annuis legatis*. Neque ab hac usurarum obligatione emtorem liberabit, quod forte venditor spe futuræ numerationis apocham dederit, vel etiam graphiarius per quandam gratificationem confessus apocha fuerit, nummos ex re, præsente pecunia per auctionem publicam vendita, apud eum deponendos solutos esse, cum vere solutio non intercessisset, arg. *t. C. plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*, maxime si consideres, neque graphiarios ista præditos esse gratificandi potestate, sed nudos pecuniarum consignatarum custodes censeri; neque emtori impunitam esse oportere fraudem legi venditionis factam, Ant. Mat. *de auction. libr.* 1. *cap.* 13. *n.* 5. Neque quicquam facit in contrarium, quod apochis publicis non numeratæ pecuniæ exceptio opponi nequeat, uti nec confessionibus depositarum pecuniarum, *l. in contractibus* 14. §. 1. *C. de non numer. pecun.* cum id inter ipsos quidem illos, inter quos apochæ tales fabricatæ sunt, obtineat; aliis vero, quorum interest nihil clandestinis & domesticis simulari fraudibus, machinationes tales non debeant obesse, arg. *tot. t. ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

19. Non etiam usurarum præstationi sese emtor jure subduxerit ex eo, quod ob imminentem rei venditæ ac traditæ evictionem denegaverit pretii solutionem, aut venditor noluerit illud legitimo modo oblatum acceptare; cum his in casibus oportuisset illud consignatum deponere; eo quod usuræ pretii rerum venditarum non tam ex sola consideratione moræ ex persona per interpellationem introductæ, quam potius propter conventionem aut moram ex re debentur, nostris præsertim moribus: ne scilicet emtor simul lucretur usuras pretii & fructus rei, *d. l. curabit* 5. *C. h. t. d. l.* 13. §. 20. 21. *ff. h. t.* qualium usurarum cursus sola oblatione non sistitur, sed depositione opus est, *l. acceptam* 19. *C. de usuris*, arg. *l.* 1. §. *ult. l. debitor usurarius* 7. *de usuris*, ac proinde, licet venditori, fidejussores idoneos pro evictione tunc non danti, pretium emtor solvere non cogatur, *l. pen.* §. 1. *ff. de peric. & commodo rei venditæ*, tamen nec in suos usus retinere potest, sed consignatum deponendum est, arg. *l. evictis agris* 18. §. 1. *ff. de usuris*. Joh. a Sande *decis. Frisic. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 8. & multi alii ibidem citati, Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 32. *quæst.* 2. Carpzovius *definit. forens. part.* 2. *constit.* 34. *defin.* 38. Berlichius *part.* 2. *conclus. pract.* 38. *n.* 15.

20. Non tamen hac actione consequitur venditor præter usuras omne omnino, quod mora non facta consequi potuisset, veluti si negotiator sit, & pretio soluto ex mercibus plus, quam ex usuris, fuisset lucraturus, *l. ult. ff. de peric. & commod. rei vend.* Nam nec emtor ob moram in tradendo factam jure petierit lucri istius æstimationem, quod negotiando quærere potuisset, impleta suo tempore rei venditæ traditione, *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem* 3. *ff. h. t.* Nec obstat *l. arbitraria* 2. §. *ult. ff. de eo quod certo loco*, cum id singulare sit in trajectitia pecunia, quæ negotiationis gratia certo loco numeranda erat.

21. Similiter ob pretium non solutum non recte venditor contendit ad emtionis dissolutionem, reique jam per traditionem translatæ restitutionem; sed magis ad implementum ejus experiundum est, *l. incivile* 12. *C. de rei vindicat.* nisi ab initio id nominatim convenerit, ut ab emtione ob moram in ea implenda factam recedere liceat, *l. venditi actio* 6. *C. h. t.* Ac de eo casu, quo id nominatim actum fuit, accipi poterit rescriptum Imperatorum in *l. cum te fundum* 6. *C. de pactis inter emt. & vend.* si illico pro *conveniat* legatur *convenit*, cum Cl. D. Noodt *probabil. lib.* 4. *cap.* 2. Quamvis & dici non inepte possit, retenta lectione *d. legem* intelligi posse de contractu innominato, & nata ea occasione condictione causa data causa non secuta. Exiguo scilicet pretio *Rimulus* (ad quem dirigitur rescriptum) fundum in Titium transtulerat, certæ rei contemplatione inter eos habita, adeoque ut aliquid vicissim a Titio fieret aut præstaretur præter pretium illud vi ius emtione expressum; cum autem Titius contractum hunc innominatim ex suo latere haud impleret, ajunt Impp. eam rem *Rimulo* fraudi non fore, *quando non impleta promissi fide dominii* translati *jus in suam causam reverti conveniat*, id est, cum conveniat, seu æquum sit, non impleta promissi fide, adeoque non secuta causa, ob quam res viliori pretio distracta & sic data erat, jus dominii in suam causam reverti, ad Rimulum redire, intentata nempe conditione causa data causa non secuta adversus Titium, promissa non implentem, quam condictionem non ex vero, sed quasi ex contractu nasci, dictum fuit, *tit. de condict. causa data*. Atque ita facti species in *hac lege sexta* comprehensa coincidit fere cum ea, quæ est in *l. tenetur* 6. §. *si vendidi* 1. *ff. h. t.* ubi Pomponius ait, *si vendidi tibi insulam certa pecunia, & ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito ut reficias*. Nec est, quod regeras, eo ipso, quo Pomponius in *hac* lege actionem ex emto dat ad insulæ refectionem, necessario sequi, negotium hoc non ad contractus innominatos, sed ad emtionem debere referri, adeoque inepte *legem* 6. *C. de pact. inter emt. & vend.* ita accipi, quasi non emtio sed innominatus contractus in eo proponeretur. Etenim, quod in quæstione, utrum emtio an permutatio sit, si ex uno latere res, ex altero latere res simul & pecunia detur, responderi solet, videndum scilicet esse in dubio, utrum plus in re sit quam in pecunia, an ex adverso plus in pecunia quam in re pecuniæ addita, ut isto quidem in casu permutatio, in hoc vero emtio dici debeat; id huc quoque transferendum est. Scilicet, si in conventione, ut ex uno latere res præstetur, ex altero pecunia & simul factum aliquod, plus sit in æstimatione facti, quod pecuniæ dandæ junctum erat, quam ex ipsa pecunia, contractus innominatus erit, a potiori imposita denominatione, uti innominatus esset contractus, ubi tantum factum refectionis aut simile quid ex uno latere præstandum esset, secundum Pomponium & Neratium in *d. l.* 6. §. 1. *ff. h. tit. l. insulam hoc* 6. *ff. de præscrip. verbis*, ac de eo casu accipi oportere *legem* 6. *C. de pact. inter emt. & vend.* satis inde colligi potest, quod fundus proponitur non venditus, sed *exiguo pretio* in alium *translatus*, *certæ rei contemplatione inter eos*, qui contrahebant, *habita*; pre-

tium autem *exiguum* sine dubio censeri debet minus dimidiato, arg. *l. 2. C. de rescind. vend.* cum ergo ea ratione prædominaretur facti præstandi æstimatio, majorque esset exiguo illo pretio, quod intercesserat, non alius videri poterat contractus quam innominatus do ut facias. Contra, si plus sit in pecunia numerata, quam facti implendi ac pecuniæ adjuncti æstimatione, atque ita pecunia prædominetur, emtio magis quam contractus innominati species in tali conventione contineretur; ac de tali casu recte acceperis *d. l.* 6. §. 1. *ff. h. t.* ubi insula non simpliciter translata proponitur in alium, sed *vendita*, idque non exiguo aliquo pretio, sed simpliciter *certa pecunia*, cui certæ pecuniæ non factum adeo sumtuosum, sed tantum *refectio alterius insulæ*, addita fuit, qualis refectio plerumque ad modicas tantum impensas per fructuarium maritum in rebus dotalibus aliosque similes faciendas, nec finito usufructu aut matrimonio soluto reddendas, pertinet, arg. *l. usufructu* 7. §. *quoniam* 2. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat. l. omnino* 12. *l. pen. ff. de impens. in rem dot. factis, l. fructus eos esse* 7. §. *ult. ff. soluto matrim.*

22. Quia vero nostris moribus frequens est, prædia pretio annua bima trima die solvendo vendi, & pensione prima soluta rem immobilem emtam coram lege loci ita solemni transferri traditione, ut in pretium residuum res ipso traditionis tempore obligetur, cujus generis instrumenta obligatoria dicuntur *custing brieven*, & nummi inde debiti, *custing penningen*. Grotius *manud. ad Iurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 56. 57. hinc dubitari posset, an, si primus secundo prædium vendiderit pretio certis pensionibus solvendo, illudque pro pretio residuo particulatim statis temporibus pendendo obligatum coram lege loci solemniter tradiderit, secundus vero idem illud prædium rursus tertio distraxerit pretio itidem annua bima trima die numerando, cum jam pensionum primæ venditionis dies unus alterque venisset, neque tamen solutio secuta esset; an, inquam, primus venditor differre teneatur exactionem pensionum illarum, quarum dies jam venerat, donec venerint & dies pensionum illarum, in quas venditionis secundæ pretium divisum fuit? Sed cum res inter alios acta aliis non noceat, neque primus emtor alia lege rem in præjudicium venditoris tradere emtori secundo cum effectu potuerit, quam qua primus venditor eam voluit in primum emtorem translatam; consequens est, ut jure suo venditor primus recte præsertim petat solutionem illius partis pretii, cujus dies jam venit; aut alioquin prædium, tanquam jure pignoris sibi obnoxium, solemni subhastationis decreto vendi curet; nisi emtor secundus intercedat, oblata pensionum, quæ peti possunt, parata solutione, interusurium medii temporis, quo tardius ipse solvere potuisset, vicissim venditori secundo propter repræsentationem in pretii solvendi partem imputaturus.

23. In quæstione, uter prior contractum implere debeat, emtor an venditor; respondendum videtur, eum qui agit, sive emtor sit sive venditor, prius ex suo latere implere debere ac præstare omnia, ad quæ præstanda ex illo contractu obstrictus est, ne alioquin per reum conventum exceptione contractus ex latere actoris necdum adimpleri repellatur, *l. Julianum* 13. §. *offerri* 8. *l. qui pendentem* 25. *ff. h. t. l. aditiles etiam* 25. §. *ult. l. si servus* 57. *ff. de ædilit. edict. l. ex his prædiis* 5. *in fine C. de eviction. l. fistulas* 78. §. *pen. ff. de contr. emt.* Zangerus *de exception. part.* 3. *cap.* 22. *num.* 6. 7. Gratianus *discept. forens. cap.* 525. *in pr.* Andr. Gayl *lib.* 2. *observat.* 17. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 122. Groenewegen *ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 9. *& alii ibi cit.* Ut tamen exceptio contractus ex parte actoris non impleti non per reum excipientem probanda sit, sed magis per actorem ipsum, ex contractu velut impleto agentem, implementum probari debeat; nam etsi regulariter verum sit, reum in exceptione actorem fieri, & gravari onere monstrandi exceptionis veritatem, *l.* 1. *ff. de exception. l. si quidem* 9. *C. de excep.* non tamen id hic locum habet, tum quia totum actoris fundamentum in contractu ex sua parte impleto consistit, ut proinde implementum illud ab adversario negatum docere teneatur; æque ac probare teneretur contractum intervenisse, si & illud reus inficias iret, (de qua emtionis probatione vide Mascardum *conclus.* 1409.) tum quia reus in exceptione simplicem allegat facti negationem, cujus naturali ratione probatio nulla est, *l. actor* 23. *C. de probation. l. asseveratio* 10. *in fine C. de non numerata pecun.* Mascardus *de probation. conclus.* 892. Zangerus *d. part.* 3. *cap.* 22. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 10. *def.* 18. Plane, in quacunque judicii parte objecta fuerit actori exceptio contractus non impleti, liberum actori est implementum quantocius offerre, atque ita efficacem reddere suam, quæ laborare ab initio videbatur, petitionem, arg. *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Gratianus *discept. for. cap.* 525. *num.* 10. Menochius *de arbitrar. jud. libr.* 1. *quæst.* 16. *n.* 6. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 18. *num.* 13. Quod si neuter contrahentium alteri fidat, non aliud superest, quam ut & rei mobilis venditæ & pretii promissi sequestratio fiat, atque ita sequester venditori pretium, emtori rem præstet, *l. si soluturus* 39. *in fine ff. de solution.* vel uterque idoneam interponat de implendo contractu cautionem, arg. *l. videamus* 26. *ff. de ædil. edict.* Groenewegen *ad Grotii manud. jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 15. *num.* 8. *in fine.*

TITULUS II.

Locati conducti.

SUMMARIA.

1. *Quid sit locatio, proxima emtioni? Quid distet a promissione de facienda locatione? An locatio in longum tempus sit alienatio? an sit inutilis quæ in longum tempus facta est, si non solemniter coram lege loci, ubi res immobilis locata jacet, facta sit, per distinctionem ex moribus explicatur. An prohibitus alienare in longum tempus locare possit?*
2. *An ad locationem prædiorum urbanorum & rusticorum scriptura opus sit in Hollandia & Ultrajecti?*
3. *Quæ res locationem recipiant, quæ non? An res aliena locari possit? An & quando per locationem dominium transeat?*
4. *An fructuarius, habitationem aut usum habens, aut antichresin, possit res illas elocare etiam ipsis dominis rerum?*
5. *Conductor quando ipse rursus elocare rem possit, quando non?*

6. *De locatione operarum? quæ locari possint? eligit quisque, cujus opera uti velit. Fallit id in molitoribus & molendinis privilegiatis* (dwang-Molens). *Nec præfecti navium bellicarum merces jure transvehunt.*

7. *Merces in locatione quibus veniat appellationibus? certa debet esse. Sæpe, licet conventione non definiatur, usu tamen certa est.*

8. *Merces in pecunia numerata consistere debet; aliquando in parte fructuum. Quis sit* colonus partiarius, *& an is petere possit remissionem mercedis ob sterilitatem?*

9. *Locationes fiunt vel privatim vel auctione publica; auctione publica res fisci, Principis, civitatum, pagorum. De locatione,* quamdiu locator voluerit; *deque ea, quæ per curatores fit ad tempus,* quo pupilli majorennes erunt. *An ea expiret per veniam ætatis, aut per nuptias? De locatione tacitâ. An pro ea obligati maneant fidejussores & pignora primæ conductionis? An & repetita tacite censeatur clausula consensus in condemnationem, ac pœnæ stipulatio?*

10. *In quantum tempus tacite repetita censeatur conductio, maxime in prædiis rusticis & urbanis?*

11. *Apud nos nunc non ultra probatæ sunt tacitæ locationum continuationes in prædiis rusticis & urbanis.. Non etiam tacita continuatio est, si locator furere cœperit vel moriatur, & finito locationis tempore nullus ei heres existat.*

12. *Qui plura scripserint de tacita conductione?*

13. *Finito locationis tempore, an primus conductor tantum offerens quantum novus, potior sit invito locatore? An non, si sit conductor prædii fiscalis? An fructuario elocante proprietarius extraneo conductori præferendus sit, si tantundem offerat?*

14. *Quid sit actio conducti? contra quos detur? Ad quid tendat? ubi de instrumentis ædium aut fundi locati; de reparatione; de patientia tollendi ea, quæ conductor suo sumtu fecit, & efferendi invecta illata, finita conductione. An & reparandum sit conductori damnum, quod ex vitio rei locatæ passus est?*

15. *Si quis separatim duabus eandem rem locaverit, vel suas operas, qui potior sit?*

16. *Recensentur casus, quibus conductor ante tempus expelli potest, nec tamen consequitur id quod interest: ubi de eo, qui re locata indiget ad proprios usus; de necessaria rei locatæ reparatione; de abusu conductoris; de mora solvendæ pensionis; de morte fructuarii & præbendarii, & fiduciarii, qui agros elocaverunt, & quo usque per pensionis perceptionem propietarius fideicommissarius aut successor præbendæ censeantur confirmasse præcedentem conductionem? denique de agro, qui per hostes captus, ab iis elocatus est, si ante finem locationis iterum expellantur.*

17. *Recensentur casus, quibus expulsus ante tempus consequitur id quod interest; sub quo & continetur, quanto pluris conductor primus secundo locavit. Ubi de eo, qui sciens vel ignorans locavit rem alienam; de fructuario, qui rem fructuariam locavit ut propriam; de fundo dotali per maritum locato, & an uxor soluto matrimonio stare teneatur tali locationi; & an pupilli locationi per tutores factæ? An legatarius proprietatis aut ususfructus, aut emtor, locationi per defunctum aut venditorem factæ? & quid nostris moribus in hisce obtineat?*

18. *Posita licentia expellendi conductorem ante tempus non privata, sed publica auctoritate id fieri debet; debet & præcedere denunciatio tempestiva, ut conductor sibi aliunde prospiciat in proximum migrationis tempus. Non impeditur expulsionis licentia ex eo, quod conductori ipsum prædium conductum in securitatem conductionis obligatum sit. Nec ob quemvis abusum, sed tantum ob graviorem, arbitrio judicis, conductor expelli potest.*

19. *Posito statuto, quod successor particularis stare teneatur locationi, etiam futuri temporis pensio ei solvenda est, licet conductor eam in antecessum jam solvisset locatori?*

20. *An literati ad migrandum cogere possint vicinos cum strepitu majorem artificia exercentem?*

21. *Quid sit actio locati? Quibus detur & contra quos? Si plures conduxerint, an singuli in solidum teneantur? An locatori primo actio detur contra secundum conductorem, saltem tunc, cum conductor secundus aliquoties primo solvit locatori? An conductor secundus solvens merces primo locatori liberetur?*

22. *Petitur hac actione merces integri temporis, licet conductor ante tempus migraverit, non habens migrandi causam. An cedat in conductoris ante tempus migrantis exonerationem merces illa, quam tertius pro reliqui temporis usu solvit; an magis cedat lucro locatoris.*

23. *Si conductor migret ex justa causa, non solidam totius temporis, sed tantum pro rata, mercedem solvit. Recensentur justæ migrandi causæ; ubi de alienatione per locatorem facta; non præstito commodo usu rei; incursu hostium aut latronum; justo metu ex ruina, peste violentiore, spectris. Non est justa causa, si conductor jure dominii commodum suis usibus prædium acquisiverit.*

24. *An, & quando ob insolitam sterilitatem remissio mercedis facienda sit, vel non, prolixe traditur; an ob insolitam ubertatem merces augenda sit?*

25. *Quæ sit insolita sterilitas, arbitrio judicis definiendum. Sterilitas æstimanda consideratis omnibus totius agri fructibus, non partium singularum, dum quædam in vineis, quædam in arvis sunt. Quid juris, si paucissimi fructus nati maximo pretio venditi sint? Quid si fructus uberrimi pretio vilissimo? An uno vicinorum remittente, etiam reliqui remittere debeant?*

26. *Recensentur aliæ causæ, ob quas remittenda merces; ubi de eo, qui sine causa expulsus est ante tempus; vel cum ab initio usum non præstitisset, postea offert; vel longe majorem dixit agri locati quantitatem.*

27. *Si operæ conductæ non sint, an nihilominus merces debeatur, explicatur per distinctiones; ubi & de nauta, qui vel suo vel mercatoris facto vel casu impeditus est merces transvehere, ex jure Romano ac moribus.*

28. *Si quis bona fide solverit, mercedem hostibus ea regione potitis, iterato solvere non tenetur, si antea non fuerit n mora notabili.*

29. *Qualem culpam præstet conductor in re conducta, & quibus præcipue appareat culpa conductoris?*

Ubi de forma rei conducta per conductorem mutata, de cistiario cistium evertente, nauta fervente tempestate navigationem incipiente, vadorum peritos non recipiente; fullone vestes permutante, aut patiente eas a muribus rodi; etiam de facto tertii per conductorem praestando.

30\. *Quando de culpa levissima conductor teneatur; ubi de artificibus gemmas includentibus, columnas transportantibus?*

31\. *An, & quando conductor de casu teneatur? si artifex in rem alienam impenderit operam, & illa casu pereat, domino materia, artifici operae pretium perit.*

32\. *Finito tempore locationis res locatori reddenda. Quo modo puniatur jure Romano ac moribus, qui restituere non vult? An conductor possit locatori repetenti abjicere exceptionem dominii? An tertius tanquam dominus intercedere possit, ne conductor restituat locatori? An retineri res conducta propter impensas a conductore in eam factas?*

33\. *Quid sit locatio operis? An eo includat conductionem operarum? & quid distet a locatione operarum & usus?*

34\. *Locatur opus vel aversione, vel in pedes mensurasve, vel in dies singulos constituta mercede. An redemptor operis possit alteri demandare operis implementum? & an ipse ex substituti facto teneatur?*

35\. *De probatione & improbatione operis. Quis sit effectus, si probatio operis arbitrio locatoris permissa sit? Quid si redemptor a praescripto recesserit ex voluntate locatoris? Explicatur, an, & quo usque committi possit arbitrio debitoris, an debeat, vel arbitrio creditoris, an sibi velit deberi.*

36\. *De probatione operis per tertium facienda, an is tempus operis faciendi prorogare possit? Quid juris, si inique, aut dolose, arbitrium interposuerit, aut interveniente dolo ipsius redemtoris? Si tertius nolit vel non possit arbitrari, non est nulla locatio operis, sed judex tunc arbitratur.*

37\. *De periculo operis, an illud ad locatorem, an ad redemtorem pertineat, per distinctiones explicatur. An post operis probationem periculum pertinet etiam ad locatorem probantem, si operis vitio opus collabatur? De operis necdum probati vitio quamdiu locator queri possit? Si plures sint redemtores ejusdem operis, an singuli in solidum conveniri possint, si opus non perfectum aut vitio suo collapsum sit?*

38\. *Intra quod tempus opus redemtum absolvi debeat? An agi possit ad id quod interest, vel opus alteri relocari possit ante lapsum temporis, quo perfici debuit?*

39\. *Quo in loco opus faciendum sit? si alibi fiat, redemtor nihil agit. An valeat redemtio operis sine loci adjectione?*

40\. *Quando operis redemtori solvenda sit merces, si de eo nihil pacto actum sit? An opere non perfecto, ut praescriptum erat, redemtori opus relinqui possit, an magis solvenda sit merces pro rata diminuta? An operis retentio pro mercede promissa sit?*

41\. *De contractu inter magistrum navis, & exercitores, magistrum & socios nauticos; dominos mercium & magistrum; magistrum navis piscatoriae & socios nauticos piscatoriam operam navaturos remissive.*

1\. PRoxima emtioni & venditioni in plurimis, ac iisdem prope juris regulis consistens, est locatio conductio, distincta a promissione de re elocanda: & a pactione de re non alteri quam Titio locanda; de quibus confer scripta *tit. de contrah. emt. num.* 2. cum locatio conductio sit ipse contractus, bonae fidei, consensu constans, de usu vel opera cum mercede commutanda. Nam uti emtio & venditio contrahitur, si de pretio convenerit, ita & locatio conductio contrahi intelligitur, si de mercede convenerit, *l.* 1. 2. *ff. h. t. pr. Instit. h. t.* adeo ut neque scriptura opus sit, neque alia solemnitas desideretur, si modo contractus probationem habeat, *tit. Instit. de oblig. ex consensu.* Et quamvis in longum tempus, puta in decem aut plures annos, locatio contrahatur, non tamen ideo necesse videtur, ut secundum mores nostros coram lege loci perficiatur, quasi inde conductori jus aliquando in re nasceretur, quale jus in re non posse aliter quam coram lege loci immobilibus imponi, dicetur *tit. de acquir. rer. domin.* Etenim, cum inter omnes constet, ex modici temporis elocatione circa res immobiles celebrata nullum conductori acquiri jus in re, aut saltem non tale, ad cujus nativitatem solennitas illa coram lege loci trahendi rem locatam requireretur; magis est, ut nec ex temporis longioris adjectione ullum conductori quaeratur jus in re, ne ex accidenti aliquo temporis, quod ne obligationem quidem inducere aut perimere potest, negotium classi jurium ad rem subductum, in numerum jurium in re transferatur. Neque dubitandum videtur, quin locatione in decennium, vicennium, longiusve tempus contracta locator ac heredes ejus personali actione conducti compellendi sint ad usum conductori relinquendum integro longo aut longissimo tempore in contractu definito; & vice versa per locati actionem conductor heredesque ejus, ut maneat in conductione ac mercedes solvat temporis, utcunque longissimi, locatione comprehensi, arg. *l viam veritatis* 10. *C. h. t. l.* 24. §. 3. *C. de sacrosanct. Eccles. novell.* 120. *cap. locationes* 3. In quantum tamen & Hollandiae moribus, & novella decisione Ordinum Ultrajectinorum anni 1659. art. 19. invaluit, emtores aliosque successores stare debere locationi per venditorem factae, contendi forte non improbabiliter possit, eo modo locationes in longum tempus non multum distare ab alienationibus aliis non nisi coram lege loci perficiendis, ad id, ut conductor ultra decem annos usum rei conductae sibi posset arrogare invito eo, qui particulari titulo elocati praedii dominium nactus est; ne alioquin via malignis pandatur fraudatoribus in necem creditorum clam elocandi in tempora longissima res suas immobiles, ob onus diuturnae talis locationis procul dubio vili pretio in publicis auctionibus deinceps distrahendas. Quo distinctionis temperamento, quod nempe privatim facta locatio ultra decennium firmitatem habeat inter contrahentes ipsos & heredes eorum, at non in praejudicium tertii successoris particularis aut creditorum, qui ea possent videri locatione in longum fraudati, dissidentium inter se DD. conciliatio tentari forte possit. Eoque facit, quod a Neostadio *Curiae supr. decis.* 70. Ant. Matthaeo *paroem. Belg. jurisc. paroemia* 5. *num.* 13. a-

illisque observatum, in ipsis venditionibus solennem immobilium coram lege loci potissimum requiri, ne tertius lædatur, secundum ipsum proœmium Carolinæ constitutionis, solennem istam traditionem præcipientis; ceterum emtoris & venditoris intuitu privatam venditionem simplicemque traditionem ita operari, ut venditor contra suum factum venire nequeat, aut rem emtori avocare, sed potius exceptione venditæ repellendus sit. Confer de hac in tempus longum locatione Groenewegen ad *l.* 9. *C. h. t.* & *ad Grotii manud. jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 21. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 22. *num.* 5. Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultrajectin. art.* 19. *num.* 13. 14. 15. ibique DD. cit. Nec dubitem, quin ex iisdem principiis jam propositis decidenda sit quæstio, utrum alienare rem prohibitus eandem possit in tempus longum locare, de qua Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 14. *num.* 81. & *seqq.* Sande *de prohib. alienatione part.* 1. *cap.* 1. *num.* 45. 46. 47.

2. Sed & ad locationes prædiorum tum urbanorum tum rusticorum secundum mores Hollandiæ & ditionis Ultrajectinæ nunc scripturam requiri, verius est: Statut. Ultraject *rubr.* 7. *art. ult.* Politica Ordin. Hollandiæ *anni* 158. *art.* 31. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 337. Et quamvis de urbanis prolixa ante hac inter Hollandiæ Jurisconsultos disputatio fuerit, aliis hic quoque scripturam ratione non improbabili desiderantibus. Resp. Juriscons. Holl. *part.* 1. *consil.* 263. aliis instrumentorum necessitatem negantibus, & juris Romani dispositioni locum tribuentibus. Groenewegen ad *l.* 24. *C. h. t.* omnem tamen dubitandi rationem sustulit deinceps edictum Ordinum Hollandiæ promulgatum 3. *Aprilis* 1677. *vol.* 4. *placit. pag.* 1037. quo cautum, ne sine scriptura ac charta sigillata prædiorum aut rerum quarumcumque immobilium locatio fiat; denegata locatori actione ad mercedem, legalique in invectis ac illatis hypotheca aut retentione; conductori vero ademta omni usus persecutione; etiamsi utrimque locatio ac conductio in confesso esset, præter mulctam pecuniariam secus facientibus irrogandam.

3. Elocari possunt res omnes, quæ sunt in commercio, sive corporales, sive incorporales, si modo id caveretur jure Romano, ne prædia rustica a militibus aut curialibus conducantur colenda, *l. si ignorans* 50. *ff. h. t. l. Curialis* 30. *l.* 31. *l. ult. C. h. t.* (quod tamen non servari notat Groenewegen *ad d. l.* 31.) neve elocentur ipsa personalium servitutum jura, aut separatim sine prædiis reales servitutes jam constitutæ, quippe a prædiis quorum qualitates sunt, seorsim non existentes, *l. locare* 44. *ff. h. t.* De cætero non interest, utrum res sint locatoris propriæ, an alienæ, cum ea ordinaria locationis natura sit, quod non soleat dominium mutare, *l. non solet* 39. *ff. h. t.* licet negari non debeat, quin aliquando locationis occasione dominium transeat, non vi locationis, sed jure accessionis ex jure gentium, dum ædificata per redemtorem operis in alieno solo, soli domino acquiruntur, & tamen locatio est, in quantum artifex elocat operam suam, id est, faciendi necessitatem, secundum facti speciem in *l. item si pretio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff. h. t.* junct. *l. redemtores* 39. *ff. de rei vindicat.* Nec dubium, quin & anomala quædam locatio sit; qua id agitur, ut non idem in specie, sed ejusdem generis reddatur, veluti cum argentum pusillatum fabro datur, ut vasa fiant, aut aurum, ut annuli: adeo ut & in creditum tunc itum intelligatur, *l. in navem* 31. *ff. h. t.* ac ad hujus generis conductionem respexisse videtur Javolenus, cum inter ea, quibus dominium transfertur, ipsam quoque recenseret conductionem, *l. in omnibus* 55. *ff. de oblig. & act.*

4. Ex eo autem, quod res aliena locari potest, descendit, quod & fructuarius elocare possit res fructuarias, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *l. non aliter* 38. *l.* 39. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* & habitator ædes quarum habitatio ei legata est, §. *pen. Instit. de usu & habit.* & usum ædium spatiosarum habens partem earum, *l. catenum* 4. *ff. de usu & habit.* & creditor res sibi pignori obligatas cum pacto antichresios, *l. si pignus mihi* 37. *ff. de pignorat. act. l. creditori* 23. *ff. de pignor. & hypoth.* usque adeo, ut hi omnes non extraneis modo, sed & ipsis rerum dominis easdem recte locent, *d. l.* 37. *ff. de pignorat. act. l. res pignoris* 37. *ff. de acquir. vel amitt. possess. l. Pomponius* 29. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* Non obstante eo, quod rei suæ conductio nulla sit, *l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris*, licet quis errore lapsus rem propriam conduxisset, *l. qui rem* 20. *l. ad probationem* 23. *Cod. h. t.* adeo ut & ipso jure evanescat locatio, quamprimum conductor rei conductæ dominium adeptus est, *l. si quis domum* 9. §. *ult. ff. h. t.* Etenim ita demum rei suæ conductio utilis est, si alius nullum in re nostra jus adeptus sit; cum utique eatenus alteri jus in re nostra constitutum est, illa a nobis alienata intelligatur, & ita non ut nostræ, sed ut alienæ conductio sit.

5. Ipsi quin etiam conductori licitum rem alteri rursus elocare, *l. nemo prohibetur* 6. *C. h. t. l. solutum* 11. §. *solutum* 5. *ff. de pignorat. act. l. si tibi* 7. *l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. h. t.* idque vel in totum vel pro parte, *l. si vero plures* 5. §. 1. *fin. de his qui effud. vel dejec. l. qui insulam* 30. *ff. h. t.* nisi conductor secundum ejus conditionis sit, ut magis utendo nociturus si rebus conductionis quam primus, aut aliis usibus rem locatam destinaturus, arg. *l. si cujus rei* 13. §. *ult.* §. *de usufructu & quemad. quis utat.* Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. Christinæus *ad leg. Mechlinienf. tit.* 6. *art.* 10. *n.* 2. vel nisi conductor primus agri sit colonus partiarius, quippe qui fructus cum domino dividens quodam societatis jure, alium domino socium, quem is haud elegit, obtrudere non potest, arg. *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *in fine ff. h. t.* junct. *l. qui admittitur* 19. *l. actione* 65. §. *societas* 11. *ff. pro socio.* Neostadius *Curia supr. decis.* 31. aut nisi aliud nominatim convenerit, *d. l. nemo* 6. *C. h. t.* potest enim id pacto locationi adjecto agi, ut conductori non liceat alteri rursus elocare, adeo ut & lex commissoria recte apponatur, ut nempe res hoc ipso, quo per conductorem elocatur tertio, desinat locata esse, ac ad dominum ante finitum locationis tempus revertatur, vel etiam pænæ stipulatio efficax concipiatur in casum, quo alteri locatio facta fuerit. Appendix *decis. post* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *p.* 47. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 200. Quin imo nostris moribus obtinuit, agros locatos non posse per conductorem sine domini locatoris voluntate sublocari, *edict. Caroli V. anno* 1515. *vol.* 1. *plac. Holl. pag.* 363. 364. quod firmatum *edicto politico Ord. Holl.* 1580. *art.* 30. *d. vol.* 1. *pag.* 337. Neo-

stadius *Curiæ supr. decis.* 13. ac in actibus rursus sublocandis arbitrio domini relinquitur, an novum conductorem admittere velit, an quodam jure protimeseos sibi rem eadem mercede retinere, excluso conductore. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 7. Leuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 9. ubi & statuta plura recenset. Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *num.* 18.

6. Præter usum rerum elocantur & operæ, tam liberorum hominum quam servorum mercenariæ, non aliæ, *l. naturalis* 5. §. *at cum do* 2. *ff. de praescript. verbis*, non liberales advocatorum similiumque, quibus salaria, non mercedes, præstari solent, juxta *l.* 1. & *tot. tit. ff. de extraordin. cogit.* Et quamvis æquum plerumque habeatur, libero cujusque arbitrio relinqui, quorum operas conducere ac adhibere velit, dum inter artifices longa sæpe differentia est & ingenii, & doctrinæ, & instructionis, & fidei, diligentiæ, sedulitatis, similiumque, unde multum referre potest, cujus quisque opera atque ministerio utatur, *l. inter artifices* 31. *ff. de solut.* moribus tamen nostris quandoque illa eligendi libertas invenitur denegata; veluti in tritico molendinis conterendo, in quantum molendina quædam, & eorum intuitu molitores, privilegio donati sunt, ne regionis incolæ aliis molitoribus frumenta dent comminuenda, nisi mercedis parte tertia, aut alia, molitori privilegiato depensa: qualia molendina inde etiam vulgo *de Wangemolens* dici solent, ac in ea inveniuntur Hollandiæ parte, quæ Beyerlandia appellatur, *decretum Ordin. Holl.* 29. *Octob.* 1657. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2487. *Waarschouwinge van de Rekenmeesters per domeynen van Holland.* 19. *May.* 1661. *d. vol.* 2. *pag.* 2653. *in fine.* Quemadmodum ex adverso quoque variis Ordinum Generalium edictis vetitum, ne navium bellicarum præfecti merces recipiant transvehendas, & novissime 14. *Novembr.* 1670. *vol.* 3. *placit. pag.* 1370 ubi & anteriora recensentur.

7. Pro usu vel operis merces constituenda, (quæ subinde *pretium*, quandoque & *manupretium* appellatur, maxime, quando solvitur pro opere manu facto, ut docet Brissonius *antiquit. lib.* 4. *cap. ult.*) eaque certa vel ab initio, vel ex post facto, dum in arbitrium tertii certi, non incerti, confertur mercedis determinatio, *l. si merces* 25. *ff. h. t.* eodem modo, quo id in pretio emtionis obtinere dictum *tit. de contrah. emt. num.* 23. Quamvis etiam aliquando a lege vel consuetudine mercedis determinatio facta fuerit jure Romano, hodieque fiat, *novell.* 122. Rittershusius *ad novellas part.* 3. *cap.* 13. Eoque nititur fundamento, quod a nonnullis scriptum est, elocato usu operisve sine expressa mercedis mentione aut definitione, locationem nihilominus efficacem esse, ac usu operisve præstitis, eam videri mercedem tacite in conventionem deductam, quæ ex consuetudine promitti solet.

8. Consistit autem merces regulariter in numerata pecunia, exemplo pretii in emtione, non item aliis in rebus, §. 2. *Instit. h. t.* nec uno in nummo, *l. si quis conduxerit* 46. *ff. h. t.* nec in parte fructuum nisi quod ab initio conveniri potest, ut locator frumenti certum modum certo pretio quotannis perciperet ex fundo locato, *l. sed addes* 19. §. *si dominus* 3. *ff. h. t.* quodque favore agriculturæ permissum fuit agrum certa fructuum ponderatione vel mensura locare, *l. si olei* 21. *C. h. t.* quo etiam casu propter insolitam sterilitatem minui quantitatis fructuum promissæ præstationem, rescriptum est, *l. excepto tempo e.* 18. *C. h. t.* Quod si non certa fructuum ponderatio, sed portio pro rata ejus, quod in fundo nascetur, dimidia forte vel tertia, constituta fuerit, *colonus partiarius* dicitur, magisque conventio talis ad societatem quam conductione accedit, dum partiarius hicce colonus quasi societatis jure & damnum & lucrum cum domino fundi partitur, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *in fine ff. h. t.* arg. *l. cum duobus* 52. §. *utrum ego* 2. 3. *ff. pro socio*, *l. si pascenda* 8. *C. de pactis.* Unde & tunc de mercedis remissione quæstio esse nequit, quippe mercede nulla vere in conventionem deducta, arg. *d. l.* 25. §. 6. *ff. h. t.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis c.* 8. *n.* 1. & alii plures ibidem citati.

9. Formam modumque locationis quod attinet, primo quidem vel privatim vel publica auctione fieri potest, arbitrio locatoris: eo excepto, quod rerum fidei, vel Principis, vel civitatum (hodie etiam pagorum) elocatio auctione publica peragi debeat, quod pluribus firmat Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *c.* 3. *num.* 6. 7. 8. 9. ac fieri solere testatur Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 15. Sed & secundo vel ita contrahitur, ut certi temporis finem habeat, puta anni, biennii, quinquennii; vel ita ut incerta sit duratio ejus, veluti, *quamdiu locator voluerit*; quo casu & morte locatoris, & voluntatis contrariæ declaratione, per locatorem vivum facta, eam precarii exemplo fieri placuit, *l. locatio precariive* 4. *ff. h. t.* Eoque etiam pertinent illæ, quæ a minorum curatoribus subinde concipiuntur usque ad illud tempus *quo pupilli majorennes erunt*; in quantum incertum est, an secundum rei veritatem ex annis, an vero necdum impleto legitimo annorum numero per impetratam ætatis veniam, aut nuptias ex nostris moribus, ad majorennitatem inque suam tutelam perventuri sint. Locationes enim usque ad majorennitatem a tutoribus factas etiam venia ætatis aut nuptiis intervenientibus expirare debere probabile est, quasi id egerint tutores, ut cum administrationis curatoriæ fine locationis quoque finis esset, Charondas *lib.* 4. *respons.* 46. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit* 10. *art.* 27. *in notis in fine.* Abr. a Wesel *ad novellas constit. Ultraject. art.* 13. *num.* 17. 18. Denique & in locationibus tacitis id evenire solet, ut temporis incerti finem locatio habeat, si modo tacitas excipias rusticorum prædiorum locationes. Quod ut magis in aperto sit, sciendum, non expressas tantum, sed & tacitas locationes in jure probatas esse: qua ratione, si impleto tempore, quod ab initio conductioni appositum est, conductor usum haud restituat, sed locatore non contradicente perseveret uti, tacite continuata seu repetita videtur locatio una cum obligatione pignoris, quod in primæ conductionis seu pensionis securitatem suis in rebus conductor constituerat, non item fidejussorum, qui pro primo intervenerat contractu, neque etiam rerum ad alium quam conductorem pertinentium, dum vel tertius res suas proprioris conductionis pensionibus devinxerat, vel conductor ipse res alienas domino consentiente aut ratum habente: nisi & fidejussoris, aut domini rerum pignoris nexu obstrictarum, repetitus in obligationem consensus concurrat; quippe quos sine sua voluntate obligari, aut rerum suarum obligationem pati invitos, iniquum esset, *l. item*

quaeritur 13. §. *qui impleto* 11. *l.* 14. *ff. h. t. l. si, cum Hermes* 7. *C. h. t.* arg. *l. novatione* 4. *C. de fidejussoribus*. Quod si primae conductionis instrumento inserta sit formula paratae executionis, sed secundum mores nostros consensus in condemnationem ad ea, quae ex conductionis lege praestanda sunt; non animadverto, cur non etiam ille in condemnationem consensus ad tacite repetitam procedetur conductionem: cum utique iisdem legibus prior constabat conductio, intelligatur quisque reconduxisse quoad ejus fieri potuit, dum lapso primi contractus spatio remanebat in conductione; neque sufficiens diversitatis ratio reddi possit, quare magis vinculum pignoris in secundam perduraret conductionem, quoties obligatio ejus ab arbitrio conductoris pendet, quam perseveraret clausula assensus in condemnationem, quae aeque a spontanea processerat conducentis voluntate, ac ejus expressa potuisset conventione renovari. Dissent. Matth. de Afflictis *decis.* 365. *n.* 15. Menochius *de praesumt. libr.* 3. *praes.* 85. *n.* 46. Christinaeus *ad leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 8. *n.* 6. *in addit.* & plerique DD. quibus & ideo placet, nec poenam conductioni priori appositam in tacita conductione videri repetitam, Mantica *de tac. & ambig. convent. libr.* 5. *tit.* 15. *num.* 23. sed sine fundamento, ut not. Brunnemanus *ad d. leg.* 13. *ff. h. t. num.* 14. 15.

10. Tempus, in quod tacito consensu conductio continuata videtur, pro rerum varietate varium est. In praediis enim rusticis, naturales aut industriales fructus ferentibus, usque ad annum reconductio facta censetur, eo quod plerumque intra anni inchoati ac vertentis spatium omnis fructuum nativitas, incrementum, atque perceptio absolvi, annuatimque redire solet, *d. l.* 13. §. 11. *ff. h. t.* Unde si non annis singulis, sed vel unoquoque demum biennio, quadriennio, aut quinquennio, veluti in sylva caedua, fructuum perceptio ex more regionis aut ex fructuum natura fiat, magis est, ut in longius illud tempus, quo semel perceptio fructuum initium ac finem habere atque ita absolvi potest, tacite colonus reconduxisse intelligatur. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 15. *in med.* In urbanis autem praediis aliisque rebus quotidie sui usum praebentibus, nec non in operis jumentorum ac servorum eo jure utebantur Romani, ut prout quisque habitasset, aut usus esset, aut operarum recepisset praestationem, ad mercedem obligatus esset, ac de cetero omni die migrandi vel usus abdicandi habere potestatem, *d. l.* 13. §. 11. *ff. h. t.* nisi *in scriptis certum conductionis tempus comprehensum sit*, ut loquitur Ulpianus in *d. l.* 13. *in fine* id est, nisi scriptura primae locationis comprehensum fuerit, in quantum temporis spatium censeri deberet tacite repetita conductio, cum quo conductor impleto tempore primae conductionis in conductione remansisset. Quo modo nunc apud nos, & aliis plurimis in regionibus ita jus est, ut aedium, famulorum, ac ancillarum conductio per silentium utriusque post primi temporis finem usque ad proximum migrandi terminum continuata habeatur, dum per statuta aut consuetudines inveteratas definita inveniuntur certa ex aedibus migrandi tempora, certi operarum a famulis ac ancillis elocatarum fines, simulque necessitas imposita denunciationis maturae faciendae per eos, qui finito locationis tempore nolunt operasve recipere ultra nolunt, aut in posterum praestare, ut lippis tonsoribusque notum. Vide Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 6. & 15. Groenewegen *ad l.* 16. *C. h. t.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 22. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 1. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 19. *num.* 3.

11. Notandum interim, nunc in Hollandia nullas amplius tacitas praediorum sive rusticorum sive urbanorum admitti posse conductiones, ac continuationes ex quo placuit, nullam omnino esse & inefficacem utrimque praediorum urbanorum & rusticorum locationem, quae in scripturam, charta sigillata comprehensam, redacta non est, ut ante dictum *n.* 2. Non etiam posse tacitam concipi locationis redintegrationem, si locator furere coeperit, aut moriatur, & nullus ei finito locationis tempore heres existat; cum his in casibus tacita voluntatis declaratio intelligi nequeat, *l. qui ad certum* 14. *in fine ff. h. t.* arg. *l. certe* 6. *ff. de precario.* Secus, si heres aut curator locatoris furiosi conductorem finito tempore relinquat in conductione.

12. Plura de tacita conductione vide apud Brunemannum & DD. *ad d. l.* 13. §. *ult. ff. h. t.* Menochium *de praesumtion. lib.* 3. *praesumt.* 85. Mascardum *de probation. conclus.* 994. Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *tit.* 15.

13. Quia vero locatio consensu constat, sequitur, finito primo locationis tempore locatoris in arbitrio esse, utrum eundem conductorem consentientem volentemque in eadem conductione retinere velit, an magis alteri rem elocare dimisso priore; adeo ut conductori primo jus non sit, eadem oblata mercede, quam novus conductor promisit, eundem excludendi, sibique velut jure quodam retractus praelationem vindicandi, *l. ne cui liceat* 32. *C. h. t.* qualis consuetudo seu potius corruptela, cum superioribus seculis invaluisset, merito per edictum Caroli V. reprobata fuit, nisi tale jus nominatim conductori primo per adjectam primae locationi pactionem datum appareat, convenienter *d. l.* 32. *C. h. t. Edict. Car. V. anno* 1515. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 363. quod & plenius renovatum edicto Ordinum Hollandiae, poenis gravioribus in eos propositis, qui novos colonos metu, minis, aut vi terrere vel turbare ausi fuerint, *Politike Ordon. Ann.* 1580. *art.* 30. & *seqq. d. vol.* 1. *pag.* 337. & *placito anni* 1658. 28. *Sept. vol.* 2. *placit. pag.* 2515. & *seqq.* ac aliis quoque in locis observatur, ut apparet ex iis, quae habet Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 37. *defin.* 8. Et quamvis jure civili praediorum publicorum conductoribus hoc privilegium indultum fuerit, ut inviti de praedio conducto haud expellantur, si oblata per novos conductores augmenta & ipsi suscipiant, *l. congrui* 4. *C. de locat. praedior. civilium*, idque etiamnum in Frisia atque Saxonia servari testetur Sandius, Carpzovius *d. l.* tamen ne tales quidem in Hollandia reliquisque Belgii locis, ut & apud Gallos, hac in parte a ceteris rerum privatarum conductoribus separari solent; tum quia nec inviti nunc ad repetitam compellantur conductionem; tum quia colonorum defectus penes nos tantopere metuendus non est, ut praemiis aut privilegiis ad publicorum conductionem invitandi forent; uti testes sunt Christinaeus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 8. *num.* 4. 5. Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 8. 9. Groene-

wegen *ad d. l. congruit* 4. *Cod. locat. præd. civil.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 16. Quod si fructuarius secundum concessam legibus potestatem fundum fructuarium alteri locet, proprietatis dominum mercedem eandem offerentem non oportere extraneo præferri conductori, nec speciem quandam retractus exercere posse, verius est, nisi id nominatim per consuetudinem proprietario datum appareat, uti id concessum lege Mechliniensi *t.* 8. *art.* 4. ubi Christinæus. Alioquin enim, cum retractus præter communes juris regulas inductus strictam recipiat interpretationem, nec extensionem pati debeat, ut dictum *tit. de lege commissor. n.* 9. denegari fructuario non debuit conductoris suo arbitrio eligendi licentia sine limitatione per leges tributa, *l. arboribus* 12. §. *usufructuarius* 2. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *num.* 55. *& mult. seqq.* Castillo Sotomajor *de usufructu cap.* 74.

14. Nascitur ex hoc contractu duplex actio, locati scilicet & conducti. Conducti actio est personalis bonæ fidei, quæ datur conductori & heredi ejus, adversus locatorem & ejus heredem; non item contra successorem particularem, qualis est donatarius, legatarius, emtor, aliique, de quibus latius in sequentibus *num.* 17. ad id, ut usus vel operæ præstentur, & simul ea omnia, sine quibus commode quis uti nequit: non in numero sunt instrumenta prædii elocati, recensita plenius in *l. sed addes* 19. §. *illud nobis* 2. *ff. h. t.* (quæ tamen moribus non præstari, nisi fundo affixa sint, vel alias nominatim id actum sit, monet Groenewegen *ad d. l.* 19. §. 2. *ff. h. t.*). & refectio necessaria aut restitutio ostiorum, fenestrarum, tectorum, similiumque vetustate vel aliter nimis corruptorum, *l. ex conducto* 15. §. *competit.* 1. *l. si merces* 25. §. *si vicino* 2. *ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 9. nisi conductor quotidianæ refectionis onus suis impendiis in se receperit, vel corruptio tali conductoris culpa, qualem ex natura contractus præstare tenetur, conductis rebus illata sit, *d. l. si merces* 25. §. 3. *&* 4. *ff. h. t.* Adhæc, ut locator patiatur, conductorem tollere ostia & alia quæ suo sumto in re conducta fecit, quatenus ablatio fieri sine rei detrimento potest, *l. sed addes* 19. §. *si inquilinus* 4. *ff. h. t.* patiatur & tolli invecta illata usque adeo, ut si dominus adeo coangustaverit aditum ædium, ut illata iterum efferri nequeant, teneatur rursus eundem dilatare, *d. l. sed addes* 19. §. *si inquilinus arcam* 5. *ff. h. t.* Præstetur denique reparatio damni totius, quod conductor ex rei conductæ vitio passus est, sive sciverit locator vitium illud, sive ignoraverit, quoties circa rem locatam artificium versatur, & locator artifex est; quippe qui tunc utique scire debuerat, quæ suæ artis erant; quo pertinet id, quod de doliis vitiosis elocatis, unde vinum effluxit, Jurisconsultus ait, ignorantiam locatoris haud excusatam esse. Nam si id elocatum sit, circa quod nulla versari solet artis professio, dum saltus pascuus locatus fuit, in quo mala herba nascebatur, unde animalia conductoris demortua aut deteriora facta sunt; non aliter ad id quod interest conveniri locator potest, quam si vitium subesse sciverit; ignoranti succurritur hactenus, ut mercedis remissione liberetur *l. sed addes* 19. §. *si quis dolia* 1. *ff. h. t.* arg. *l. Julianus* 13. *pr. ff. de act. emti.*

15. Quod si duobus separatim res eadem, veluti domus, in solidum elocata fuerit, usus ipsius intuitu potior haberi debet, cui prius a locatore usus ædium concessus est, sive is prior sive posterior conductor sit: cui consequens est, ut conductor alter ob non præstitum rei usum ad id quod interest contra locatorem experiatur. Si enim rem duobus separatim vendens posteriorem traditione rei dominum efficiat, quia non obstante venditione priore dominium rei penes ipsum remanserat; quid ni longe magis usum posteriori efficaciter concesserit, utcunque priori jam ante locatum; arg. *l. qui tibi* 6. *C. de hered. vel act. vend. l. quoties* 15. *C. de rei vindicat.* Quanquam enim in operis duobus simul locatis Ulpianus conveniens censuit, priori conductori ante satisfieri, *l. in operis* 26. *ff. h. t.* similique ratione æquum judicari debet, primo conductori magis quam secundo conducta rei præstari usum; tamen, uti operis posteriori præstitis locator operarum in fidei non servatæ pœnam priori ad id quod interest damnandus foret; ita quoque, si usus posteriori conductori jam re ipsa contra fidem priori datam concessus sit, non aliud amplius priori petendum superest, quam id quod interest, violatam non fuisse contractus fidem, arg. *d. l.* 6. *C. hered. vel act. vend.* Confer Mozzium *de contractib. tit. de naturalibus location. num.* 11. Covarruviam *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 8.

16. Licet autem conductor regulariter ante tempus locationi addictum expelli nequeat de domo vel fundo, aut rerum aliarum usus ei tolli; plures tamen in jure casus recensentur, quibus illud permissum est; idque vel ita, ut expulso neque per expellentem neque per alium id quod interest præstandum sit, sed sola temporis futuri, quo non utetur, pensio remitti debeat; vel ita, ut expulsus in solarium quanti sua interest jure persequatur. Prioris generis causæ sunt si domum elocatam dominus propriis usibus ex nova causa necessariam esse probaverit, vel ea necessaria indigeat reparatione, quæ salva inhabitatione fieri nequit; vel conductor in re conducta male versetur, *l. æde quam* 3. *C. h. t.* Christinæus *vol.* 3. *decis.* 115. Groenewegen & vulgo DD. *ad d. l.* 3. Leeuwen *centur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 16. vel integro biennio conductor moram fecerit in solvenda pensione; quo casu etiam, aperta domo vel horreo, res publicæ describi ac inde dimoveri possunt, quoties conductor absens est, *l. quæro* 54. §. *inter* 1. *l. cum domini* 56. *ff. h. t.* vel fructuarius fundum fructuarium elocaverit in certum tempus, velut in quinquennium, & anno forte tertio ususfructus morte aliove modo finitus ad proprietarium revertatur; cum scire conductor debuerit conditionem ejus cum quo contrahebat, & prospicere hoc posse evenire, adeo ut ne sumtus quidem, quos fecit in fundum, quasi quinquennio fruiturus recipiat pro rata, *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. h. t.* Idemque jus est in præbendariis, ac fiduciariis agros ad præbendam pertinentes aut ex fideicommisso post mortem restituendos elocantibus, ac ante finem locationis morientibus, quippe qui fructuariis simillimi existimantur. Nec oberit proprietariis, successoribus in præbenda, ac fideicommissariis, quod aliquandiu conductori usum reliquerint, ac pro eo mercedem receperint. Cum enim id tantum fiat ex continuatione quadam vel magis renovatione locationis per mortem fructuarii similiumque revera extinctæ, eaque renovatio non ver-

bis sed rebus tantum & factis declarata consensu interposita sit, consensus ille solo facto declaratus non ultra operari potest, quam quatenus ex illo facto necessaria consensus renovati consequentia atque inductio est; non est autem ulterius, quam ratione temporis, cujus pensio accepta, vel per quod usus conductori relictus est. Et sane, si inter easdem personas, finita conductione prima, per tacitum consensum non intelligitur ultra repetita conductio, quam quatenus prædiis rusticis usque ad annum, ut ante expositum; ratio nulla est, cur inter diversas personas in tempus longius consensu tacito crederetur renovata. Confer Petrum Barbosam *ad l. si filiosfamilias* 26. §. *ult. ff. soluto matrim. num.* 18. *& seqq. & num.* 28. 29. Sursum *decis.* 33. Sim. van Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 18. Append. decisionum *port resp. Iurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 2. *pag.* 56. Denique & sine spe consequendi id quod interest expelli conductor ante tempus potest, si prædium per hostes jure belli occupatum a fisco hostili in certam tempus conduxerit, ac ante temporis finem expulsis iterum inimicis prædium postliminii jure ad pristinos dominos reversum sit. Resoluto namque jure locatoris, jus quoque conductoris resolvi necesse est, maxime, cum invito prædii domino, salvaque postliminii spe, jus hosti locanti vi & armis quæsitum sit, quod non ultra se potuit extendere, quam quatenus hostes rerum potiti sunt, arg. *l. quod meo nomine* 18. §. *ult. ff. de acquir. vel amitt. possess. l. si captivus* 20. §. *verum est* 1. *ff. de captiv. & postlim.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 11. *num.* 44. *& seqq.*

17. Ex adverso pluribus in casibus ita leges concesserunt facultatem impune expellendi conductorem ante tempus, aut elocatæ rei usum ei auferendi, ut tamen conductor jure expulsus per alium regressum habeat adversus locatorem ad id quod interest, usum sibi secundùm legem conductionis haud fuisse relictum, sub quo & illud comprehenditur, quanto pluris conductor prior eandem rem secundo in totum, aut per partes locavit, *l. si tibi* 7. *l.* 8. *l. qui insulam* 30. *ff. h. t.* Ita primo quoties quis rem alienam ad certum tempus sciens elocavit ut suam, vero quidem domino ex jure dominii rem quovis tempore a conductore avocare permissum est, sed conductori locator tenebitur ad id quod interest; usque adeo, ut & ipse fructuarius in id damnandus veniat, si rem fructuarium elocaverit velut propriam, conductori ignoranti, ubi hic ob finitum maturius usumfructum pati debuit, a proprietario intempestivam rei locatæ ablationem *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *vers. quid tamen*, *l. ex conducto* 15. §. *plane* 8. *l. si fundus* 33. *in fine l.* 34. 35. *ff. h. t.* Si tamen bonæ fidei possessor, qui prædium elocaverat, ejus evictionem patiatur ante finem locationis, & evincens colono vel inquilino usum neget, ex æquitate absolvendus erit, si paratus sit fundum alium aliamve habitationem non minus commodam expulso per evincentem conductori præstare, *l. quis domum* 9. *pr. ff. h. t.* Sed & secundo, si mulier quæ soluto matrimonio stare non tenetur locationi prædii dotalis per maritum factæ, conductorem ante tempus expellat, maritus locator heresdesve eius ad id quod interest teneri conductori ex jure Romano, vel inde patet, quod secundum Sabini sententiam Paulus scripsit, virum, qui in quinquennium locaverat fundum dotalem, interveniente post annum primum divortio, non alias fundum mulieri reddere oportere, quam si illa caverit, *si quid præter unius anni locationem maritus damnatus sit, id a se præstitum iri*, *l. si filiosfamilias* 25. §. *ult. ff. soluto matrimon.* qualis cautio supervacua esset, si aut mulier stare debuisset locationi, aut maritus ob expulsionem ab uxore factam non fuisset conductori ad id quod interest obligatus. Sed cum & nostris & multorum aliorum moribus maritus per nuptias legitimam liberioremque uxoris suæ ac bonorum ejus tutelam curamve consequatur, ac jure nostro æque ac civili pupilli post pubertatem ratas habere teneantur prædiorum suorum locationes bona fide ac ex more regionis per tutorem in tempus modicum, quod pubertatis annos excedit, factas, arg. *si tutela agat* 7. *ff. de admin. & peric. tut. l. pen. C. quando ex facto tut. aut curat. minor. agere vel conven. p.* Gothofredus *in notis ad d. l.* 8. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *cap.* 10. *n.* 23. Petrus Barbosa *ad l. si filiosfamilias* 26. §. *ult. ff. soluto matrimon. num.* 1. Sande *decis. Fris. lib.* 2. *t.* 9. *defin.* 22. Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 8. *versus secunda conclusio*, consequens est, ut nunc uxores quoque, vel heredes earum, soluto matrimonio in rerum uxoriarum a maritis durante matrimonio facta locatione perdurent ad finem temporis contractu expressi; præsertim, si insuper consideres, tantam apud nos maritorum in res uxorias potestatem esse, ut ne alienationes quidem earum a maritis factas retractare nuptiis dissolutis uxori datum sit. Groenewegen *ad d. l.* 25. §. *ult. ff. soluto matrim.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 7. *n.* 61. Adde Gomezium *d. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 8. *in pr.* Petrum Barbosam *ad. d. l.* 26. §. *ult. ff. soluto matrim.* Manticam *d. lib.* 5. *cap.* 10. *n.* 21. Berlichium *part.* 2. *conclus.* 45. *num.* 23. *& seq.* Porro etiam legatario, tanquam successori particulari, jus est prohibendi conductori legatæ rei usum ante tempus, in quod locatio per defunctum contracta fuerat, si non aliud testamento cautum sit; sed cum herede conductor expulsus actionem ex conducto habet ad indemnitatem, *l. qui fundum colendum* 32. *ff. h. t. l. nihil proponi* 120. §. *ult. ff. de legatis* 1. neque interest, utrum proprietas, an tantum ususfructus rei locatæ legatus sit: nam & per fructuarium ante tempus expelli posse conductorem rei fructuariæ, si in constituendo usufructu aliud actum non sit, Paulus tradidit *l. arbores* 59. §. 1. *ff. de usufructu & quemadm. quis utat.* Etsi enim prædiales servitutes fundo fructuario ante usumfructum constitutum impositas aut ex promissione imponendas fructuarius pati teneatur, *l. si pendentes* 27. §. *si qua servitus* 4. *ff. de usufructu*, locationis tamen intuitu magis emtori comparatus fuit, *d. l.* 59. §. 1. *ff. de usufr.* Castillo Sotomayor *de usufruct. cap.* 73. *num.* 1. *& seq.* Denique nec emtoribus, aliisque ex titulo particulari dominium adeptis, in conductione per auctorem facta persistere necesse fuit, nisi id pacto venditioni adjecto comprehensum esset, *l. Emtorem* 9. *C. h. t. l. si merces* 25. §. *qui fundum* 1. *ff. h. t.* quo casu emtor contentus esse tenetur ea mercede, quam primus conductor promisit, licet is rem pluris alteri locasset, *l. insulam uno* 53. *ff. h. t.* Confer Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 3. *num.* 9. Tiraquellum *de re-*

tract. convention. §. 3. *Gloss. unica num.* 13. *& seqq.* Govarruviam *variar. resolut. lib.* 2. *cap.* 15. Petrum Barbosam *ad l. si filiof.* 26. §. *ult. ff. de soluto matrim.* Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 19. *num.* 1. *& seqq. ad num.* 10. Sed ad hoc jure, adhuc Frisiis aliisque nonnullis probato, Brabantini, Flandri, Transisulani, ac Hollandi jam dum recesserunt, atque etiam Ultrajectini secundum novellam *decis. anni* 1659. 14. *Aprilis. art.* 19. dum placuit emtionem locationi cedere, (*dat Huer voor Koop gaat*) nisi aliud inter locatorem ac conductorem nominatim actum sit; sive privata venditio intervenniat, sive publica, aut ex decreto magistratus adhibitis hastæ solemnibus ad creditorum petitionem; sic ut & jus retentionis conductori competat, si remanere in conductione malit, quam post expulsionem intempestivam ad id quod interest judicio experiri, si modo bona fide, non in fraudem creditorum, (pendente forte subhastationis judicio, aut lite jam mota) locatio facta sit, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 7. *num.* 18. 19. 20. Abr. a Wesel *ad novellas constitut. Ultrajectin. art.* 19. *num.* 12. *& seeq.* Neostadius *supr. curiæ decis.* 30. Groenewegen *ad d. l.* 25. §. 1. *ff. h. t.* & *ad l.* 9. *C. h. t.* Leeuwen *censur. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *n. ult.* Amstelodami tamen jure singulari id obtinet, ut in ædibus ibidem judicati exsequendi causa distractis sub hasta conductionis præcedentis vis se non extendat ultra annum a primo die Maii, venditionem sequenti, computandum. Consuetud. Amstelod. *lib.* 1. *part.* 3. *t.* 17. *van excutien n.* 7. Quia vero & fructuarius & legatarius cæterique particulares successores secundum jus civile conductoris expellendi potestatem habebant *ad exemplum venditionis*, id est, ad exemplum juris illius, quod interveniente venditione servandum fuit, *l. arbores* 59. §. *quicquid* 1. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* non abs re fuerit, illis in locis in quibus leges municipales aut mores jubent, emtorem stare locationi per venditorem factæ, etiam produci jus illud ad fructuarios, legatarios, donatarios, similesque particulari ex titulo successores; ac causam eorum a causa emtorum haud separari.

18. Quibus autem in casibus expulsiones conductorum per leges aut mores ante locationis finem permissæ sunt, observandum primo, non privata sed publica judicis auctoritate deturbari oportere colonos ac inquilinos, quoties privatim moniti migrari recusant, ne alioquin interdicto de vi & vi armata teneatur, qui dejecit, *l. colonus eum* 12. *l. cum fundum* 18. *ff. de vi & vi armata*, arg. *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris*, *l. creditores* 3. *C. de pignor. & hypoth.* Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 8. *art.* 8. *n.* 7. Ant. Faber *C. lib.* 4. *t.* 42. *defin.* 11. Adde *t. si ager vectigal id est emphyt. petatur n.* 51. Secundo sciendum, non ex abrupto tunc colonos, velut Jovis ignibus ictos, debere depelli, sed præcedente tempestiva denunciatione de migrando proxime exstituro migrationis termino ex more vel lege regionis stabilito, ut ita tempore medio conductor sibi nova consulat alterius prædii, suis usibus ac conditioni accommodati conductione, arg. *l. in commodato* 17. §. *sicut autem* 5. *ff. commodati*, Christinæus *ad leg. Mechlin. t.* 8. *art.* 3. Sande *decis. Fris. lib.* 3. *t.* 6. *defin.* 1. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 19. *n.* 20. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 17. Groenewegen *ad l.* 3. *C. h. t.* Abr. a Wesel *ad novellas const. Ultraject. art.* 19. *n.* 3. Sed & tertio notandum, illam expellendi licentiam particularibus successoribus a jure concessam non impediri ex eo, quod forte locator aut generaliter res suas aut specialiter ipsum illud prædium, quod locavit, pignori obligaverit conductori in usus, non ante finitum tempus expressum adimendi, securitatem. Cum enim illa pignoris obligatio accessoria tantum sit, principalem obligationem firmare quidem, at nequaquam immutare potest: principalis autem conducti actio personalis in id tantum comparata est, ut vel usus conductori, usque ad locationis finem præstetur, vel alioquin solvatur id quod interest, eum intempestive fuisse denegatum; adeoque obligatio ad factum, usus nempe præstationem, delabitur tandem ac desinit in condemnationem ejus quod interest, uti id in omnibus evenit facti obligationibus, *l. si quis ab alio* 13. *in fine ff. de re judicata*, junct. *l. si filiofamilias* 25. §. *ult. ff. soluto matrimon.* quibus consequens est, ut & pignoris obligatio tantum in securitatem ejus quod interest videri possit intervenisse; atque adeo successorem particularem pati quidem debere tunc prædii per prædecessorem locati distractionem pro consequendo eo quod interest, sed & venditionem impedire posse, si id ipsum expulso præstet, atque ita luat pignus, arg. *l. Paulus respondit* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*, *l. si rem alienam* 9. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. cum secundus* 5. *l.* 6. *ff. de distract. pign. & hypot.* regressum deinceps adversus ipsum habiturus locatorem heredemve ejus ad indemnitatem. Ita post Petrum Barbosam ad *l. filiof.* 25. §. *ult. soluto matrim. n.* 32. Gomezium *var. resol. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 9. *ant med.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 6. *defin.* 7. *in fine*, Perezium, *C. h. t. n. sed nec eo casu* 34. Mornacium, Tuldenum, Cancerium aliosque citatos, Abrahamus a Wesel ad *novellas const. Ultrajectinas art.* 19. *n.* 9. Animadvertendum denique, ea, quæ de conductore prædii expellendo ob id, quod in re conducta male versatur, dicta sunt, non de quovis promiscue aut leviori abusu vel neglectis circa utendi modum pactionibus appositis, sed tantum de insigniter gravi damnosoque abusu, accipienda esse. Quemadmodum enim conductor neque migrare maturius neque mercedis remissionem petere potest ob id, quod paulo minus commode aliqua cœnaculi conducti parte uteretur, vel propter necessariam partis refectionem aliquam parvulam incommodi partem sustineret, sed demum, si maxima usus pars ei impedita sit, *l. habitatores* 26. *ff. h. t.* ita quoque eum non nisi ob notabiliorem in re conducta versationem malignam dejici, æquum est. Cumque recensiti in jure non inveniantur illi abutendi modi, qui sufficientes habendi forent, id totum arbitrio providi ac circumspecti judicis relinquendum videtur, utrum abusus expulsione, an sola in id quod interest damnatione coercendus, aut etiam ob exiguitatem conniventia prætermittendus sit; sive in privatis sive in publicis rebus, atque etiam ipsis vectigalium locatorum exactionibus abusus appareat. Confer Christinæum *vol.* 3. *dec.* 113. *num.* 8. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 2. *cap.* 11. *num.* 6. *& cap.* 5. *n.* 30.

19. Ex adverso etiam, quoties ex statuto vel consuetudine locationi cedit venditio, ita demum successor particularis inquilinum habitantem, colonum-

ve fruentem, ad finem usque ferre debet, si ei conductor temporis insequentis pensiones solvere paratus sit. Cum enim ex acquisito dominii aut usufructus jure emtor, legatarius, fructuarius secundum naturalem rationem fructum usumque rei percepturi fuissent, nisi conductoribus id privilegii datum esset, ne ante finem temporis cum maximo sæpe suo dispendio depelli queant, æquum plane, ut id saltem, quod fructuum vicem gerit, adeoque pensio iisdem cedat. Quod & ita jure civili cautum in casu, quo singulari jure constitutum erat, ut ementes a fisco rem fiscalem starent locationi per fiscum factæ, *l. ult. ff. de jure fisci*, ac usque adeo obtinet, ut, si conductor temporis totius mercedem repræsentaverit, seu in antecessum solverit locatori, pro rata tamen emtori similibusque pro mercede devinctus sit, indebiti condictione repetiturus a locatore id omne, quod ultra alienationis factæ diem solutum fuit, quippe quod ex alienationis subsecutæ eventu indebitum apparet, Petrus Barbosa ad *l. si filiofam.* 26. §. *ult. ff. soluto matrim. n.* 27. Wesel ad *d. art.* 19. *num.* 20.

20. Utrum autem Doctores & literati vicinos suos strepitu majore artificia exercentes ad migrandum compellere possint, excutere haud libet. Quæstiones tales hominibus, eruditionis morosæ & illiberalis gloriolam, dicam, an decus, affectantibus motas si quis cognoscere cupiat, adeat Menochium *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 237. Carpzovium *defin. for. par.* 2. *const.* 37. *defin.* 23.

21. Hactenus de actione conducti. Locati actio est personalis bonæ fidei, quæ locatori datur, atque etiam conductori, qui id, quod conduxerat, alteri rursus sublocavit, *l. si tibi* 7. *l. si cui locaverim* 48. *ff. h. t.* &, si plures locaverint, singulis pro sua parte, contra conductorem, &, si plures sint, contra singulos pro rata; nisi aliud nominatim pacto actum sit, aut appareat, locatorem singulorum personas in solidum respexisse, & ita duos pluresve in solidum fecisse reos locationis: tunc enim electio ei competit, quem eorum in solidum convenire velit, usque adeo, ut ne opposito quidem divisionis beneficio in casu, quo omnes solvendo sunt, jus illud eligendi unum in solidum ei auferri possit, si actiones suas adversus ceteros præstare non recuset, *l. si divisa* 13. *C. h. t. l. item quæritur* 13. §. *duo rei* 9. *l. cum apparebit* 47. *ff. h. t.* vel nisi plures vectigalia conduxerint; tum jure Romano, arg. *l. locatio* 9. §. *socii* 4. *ff. de publicanis*; tum nostris moribus. Vide Ant. Matthæum de *action. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 4. 5. 6. 7. & quæ scripsi *tit. pro socio n.* 15. Non tamen locatori primo contra secundum conductorem ulla ex locato actio est, cum nihil inter eos contractum sit, nec ex alieno contractu alius agere aut conveniri possit, *l. quo tutela* 73. §. *ult. ff. de reg. juris*, etiamsi, forte annis pluribus locator primus a conductore secundo pensiones acceperit; eo quod isto modo nulla videri potest novatio seu delegatio intercessisse, adeoque non magis inde contra secundum conductorem, quam contra quemvis extraneum pro conductore primo solventem, actio nasci potuit. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 42. *defin.* 28. Interim conductorem secundum solventem primo locatori, quod huic a primo conductore debetur, liberari etiam hoc ipso a primo conductore verius est, cum videri possit eam fecisse solutionem, ut vel liberaret res suas illatas invectasque, locatori primo adimum jure pignoris obnoxias, (ut plenius dicetur *t. in quib. caus. pign. vel hypothec. tacite contrah.*) vel conductoris primi negotium gereret, atque ita compensaret debitum sibi ex tali gestione cum eo, quod ipse vicissim ex conductione secunda debet, *l. solutum* 11. §. *solutam* 5. *ff. de pignor. act.* arg. *l. si opera* 6. *in fine ff. de doli mali & met. except.* si modo in casu posteriore nulla conductoris prioris prohibitio intercesserit de non facienda locatori primo solutione, arg. *l. ult. Cod. de negot. gestis*, Bronchorst *miscell. cent.* 1. *assert.* 80. *pr. & in fine*.

22. Agitur hac locati actione ad id, ut conductor mercedem solvat totius temporis quod conduxit, una cum usuris ex mora, (aut secundum mores ex tempore litis contestatæ. Parens p. mem. Paulus Voet ad *princ. Inst. h. t. n.* 8.) etiamsi re conducta usus non sit, vel ante tempus migraverit, nullam justam migrandi causam habens, *l. habitatores* 27. §. *iterum* 1. *l. dominus* 55. §. *ult. ff. h. t.* Ut tamen exonerare conductorem debeat, si quam forte locator mercedem ab alio pro reliqui temporis usu consecutus sit; cum hactenus haud intersit locatoris, intempestive migratum esse, nisi aliud consuetudine vel lege municipali inductum appareat. Nam & cum exceptor quidam operas suas locasset ac deinde is, qui eas conduxerat decessisset, a Severo & Antonino rescriptum fuit, *fidem contractus impleri æquum esse*, adeoque mercedem integram ei oportere solvi, *si eodem anno mercedes ab alio non accepisset*, *l. sed addes* 19. §. *cum quidam* 9. *ff. h. t.* Similique modo responsum diem functo legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitum est, deberi modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerint, *d. l.* 19. §. *ult. ff. h. t. l. diem functo* 4. *ff. de offic. assessorum*. Neque ratio diversitatis apparet, cur non idem, quod in operarum locatione receptum est, in usu quoque locato servaretur. Quod & non obscure Paulus monere videtur, cum agens de eo, qui ante tempus sine causa migravit, non simpliciter eum ad integri temporis mercedes teneri dicit, sed potius *ad solvendas totius temporis pensiones ex conducto conveniri posse, quatenus locatori in id, quod ejus interest, indemnitas servetur*, *l. dominus horreorum* 55. §. *ult. ff. h. t.* At non indemnitatem tantum, sed & lucrum captaret locator, si & a primo & a secundo conductore duplicatam temporis ejusdem haberet mercedem. Denique, si conductor re conducta male utens, ante tempus per locatorem expellatur, non aliud a conductore expulso consequitur ratione futuri temporis, quam quanti minoris deinceps eandem rem alteri locavit, *l. ea lege* 51. *pr. ff. h. t.* an autem conductor ante tempus sine causa migret, an ante tempus ex causa justa expellatur, quid quæso refert? non minorem sane abutentis quam intempestive migrantis culpam esse, evidens est, Gothofredus & Brunnemannus ad *d. l.* 19. §. *pen.* & *ult. ff. h. t.* Panschmanus *pract. quæst. libr.* 1. *quæst.* 16. Grotius *de jure Belli & pacis libr.* 2. *cap.* 12. *num.* 18. *in fine*, Abrah. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 1. *n.* 17. & *seqq.* Neque his adversatur, quod adversus colonum, vel inquillinum ante tempus deferentem statim dominus agere possit, atque ita temporis totius reliqui pensiones in continenti petere, *l. si in lege* 24. §. *si dominus* 2. *ff. h. t.* quo etiam motus Wesel *d. c.* 1. *num.* 20. existimavit, locatorem, si ab ini-

tio temporis totius mercedem a conductore, ante tempus prædium deserente, consecutus sit, ac postea alteri prædium illud vacuum locaverit, reddere non compellendum primo conductori id, quod ex secunda redegit locatione. Considerandum namque primo, etiam jactu in tempestate facto navis levandæ gratia, statim quidem mercium jactarum dominum ex locato conducto ad contributionem ex salvatis faciendam agere posse adversus magistrum navis, sed mercibus jactis postea apparentibus, aut per urinatores eductis, exonerari contributionem, adeo ut & reddi tunc oporteat, quod ultra id, quo indemnitas præstanda erat mercium domino, jam ab initio collatum fuit, *l. si laborante* 2. §. *pen. ff. ad leg. Rhod. de jactu.* Neque ratio apparet, cur non similiter exoneraretur conductor primus, qui jam solverat, dum modo locator indemnis sit; maxime, cum iniquum foret, conductorem primum bonam fidem agnoscentem, ac mature sponteque forsan satisfacientem locatori primo in damno hæsurum, dum ipsi haud proficeret superveniens post solutionem ex locatione secunda quæsita utilitas; contra vero eundem in mora solvendi existentem exonerari, si interim inter moras istas merces quædam ex secunda rei ejusdem locatione redigatur; atque ita suam cuique moram prodesse, diligentiam bonamque fidem eventu inspecto damnosam evadere. Sed & secundo in *d. l.* 24. §. 2. non asseritur, statim ad integræ conductionis pensiones agi posse, sed simpliciter *statim agi posse*; agi vero potest non tam ad pensiones illas, quarum dies necdum venit, quam potius ad interponendam de pensionibus suo tempore solvendis aut indemnitate præstanda cautionem; dum propter migrationem non ultra domino ædium aut fundi in invectis jam elatis, aut fructibus ob culturæ defectum parcius proventuris, securitas est; idque ex natura negotiorum bonæ fidei, in quibus omnibus cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, ad interponendam cautionem agi potest, & ex justa causa condemnatio fit, *l. in omnibus* 41. *ff. de judiciis.*

23. Quod si justam migrandi causam conductor habuerit, non ultra mercedem solvere tenetur, quam quatenus re conducta usus est. Justæ autem migrandi causæ sunt, si locator rem locatam alienaverit ante finem locationis: nam uti emtor aliique successores particulari locationi stare haud tenetur, ita & conductorem ad id non cogi, contractus hujus utrimque principaliter obligatorii natura suadet, *l. qui fundum* 32. *ff. h. t* Costalius, Brunnemanus, & vulgo DD. ad *d. l.* 32. Vide Manticam *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *tit.* 10. *num* 43. Similiter si non commodus sit præstitus rei usus; adeoque non sine magno incommodo suo habitator morari deberet, dum vicinus ædificans in totum, non modice, cœnaculi conducti lumine obscurat necessario ad usum reparanda non refici, *l. ex conducto* 15. §. 1. *l. si merces* 25. §. *si vicino* 2. *l. habitatores* 27. *pr. l. si fundus* 33. *in fine l.* 34. 35. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. §. *ult. ff. si usufruct. pet.* Adhæc si incursus hostium fiat, aut latronum, quibus resistere conductor non potuit, *l. idem quaritur* 13. §. *exercitu* 7. *d. l.* 33. *in fine*, junct. *l.* 34. *ff. h. t.* vel alia justa subsit timoris causa quamvis periculum vere non fuerit; secus si ne justa quidem appareret metuendi causa, *d. l. habitatores* 27. §. 1. *ff. h t.* junct. *l. metum autem* 9. *ff. quod met. causa l. vani timoris* 184. *ff. de reg. juris.* Qua ratione si ædes, tempore conductionis integræ, cœperint postea terræ motu vel aliter vitiosæ esse ruinamque minari, danda dicitur conductori actio, si migrare prohibeatur, *l. inquilino* 33. junct. *l. qui bona fide* 15. §. *de illo* 6. *ff. de damno infecto*, secus, si ipso conductionis initio jam ruinosæ apparuerint, *d. l. qui bona* 13. §. *de illo* 6. *ff. de damno infecto*, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 23. *num.* 6. Christinæus *vol.* 3. *dec.* 113. *num.* 3. Et ad hunc metum justum etiam spectra in ædibus dominantia referri poterunt, ac pestis violentior, quoties istiusmodi dæmonum illusiones apertis rerum documentis probantur, qua in re multum arbitrio judicis committendum est. Vide Alexandrum ab Alexandro *Genial. dierum lib.* 2. *cap.* 9. & *lib.* 5. *cap.* 19. Aug. Barbosam *ad l.* 3. *C. h. t. num.* 18. Gisbertum Voetium avum meum p. m. *selectar. disput. Theolog. vol.* 1. *pag.* 934. *& seqq.* Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 4. Non tamen justis migrandi causis accensendum, quod conductor ipse nunc commodam suis usibus domum fundumve jure dominii acquisierit; cum nec in jure causa talis expressa reperiatur, nec conductori difficile sit, rem recente titulo quæsitam aliis in modicum tempus, in quod usque propria conductio perdurat, elocare. Cui accedit, quod locatori tanquam domino facilius videatur ex nova causa permittendus rei propriæ usus, quam conductori facultas migrandi, dum nullum jus in re pro æquitatis fundamento habet, Aug. Barbosa ad *l.* 3. *C. h. t. num.* 17.

24. Præter migrationem justa ex causa factam aliæ insuper causæ sunt, propter quas mercedis remissionem pro parte vel in totum jure conductor petit; veluti si insolita ac præter regionis consuetudinem appareat sterilitas, extrinsecus eveniens, quæ & vis major ac vis divina dici solet, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t.* qualis est ex graculorum, sturnorum, locustarum edacitate, segetis immaturæ calamitate, ac labe, dum tempestatis imbriumve violentia confracti calami, ex quibus stant spicæ, non ultra succum nutritium transmittunt ad spicarum imperfectarum repletionem, *l. excepto* 18. *C. h. t. l. ex conducto* 15. §. *si vis tempestatis* 2. *ff. h. t.* uti &, si nives immoderatæ, ac contra tempestatis consuetudinem cadentes, frumenta corruperint, *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* si uredo fructum oleæ adusserit, vel fervore solis insueto id acciderit, *d. l.* 15. §. 2. *ff. h. t.* Vide *d'Instructie voor de Heeren van de Rekeninge de Domeijnen van Holl.* 27. *Marii* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. si aquæ inundatione, fluminumque vi, aut hostium incursu, impedita fuerit agrorum cultura, satio, aut messis, *d. l. ex conducto* 16. §. 2. *ff. h. t.* Confer Abr. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 6. *& cap.* 11. Contra quam statuendum esset, si vel ex ipsius rei vitio naturali sterilitas contigerit, veluti ex arborum ac vinearum vetustate *d. l.* 15. §. *cum quidam* 5. *ff. h. t.* vel bello fervente conductio agrorum facta sit, ut imminens a militibus hostibusque vastatio potuerit prævideri, arg. *l. qui bona fide* 13. §. *de illo* 6. *ff. de damno infect.* Wesel *de remissione mercedis cap.* 11. *n.* 1. 2. 3. 4. 5. vel culpa coloni, intempestiva cultura proventum fructuum impedientis, aut in universum negligentis culturam fundi, & ob id nil præter ea, quæ ex stipulis renata sunt, percipientis, *l. si merces* 25. §. *conductor.* 3. *ff.*

h. t. Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *num.* 16. *& seqq.* Quo & reducendum, si raucis, (vel ut alii legunt) erucis, aut herbis segetes corruptæ fuerint; quasi desidiæ coloni id damnum adscribendum sit, quod non herbarum inutilium evulsione, vermiumque collectione ac cæde promoverit uberiorem frumenti productionem, *d. l.* 15. §. 2. *ff. h. t.* Sed & si post fructuum perceptionem ipsi fructibus a colono custoditis quid adversi acciderit, dum vinum acuit aut effluxit, frumenta in horreis corrosa, ab exercitu prætereunte per lasciviam ablata sunt, aliterve perierunt, coloni potius quam domini fundi id damnum foret: cum colonus jam fructuum dominus effectus sit, ac res suo pereat domino sibique colonus imputare debeat, quod non venditione magis festinata periculum illud a se amolitus sit, sed lucelli forte majoris intensiorisque pretii spe diutius penes se perceptos voluerit fructus servare, ac æquum sit penes eum damni metum esse, quem & aucti interim pretii commoda sequuntur, *d. l.* 15. §. 2. *vers. si tamen h. t.* arg. *l.* 1. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 21. 22. 23. 46. Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 23. *num.* 13. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 37. *defin.* 20. Brunnemannus *ad l.* 15. *ff. h. t. num.* 7. 8. 9. Non etiam ob sterilitatem mercedis remissio facienda est, si non insolita sed modica, eaque pro regionis conditione non infrequens ex pluviis, nivibus, aut aliis causis similibus sterilitas appareat. *d. l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t. Instructie voor de Heeren van de Rekeningen der Domeijnen van Holland.* 27. *Martii* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 31. Nec, quoties ea lege quis fundum locavit, *ut etiamsi quid vi majore accidisset, hoc ei præstaretur*, id est, præstaretur tamen locatori, quod mercedis nomine promissum est, *l. si quis domum* 9. §. *Julianus* 2. *ff. h. t.* junct. *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt. l. licet certis* 8. *C. h. t.* Confer Ant. Matth. *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 15. 16. 17. Abrah. a Wesel *de remissione mercedis cap.* 7. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 201. Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 1. Carpzovium *defin. for. par.* 2. *constit.* 37. *defin.* 17. Nec denique, in insolita præcedentium aut sequentium annorum ubertas anni sterilioris defectum suppleverit, adeo ut ne remissio quidem jam facta quicquam domino obfutura sit, quo minus integram exigat pensionem etiam anni illius, quo remisit. Plane si novissimus annus sterilis fuerit, & locator annorum superiorum sciens ubertatem conductori concesserit anni ultimi sterilis intuitu mercedis remissionem, rata ea manebit, nec ultra debet locator ad computationem vocari, *l. ex conducto* 15. §. *Papinianus* 4. *ff. h. t. licet certis* 8. *C. h. t.* Sed &, si non plurium annorum una locatio mercede una in fine locationis solvenda intercesserit, sed in annos singulos pensio, finito anno unoquoque præstanda, promissa appareat, uti nunc fere apud nos passim fieri moris est; censent plurimi, nullam præsentis sterilitatis insolitæ cum annorum præcedentium aut sequentium ubertate insolita compensationem admittendam esse, sed anni cujusque proventum seorsim oportere spectari, quasi tunc tot separatim contractæ intelligi deberent locationes, quot sunt annis singulis cedentes ac præstandæ pensiones; atque ita anni quidem sterilis intuitu remissionem deberi, annorum vero reliquorum præcedentium aut sequentium lucrum immodicum colono non invidendum aut auferendum esse, Auctores hos refert & sequitur Abr. a Wesel de *remissione mercedis cap.* 5. *n.* 17. *& seqq.* Sed vix est, ut opinio hæc in Hollandia probetur, repugnante lege provinciali, verbis apertis hanc præcedentium ac sequentium annorum uberiorum cum sterili compensationem præcipiente. *Instructie voor de Heeren van de rekeninge der Domeijnen van Holland* 27. *Mart.* 1593. *art.* 95. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 732. Plane extra sterilitatis insolitæ casum ubertas, utcunque maxima & humanam superans expectationem, ac ex quacunque proveniens causa, invidenda colono non est, nec ob id major per eum præstanda merces; tum quia *lucrum immodicum ei haud auferendum* esse Gajus scripsit *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. h. t.* auferretur autem, si merces augenda foret; tum quia ne publicanis quidem, qui vectigalia a fisco conducta habent, pensionis majoris solvendæ necessitas imponitur, si maximos fructus ex redemtione vectigalium consecuti sint, licet in multis privilegiata sit fisci causa, sed tantum jure singulari conductionem eandem in futurum pensionibus prioribus suscipere compelluntur, quoties vectigalia nequeunt iterum tanti elocari, *l. cotem* 11. §. *ult. ff. de publican. & vectig. & commiss.* Nec obstat *l. hi, quos* 2. *C. de alluvionibus*, quippe quæ non de ubertate fructuum, sed agri ipsius incremento tractat, nec de pensione, sed de tributo, onere illo reali pro aucta agri mensura augendo, uti ex adverso minuitur tributum illis, qui ex fluminis edacitate suum deplorant patrimonium diminutum, *d. l.* 2. Pinellus ad *l.* 2. *C. de rescind. vendit. par.* 1. *cap.* 3. *n.* 34. 35. Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 19. 20. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 5. *n.* 19. dissent. ex parte Gomezius *var. resol. tom.* 2. *c.* 3. *n.* 18. *in fine*, & plures antiquiores interpretes.

25. Quando autem sterilitas insolita dici debeat, an, cum ne dimidium quidem mercedis ultra pretium seminis ac impensarum in fructu est; an magis, cum collato semine, expensis, ac pensione integra, conductor supra dimidium læsus reperitur, vix pro regula tradi potest; magisque est, ut ejus rei tanquam in jure non definitæ, æstimatio judicis æqui arbitrio relinquatur. Confer Christinæum *vol.* 3. *decis.* 110. *num.* 14. Menochium *de arbitrar. judic. lib.* 2. *casu* 76. Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 18. Mozzium *de contract. cap. de accidental. locat. & conduct. n.* 10. *& seqq.* Ant. Fabrum *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 3. Mascardum *de probation. conclus.* 1340. verbo, *sterilitas.* Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 1. 2. 3. Carpzovium *defin. for. p.* 2. *const.* 37. *defin.* 11. Brunnemannum *ad l.* 15. *ff. h. t. n.* 12. *& seqq.* Dummodo meminerimus, primo quidem in insolitæ sterilitatis inquisitione omnes illius anni integrique prædii, non partium singularum diversa ferentium, fructus considerandos esse, nec insolitam intelligi sterilitatem, si cum decem agri jugera in satis essent, decem in vineis, solæ vineæ spem coloni fefellerint, sata proventum dederint solito uberiorem, aut vice versa: quippe quo casu magis messis ubertas cum vindemiæ sterilitate compensanda foret, velut unus anni totius fructus, arg. *l. si fundus* 8. §. 1. *ff. soluto matrim.* Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 47. Mantica *de tacit. & ambig. convent. lib.* 5. *n.* 32. Giurba *observ.* 24. *n.* 13. aliique citati apud Abr. a Wesel *de*

remiss. mercedis cap. 4. *num.* 23. Secundo talem esse oportere insolitam sterilitatem, ut inde plus quam tolerabile damnum colonus senserit: unde si ob sterilitatem sic pretia fructuum intensa fuerint, ut ex paucis natis colonus vendendo tantundem redegerit, quantum vulgo ex modico fundi proventu, remissio haud facienda esset, cum nullam senserit ex sterilitate læsionem, arg. *l. si merces* 26. §. *vis major. ff. b. t.* Giurba *d. observ.* 24. *n.* 16. Quod si nulla quidem insolita sterilitas sit, sed ob abundantim aliunde advectorum, aut ob emtorum raritatem vilissimo fructus pretio distrahantur, colonum magis id quam fundi dominum gravare debet, cum illud non fructuum pendentium, sed jam perceptorum damnum sit, Gomezius, *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *n.* 18. *post med.* Brunnemannus *ad l.* 15. *ff. b. t. num.* 19. Wesel *de remiss. mercedis cap.* 5. *n.* 25. Nec remissio mercedis, per unum ex vicinis facta, mox reliquos ejusdem viciniæ dominos obligat ad faciendam similem mercedis remissionem, *l. circa* 19. *C. b. t.*

26. Sunt insuper aliæ causæ, propter quas aut nulla aut minor præstanda est merces; veluti, si vel ante tempus conductor expulsus fuerit, quem sæpe præter futuri temporis liberationem a mercede, amplius id quod interest petere posse, supra expositum, vel statim ab initio locator conductori usum rei locatum non præstiterit, licet postea cum res integra esse desiit, conductori patientiam fruendi præstare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis rebus illigatus, non potest, *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. b. t.* Idemque est, si longe majorem locator dixerit agri modum esse quam qui re ipsa præstitus fuit; in quantum pro rata minoris quantitatis ad usum concessæ diminuenda quoque merces est; maxime, si locator veri modi scientiam habuerit, licet tunc clausulam de non præstanda quantitate expressa subjunctam ponas, exemplo eorum, quæ de errore circa quantitatem in emtione tradi solent. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 150. & *part.* 4. *consil.* 270. Adde *tit. de contrab. emt. n.* 7.

27. Sed &, si per eum, qui operas elocaverat, steterit, quo minus eas præstet, minuenda merces pro rata temporis, quo præstitæ non sunt; nisi is, cui operæ debitæ debitorem operarum invitum ad operas tempore statuto præstandas cogere latius ducat. Ex eoque fundamento est, quod si quis opificii vel artificii discendi causa sese in certum tempus addixerit artificii, priorum scilicet annorum imperitiam annorum postremorum peritia pensaturus, ac jam in arte provectus alteri ante locationis prioris finem suas operas locaverit, liberum priori sit discipulum talem ad temporis præfiniti finem usque in suum artificium ac ministerium revocare. *Placit. Ordin. Holl.* 2. *Sept.* 1597. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 513. Quod & de famulis ac ancillis intempestive recedentibus, aut operas alteri immature addicentibus, variorum locorum statutis cautum, vel usu firmatum est; nisi nuptiarum causa ante tempus migrare festinent. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 2. & *lib.* 4. *cap.* 22. *n.* 11. Aliter hæc obtinent, si per eum, cui operæ præstandæ, factum sit, ut non præstentur, arg. *l. jure civili* 24. *ff. de condit. & demonstrat.* Qua ratione nauta mercedem integram potest exigere, si navigare non potuerit ob id quod mercium dominus vectigal non solverat, & ita merces ex causa commissi fisco vindicatæ fuerant, *l. pen.* §. *navem* 1. *ff. b. t.* vel navigatio absoluta quidem sit, sed irrito eventu, dum culpa aut voluntate conductoris merces aliunde advehendæ impositæ non sunt. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 20. *num.* 1. 2. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 9. & 72. (*vel* 73. *pag.* 250.) vel denique statim ab initio conductor merces nullas imposuerit navigio conducto: quo tamen casu si magister, facta prius protestatione, alio navigaverit quæsitum merces transvehendas, redactum inde naulum cessurum in exonerationem primi conductoris, qui merces non imposuerat, tradit Weytsen *tract. van Avarye fere circa finem*, vers. *hieromme*, & versu *maar in eas*, eoque faciunt tradita *n.* 22. *b. t.* & sequentia *hoc num.* Quod si ob supervenientem casum fortuitum operæ præstitæ non sint, videndum, utrum casus ille contigerit ex parte ejus, cui opera præstanda, an ex parte illius, qui earundem in se receperat præstationem. Si ex ejus latere, qui operas conduxerat, dum is forte mortuus est integra totius temporis & operas solvenda merces, nisi medio tempore operam locator alteri elocasset, *l. sed addes* 19. §. *pen. & ult. l. qui operas.* 38 *ff. b. t.* arg. *l. ult. pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu.* Sin ex parte locatoris, dum is morte præventus vel aliter inhabilis effectus operam promissam adimplere non potuit, non nisi pro rata operæ præstitæ merces est debita, si modo opera pro parte præstita utilitatem conductori attulerit, ut id in famulorum, ancillarum, mercenariorum operis plerumque fit, arg. *l. si operis domum* 9. §. *bis subjungi* 1. *in fine*, *sed addes* 19. §. *si quis*, *cum* 6. *ff. b. t.* uti & in navibus in certum tempus conductis, si onus impositum ad loca destinata pertulerint, iterumque novis onustæ mercibus perierint; quod turba mercatorum firmatum vide Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 147. Quin imo, si modico tantum temporis spatio famuli aut ancillæ valetudine impediti non per omnia operas promissas impleverint, non statim ob id defectionem ex mercede eorum facere oportet, arg. *l. babitatores* 27. *pr. ff. b. t.* eoque pertinet illud Pauli Jurisc. qui agens de servo, cui libertas legata erat, *si heredi anno uno servisset*, ait, etsi quibusdam diebus aut valetudo aut alia justa causa impedimento fuerit, quo minus serviat, tamen & hoc anno imputandos esse; servire enim nobis intelligi etiam hos, quos ægros curamus, qui cupientes servire, propter adversam valetudinem impediuntur, *l. cum heres* 4. §. *Stichus* 9. *ff. de statuliberis*. Plane si opera ex parte tantum præstita nullum conductori emolumentum adferre potuerit, nulla quoque mercedis exactio competit. Hic cum nauta, amissa nave, munere vehendi functus non esset, eum vecturam non petere, &, si prorogatum accepisset, reddere debere, idque in omnibus personis similiter observandum esse, ab Antonino rescriptum est *l. ea conducto* 15. §. *item cum quidam* 6. *ff. b. t.* licet operam eandem postea rursus offerant implendam, arg. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. b. t.* Confer Neostadium *Curiæ supr. decis.* 32. Si tamen ex naufragio merces quædam salvatæ sint, moribus hodiernis naulum earum pro rata itineris emensi nautæ solvendum foret, ipsisque etiam sociis nauticis, quorum vigilantia res salvatæ, præmium salvationis; adeo ut & mercium retentio pro utroque consequendo tributa sit. *Zee-Recten van*

Kon. Philippus ult. Octobr. 1563. *tit. van Schipbrekingen art.* 12. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 818. *Ze rechten. van Keyser Carel* 19. *Julii* 1551. *art.* 40. *d. vol.* 1. *pag.* 792. *Artickel. Brief van de Oost. Indische Compagnie* 8. *Martii* 1658. *art.* 42. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1238. 1239. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 29. *n.* 3. *& seqq.* Respons. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 153. *quaest.* 2. Jacobus Coren *observat.* 24. Ant. Matthaeus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 58. Quod si ex neutrius latere impedimentum fuerit, sed publica auctoritate praestatio operarum, aut navigio ex conventione instituenda, impedita sit, si quidem impedimentum illud intervenerit statim ab initio ante coeptam navigationem, neuter alteri ex tali contractu obstrictus manet, nisi ad id, ut impensas jam factas simul ferant, *l. ult.* §. 1. *ff. ad leg. Rhod. de jactu*, *Zee-Rechten van Keysor Carel art.* 36. *vol.* 11. *pl. Holl.* 792. *van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art.* 4. *d. vol.* 1. *pag.* 8 7. Neostadius *Curiae supr. decis.* 15. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 3. *cap.* 20. *n.* 4. 5. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 210. quod repetitum *part.* 4. *consil.* 87. adeo ut neque poena debeatur, si qua promissa sit. *Placit. Ordinum General.* 25. *Aprilis* 1665. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 294. *in fine*, neque postmodum, cessante impedimento publico, navigare nauta tenetur, nisi nova interposita conventione, eo quod semel resoluta obligatio non nisi duorum voluntate redintegrari potest. Neostadius *d. decis.* 15. Si vero post coeptam & ex parte absolutam navigationem demum supervenerit publica prohibitio, iterum ex jure nostro nautico distinguendum est. Si enim navis conducta sit, ut hinc solvens, merces alibi recipiat huc aut aliorsum devehendas, & in ipso mercium recipiendarum loco auctoritate magistratus easdem suscipere prohibeatur, integra merces debita est, quoties nullam a magistratu prohibente mercedem nauta consecutus est. *Zee-Rechten van Keyser Carel. art.* 35. *d. vol.* 1. *pag.* 791. *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art.* 2. *d. vol.* 1. *pag.* 806. Sed si, cum jam in peregrina regione navis esset, id actum fuerit, ut inde ad alium naviget locum onus suum ibi exceptura, postquam autem jam eo appulisset, mercium impositioni aut transvectioni magistratus loci illius intercedat citra culpam nautae vel mercatoris, dimidiatae mercedis solutionem fieri oportere constitum est, *Zee-Rechten van Kon. Philippus tit. van Schippers en Koopluyden art.* 3. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 806. 807. Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 20. *num.* 2. 3.

28. Illud circa mercedis praestationem praetermittendum non est, cogendos haud esse praediorum conductores ad mercedem locatori iterato solvendam, si eam hostibus, ea regione ad tempus potitis, bona fide ac sine collusione solvere compulsi sint, nec ante hostilem occupationem in mora solvendi fuerint ex more regionis, arg. *l. Paula Callinico* 27. §. *ult. ff. de legatis* 3. Nec adversatur *l. pen. ff. soluto matrimonio.* Quod enim Liciniae Gracchi uxori dotem, quae in ea perierat seditione in qua Gracchus occisus erat, restitui oportere Publius Mucius respondit, id eo nititur fundamento, quod maritus in dote dolum & culpam praestare debeat, Gracchi autem culpa seditio illa facta erat, *d. l. pen.* Minus obest, quod Papinianus scripsit, eum, qui vecturas navium & pensiones insularum, quas dominus locaverat, praedoni solvit, hoc ipso non liberari, *l. si urbana* 55. *ff. de condict. indeb.* cum praedo illic accipiatur pro malae fidei possessore, qui privatus est, ac neque vi coegit ad solvendum, neque, si vi compulisset, ullo id fecisset jure: contra, quam est in hostibus, qui belli jure ex jure gentium muniti, & per hoc a praedonibus etiam publicis distincti sunt, *l. hostes hi sunt* 118. *ff. de verb. signif. l. hostes sunt* 24. *ff. de captiv. & postlim.* Matth. de Afflictis *decis.* 150. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 42. *defin.* 33. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 217. Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 2. *cap.* 6. *num.* 14. 15. Vide tamen *placitum ordinum General.* 6 *Julii* 1673. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 249.

29. Caeterum non mercedem tantum actione locati locator persequitur, sed & damna, quae rebus locatis per dolum latam levemve culpam conductoris illata sunt; quippe quam a conductore praestari placuit, eo quod utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, *l. si, ut certo* 5. §. *nunc videndum* 2. *ff. commodati*, *l. contractus quidam* 23. *ff. de reg. jur.* Proinde, si is fundum intempestiva cultura, si arbores, si vites operis rusticis imperite aut non suo tempore factis deteriores reddiderit, si villarum, horreorum, aquaeductuum curam neglexerit, atque ita haec & alia similia corrumpi passus sit, locatori obstrictus erit, *l. si merces* 25. §. *conductor* 3. *ff. h. t.* Idemque est, si praedii conducti usum immutaverit sine locatoris voluntate, domum forte ad jumentorum stationem & stabuli usum convertendo, ex pascuis novalia, ex pomariis pascua faciendo, arbores frugiferas exscindendo, villam diruendo, viridaria vel deambulationes arboribus infructuosis opacas atque amoenas dejiciendo, ut horti olitorii fiant, vel aliud quid quod ad reditum spectat, arg. §. *pen. Instit. h. t. d. l.* 25. §. *ipse quoque* 5. *ff. h. t.* junct. *l. si cujus rei* 13. §. *fructuarius* 4. *&* §. *ult. ff. de usufructu & quemad. quis utat.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 215. & *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 18. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 22. *num.* 13. Sed & alia plura sunt, quae culpae adnumerata, vel conductor usus vel locator operarum praestare debeat, veluti si quis mulas conductas onere nimio imposito ruperit, *l. qui insulam* 30. §. *qui mulas* 2. *ff. h. t.* si cisiarius seu carrucarius, dum ceteros praeterire contendit, cisium evertat; & mercibus aut viatoribus damnum det, *l. item quaeritur* 13. *pr. ff. h. t.* si navicularius fervente tempestate e portu solverit, aut in navem minus idoneam merces transposuerit, *d. l.* 13 §. 1. *ff. h. t.* si magister sine gubernatore navem in flumen immiserit, & cum orta tempestate temperare non posset, eam cum mercibus amiserit, *d. l.* 13. §. 2. *ff. h. t.* si fullo pallia polienda permutaverit, aut ea mures roserint, vel cum rerum mobilium qui conduxisset usum, res aliorum aliis restituerit, *d. l.* 13. §. *si fullo* 6. *ff. h. t.* Factum quoque tertii toties ad culpam conductoris pertinet, quoties is suis inimicitiis aut alio simili modo causam isti facto praebuit, *l. si merces* 25. §. *culpa autem* 4. *ff. h. t.* arg. *l. pen. pr. ff. soluto matrimonio*, vel praecavere potuit, & rem ita custodire, ne alius in ea damnum det, *l. videamus* 11. §. *item* 2. *l. sed de damnio* 41. *ff. h. t.* arg. *l. item quaeritur* 13. §. *exercitu* 7. *ff. h. t. l. lectos* 12. 13. 14. *ff. de peric. & comm. rei vend.* Mascardus *de probation. conclus.* 894. verbo, *incendium num.* 16. 23. 24. Sande *decis. Frisic. libr.* 5. *tit.* 7. *defin.* 2. Hugo Grotius *manud. ad juris-*

prud. Holl. libr. 3. *cap.* 19. *n.* 34. 35. Longum esset, omnia recensere, quæ & in hoc titulo & sparsim in jure ad culpam in hoc contractu præstandam relata occurrunt, quæ & ex parte *in tit. de lege Aquilia*, excussa jam sunt.

30. Illud monuisse suffecerit, culpæ levissimæ nullam in hoc contractu præstationem esse, nisi quis eam pacto in se receperit, aut pro custodia mercedem acceperit, *l. qui mercedem* 40. *ff. h. t.* aut artificium professus sit, *l. si quis domum* 9. §. *pen. ff. h. t.* Grotius *d. libr.* 3. *manud. cap.* 19. *num.* 36. *& seqq.* Unde si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, ex quibus deinde vinum effluxit, tenetur in id quod interest, nec ignorantia ejus excusata est, *l. sed addes* 19. §. 1. *ff. h. t.* & si gemma includenda aut insculpenda data, ac confracta sit, non aliter is, qui id in se recepit, securus erit, quam si absque ulla ejus imperitia, solo materiæ vitio, id ipsum acciderit, *d. l. item quæritur* 13. §. *si gemma* 5. *ff. h. t.* Similiter qui columnam transportandam conduxit, si ea dum tollitur, aut portatur, aut reponitur, fracta sit, ita id periculum præstat, si qua ipsius eorumque, quorum opera utitur, culpa acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sint, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset. Idemque intelligimus & si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit; quod & ad alias res transferri potest, *l. si merces* 25. §. *qui columnam* 7. *ff. h. t.* Quæ iniqua videri non debent, cum affectare quisque non debeat id, in quo vel intelligit vel intelligere debeat, imperitiam suam aliis periculosam futuram esse, *l. idem juris est* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.*

31. Quod si casu fortuito res, circa quam locatio conductio concepta est, perierit, domino perit, nisi aliter periculum quoque in se receperit, *d. l.* 13. §. *si gemma* 5. *ff. h. t.* vel nisi dominus probet, casum ex concurrente conductoris culpa profluxisse, arg. *d. l.* 13. *pr.* §. 1. 2. *ff. h. t.* Gomezius *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 3. *num. ult.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 26. *defin.* 19. Imo si alienæ materiæ novam formam artifex addiderit, certa mercede constituta, & antequam novam speciem perfecisset aut jam perfectam domino materiæ in nulla mora posito restituisset, ea penes ipsum incendio, furto, aliove simili infortunio extra culpam ejus contingente perierit, domino quidem materiam quam dederat, artifici vero operæ pretium perire, æquum videtur, arg. *l. opus, quod aversione* 36. *ff. h. t.* Resp. Jurisc. Hollan. *part.* 1. *consil.* 214. quod repetitum *pars* 4. *consil.* 70. Nec recte his objiciatur, ad id, interitus rei, ex rei ipsius vitio contingens, artificem non gravet, pacto speciali opus esse, *l. si servus* 27. §. *si calicem* 29. *ff. ad Leg. Aquil.* Novum enim non est, ut pacto caveantur & ea, quæ jure communi cauta sunt, dum vel juris illius imperiti sunt contrahentes, vel omnia tuta timent: ac hisce quoque pactionem in *d.* §. 29. propositam accenseri oportere; vel ex ipsa lege manifestum est, dum dicitur, artificem, *si non imperitia fregit*, *posse excusatum esse*. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 2. *cap.* 10. *num.* 16.

32. Tendit denique locati actio ad id, ut finita conductione res in eodem statu, quo data, restituatur, *l. cum conductorem* 29. *C. h. t.* quo non facto, propter rem quidem mobilem adversus conductorem in litem juratur, *l. si cui locaverim* 48. §. 1. *ff. h. t.* propter immobilem vero, si usque ad sententiam restituere detrectet, ad rem simul & æstimationem ejus reddendam condemnatur, tanquam invasor alienæ possessionis, *l. pen. C. h. t.* Quod & nostris moribus firmatum est, in quantum post litem contestatam præter fundum & litis impensas dimidium pretii, post sententiam vero totum pretium & id quod interest, reddere domino tenetur, si in ære non habeat, in pelle luiturus. *Edict. Caroli V.* 22. *Ianuar.* 1515. *vol.* 1. *pl. Holl. pag.* 36. *& seqq. Politic. Ordonnantie van Holland. ann.* 1580. *art.* 33. 34. *Placit. Ordin. Holl.* 26. *Sept.* 1658. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2515. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 34. Confer Wassenaar *pract. judic. cap.* 4. *num.* 52. & *cap.* 7. *num.* 1. *& seqq.* Neque hanc rei conductæ restitutionem objecta per conductorem dominii exceptio morari potest, etiamsi forte conductori facilis esset domini probatio, sed omnino possessionem prius reddere debeat, & tunc de proprietate litigare, maxime si non ordinaria hac locati actione, sed interdicto recuperandæ possessionis locator experiatur, *l. si quis conductionis* 25. *C. h. t.* Neostadius *curiæ supr. decis.* 87. Groenewegen ad *d. l.* 25. *C. h. t.* Wassenaar *pract. judic. d. cap.* 7. *num.* 10. Tertium tamen per motam de dominio controversiam intercedere posse, ne locatori res restituatur, verius est; nostris præsertim moribus, quibus probatum sistendi seu arrestandi jus. Vide Ant. Fabrum *C. lib.* 3. *t.* 22. *defin.* 8. Quid, quod nec pro impensis & meliorationibus in rem conductam factis retentio conductæ rei invito locatore fieri potest, si modo is idoneam obtulerit cautionem de reddendis iis, quæ ex conventione vel lege aut more regionis restitui oportere judicatum fuerit, *Placit. Ordinum Holl.* 26. *Sept.* 1658. *art.* 10. *& seqq. vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 2518. Sande *de prohibita alienat. part.* 3. *cap.* 8. *num. ult. & ibi plures citati.* Wassenaar *pract. jud. d. cap.* 7. *num.* 34. *& seqq. ad num.* 41.

33. Præter usum & operas, præcipua locationis objecta, etiam opus locari potest, ut scilicet interveniente artificis opera fiat, qui illud conducit seu redimit faciendum, etiam redemtor operis inde appellatus, *l. qui insulam* 30. §. *qui ædem* 3. *l. ea lege* 51. §. *locavi* 1. *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. h. t. l.* 1. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. si ventri* 24. §. *divus* 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid. vel vend.* Licet & alio sensu redemtores dicantur, qui certum vectigal aut tributum, veluti portorium pro transitu pontis, exigendum conduxerunt, *l. cum in plures* 60. *ff. h. t.* aut frumentum aliaque similia de loco in locum transferenda, *l. si hi qui* 14. *C. h. t.* Ac in hac operis locatione conductor mercedem accipit, locator dat; cum alioquin in usus aut operarum locatione locator accipiat mercedem, conductor præstet, *l. ea lege* 51. §. 1. *l. cum in plures* 60. §. *mandavi* 4. *ff. h. t.* quamvis & illud verum sit, conductorem operis simul dici posse locatorem operæ, in quantum artifex, qui insulam ædificandam aut quid simile faciendum conduxit, operam suam elocat, id est, faciendi necessitatem, *l. item si prædio* 22. §. *cum insulam* 2. *ff. h. t.* Atque hinc est, quod Marcellus disputans de *conductore* pluribus *locante*, an singulos in solidum convenire possit; eum *conductorem* appellat, quia opus a pluribus redemerat faciendum, & eundem tamen *locasse* scribit, in quan-

tum operis conductio includit operarum locationem, *l. cum apparebit* 47. *ff. h. t.*

34. Elocatur autem opus faciendum vel aversione, vel in pedes mensurasve, vel in dies singulos constituta mercede, *l. qui insulam* 30. §. *qui aedem* 3. *l. opus* 36. *l. ea lege* 51. §. *locavi* 1. *ff. h. t.* Potestque is, qui opus faciendum in se recepit, vel per se vel per alium, quem suo substituit loco, illud perficere, vel alteri rursus sublocare, *l. si cui locaverim* 48. *ff. h. t. stipulatio ista* 38. §. *si quis insulam* 21. *ff. de verbor. obligat.* arg. *l. quivis censibus* 16. *C. de episcop. & clericis*, quo casu redemtor primus ex substituti, perperam opus adimplentis, culpa tenetur; cum culpa non careat, quod alteri minus perito minusve diligenti opus conductum commiserit perficiendum, *arg. l. vel per literas* 2. §. 1. *ff. si mensor fals. mod. dixerit*; *l. ad similitudinem* 21. *C. de episcop. & clericis*, §. *ult. Instit. de curatoribus.* Non tamen opera vicaria in opere conducto admissa est, si specialiter inter locatorem ac redemtorem actum fuerit, ut is *suis operis* illud perficiat; cum longa inter artifices differentia sit & ingenii, & naturae, & doctrinae, & institutionis, *l. inter artifices* 31. *ff. de solution.* Uti nec, si quis per testatorem legato vel institutione honoratus, opus facere jussus sit, & appareat voluisse testatorem, ut per ipsum opus illud fiat, *l. fideicommissa* 11. §. *ult. ff. de legatis*, 3. Idemque est, si constiterit, in opere elocando certae personae industriam electam esse, quae non ita in aliis reperitur, aut saltem ex locatoris aestimatione & affectione quodammodo dependet; veluti, cum quis Apelli aut Parrhasio picturam mandasset faciendam: non enim eandem in alterius pictoris surrogati opus affectionem artis istius cultoribus ac miratoribus surgere solere, palam est, Andr. Gayl. *libr.* 1. *observat.* 97. *n.* 3. *& seqq.* Menochius *de praesumt. libr.* 6. *praesumt.* 92. Perezius *Cod. h. t. num. locari quoque* 11. Ant. Matthaeus *de obligat. disput.* 21. *thes.* 6.

35. Ceterum in operis locatione varia veniunt consideranda, puta probatio vel improbatio ejus, periculum, locus & tempus ubi ac intra quod illud perficiendum est, ac denique operis locati intuitu solvenda merces. Probationem quod attinet, ea vel a locatoris vel a tertii arbitrio pendere potest. Ipsius locatoris aut heredis ejus arbitratu fit, si inter contrahentes id actum fuerit; quo casu non aliud censetur conventum, quam ut conductor in opere perficiendo sequatur praescriptum locatoris, arbitrio viri boni; sic ut locator opus improbare nequeat, ubi quisque bonus illud probaturus fuisset, tanquam secundum locatoris voluntatem factum, *l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t. l. si libertus* 30. *ff. de operis libert.* junct. *l. in personam* 22. §. 1. *ff. de reg. juris.* Unde &, si domus facienda locata fuerit, lege dicta, *ut probatio locatoris aut heredis ejus esset*, ac redemtor ex voluntate locatoris quaedam in opere permutasset, responsum a Labeone, opus quidem ex lege locationis non videri factum, sed quoniam ex voluntate locatoris permutatum esset, redemtorem absolvi debere; tanquam qui ex viri boni judicio opus secundum locatoris praescriptum implevit, *l. cum in plures* 60. §. *lege dicta* 3. *ff. h. t.* Quibus non obstat, quod conferri nequeat in emtoris arbitrium pretii determinatio, *l. quod saepe* 35. §. 1. *ff. de contrahend. emt.* Considerandum enim, in debitoris quidem aut creditoris arbitrium conferri posse, quid, quale, quantum praestandum sit, si modo subsit efficax obligatio ad aliquid praestandum, sic ut eo casu arbitrium debitoris aut creditoris pro viri boni arbitrio accipiendum sit, *l. si societatem* 6. *ff. pro socio*, *l. si quum ea* 3. *C. de dotis promiss. l. si libertus* 30. *ff. de operis libert.* arg. *l. in personam* 22. §. 1. *ff. de reg. juris*, *l. haec venditio* 7. *ff. de contrah. emt.* Posse etiam in creditoris arbitrium conferri, an sibi velit deberi, nec ne; qua ratione subsistit legatum sub illa datum conditione, si legatarius voluerit, *l. si ita expressum* 69. *ff. de condit. & demonstrat. l. si ita legatum* 65. §. *illi* 1. *ff. de legatis* 1. & venditio probata est, *ut Stichus tibi sit venditus aureis tot, si intra certum diem tibi placuerit.* §. *pen. Instit. de emt. vendit. l. si res ita* 3. *ff. de contrah. emt.* uti & illa, qua res ad gustum vendita est, in quantum emtori licet post degustationem improbare, *l. si in emtione* 34. §. *alia causa* 5. *ff. de contrah. emt.* quibus in casibus emtor, rerum ex venditione tradendarum creditor, definit, an sibi eas velit ex emto debitas, nec ne. Contra vero, in arbitrium debitoris, conferri non posse, an velit obstrictus esse, nec ne, *l. haec venditio* 7. *ff. de contrah. emt. l. arbitraria* 2. §. *Scaevola* 2. *ff. de eo quod certo loco*, *l. stipulatio* 17. *ff. de verbor. obligat.* Quo posito, non adversatur *d. l.* 35. §. 1. *ff. de contrah. emt.* quippe in qua emtor erat debitor pretii suo arbitrio determinandi, & poterat non determinando efficere, ne debeat; cum ex adverso hic locator sit creditor operis illius, quod suo arbitrio probaturus est.

36. Arbitrio tertii fit operis probatio, cum viri boni judicio aestimatur operis qualitas, an conventioni inter locatorem & conductorem factae respondeat, nec enim ille de tempore, intra quod perficiendum erat opus, sed tantum de bonitate ejus judicium ferre debet; adeo ut nec tempus, contractus lege definitum, coarctare arbitrio suo possit, aut prorogare, nisi & hoc ipsum lege comprehensum sit, *l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t.* Et huic tertii arbitratui standum erit, nisi is inique arbitratus sit, aut dolo redemtoris opus probaverit, quod alioquin vere improbandum esset. Nam si, non interveniente redemtoris dolo, arbitrium manifeste iniquum arbiter interposuerit, illud judicio bonae fidei corrigendum foret, *l. unde si Nerva* 79. *ff. pro socio.* Sin per dolum redemtoris secuta fuerit probatio operis, irrita habetur, perinde ac si opus a tertio probatum haud fuisset, *d. l. si in lege* 24. *pr. ff. h. t.* Quod si tertius ille vel nolit, vel morte, furore aliterve impeditus, non possit opus perfectum probare, non ideo inutilis erit locatio operis quasi deficiente contractus conditione. Quamvis enim locatio aut venditio nulla intercessisse intelligatur, si tertius, cujus arbitrio mercedis vel pretii determinatio commissa fuit, haud arbitretur, *l. merces* 25. *pr. ff. h. t. in fine Instit. de emt. & vendit. l. ult. C. de contrah. emt.* tam ad hanc operis probationem id transferendum non est; cum locatio ac emtio ob non definitum ab arbitrio pretium deficiat in sui substantia, *quasi nulla mercede nulloque pretio constituto*, ut habent verba *d. l.* 25. *pr. ff. h. t. d. l. ult. C. de contrah. emt.* atque insuper censeatur non pure sed sub conditione contracta esse; qua conditione deficiente totam quoque obligationem ex contractu deficere, necesse fuit, *d. ll.* At cum opus ar-

bitrio tertii probandum locatur, puta locatio est, ac statim ab initio tum merces tum opus, certa lege faciendum, consensu mutuo determinatum apparet; neque in sui deficit substantia ante factam a tertio probationem, sed tantum circa contractus pure celebrati ac perfecti implementum, an nempe secundum legem conductionis opus perfectum sit, arbitrium tertii occupatum est: quale arbitrium in omnem eventum ad judicem pertinuisset, si nullus tertii arbitrium circa probationem operis fuisset electum, & conductore mercedem petente, locator exciperet, non ex lege locationis opus factum esse. Ut proinde in casu nostro, si tertius opus nec probet nec improbet, judicis æstimatio esse debeat, an per operis redemtorem legi conductionis satisfactum sit. Eo fere modo, quo & pater, qui vel suo vel tertii arbitratu se dotem genero daturum promisit, etiam arbitrio tertii deficiente congruam dare dotem compellitur pro modo facultatum suarum ac mariti dignitate, quia etiam arbitrio omni detracto efficax fuisset promissio patris, utpote citra tale arbitrium ad dotem filiæ constituendam obstricti, *l. cum post divortium* 69. §. *gener* 4. *ff. de jure dot.* junct. *l. capite trigesimo quinto* 19. *ff. de ritu nupt. l. ult. in med. C. de dotis promiss. l. si filia* 43. *ff. de legatis* 3. *l.* 1. §. 1. *ff. de legatis* 2.

37. Circa periculum operis distinguendum inter opus per aversionem locatum, & illud, cujus faciendi locatio in pedes mensurasve consepta est. Si per aversionem, ad conductorem spectabit operis periculum donec illud a locatore approbatum fuerit, quoties culpa conductoris vitiosum factum periit ante probationem, *l. ea lege* 51. §. 1, *l. ult. ff. b t.* sive merces una toti operi consummato constituta sit, sive id actum fuerit, ut in dies singulos certa merces redemtori operis penderetur; si modo universitas consummationis pertinuerit ad conductorem: nam si ideo in operas singulas merces constituta fuerit, ut arbitrio domini seu locatoris opus efficeretur, nihil de operis bonitate conductorem domino oportet præstare, *d. l.* 51. §. 1. *in fine ff. b. t.* Plane si non operis ipsius, sed soli vitio opus corruerit imperfectum ac necdum probatum, locatoris potius quam conductoris id damnum foret, *d. l. ult. ff. b. t.* junct. *l. si fundus quem* 33. *pr. ff. b. t.* Quod si casu fortuito, veluti incendio, terræ motu seu insolito terræ tremore ac concussione & generaliter *vi majore* seu *vi divina*, opus consumtum sit, si quidem tale jam opus fuerit, ut probari deberet, ad locatorem id detrimentum pertinet, nisi aliud actum sit, *l. opus quod aversione* 36. *in fine*, junct. *l.* 37. *ff. b. t.* si vero imperfectum, ut necdum probatio ejus desiderari potuerit, magis ad ipsius conductoris periculum is casus spectat, arg. *d. l.* 37. *ff. b. t.* Quo facit, quod, si quis insulam sibi fieri stipulatus sit, aut heres ad eam legatario ædificandam damnatus fuerit, ac, cum aliqua pars insulæ facta esset; ea incendio consumeretur, definitum fuit, integrum ei, qui ad eam extruendam obligatus erat, tempus concedendum rursus esse, quo insula tota fieri possit, antequam cum eo ad id quod interest, opus præstitum non esse, agi debeat, *l. & ideo basiatur* 15. junct. *l.* 14. *ff. de verbor. oblig.* qualis integri temporis concessio supervacua foret, si non ex integro post tale incendium ad opus totum perficiendum obstrictus esset, cui vel ex conventione vel ex testatoris voluntate domus extruenda necessitas imposita est. Nec huic contrarium est Javoleni responsum, cum ait: *Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat, deinde operis parte effecta, terra motu concussum erat ædificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terræ motu, hoc acciderit, Flacci periculum esse*, adeoque locatoris, *l. Marcius domum* 59. *ff. b. t.* Non enim illic per *terræ motum* denotatur insolita illa terræ concussio, qua & montes subsidere, & domus ruere, & alia naturæ miranda fieri constat, in cujus causas prolixissime inquirit Seneca *Quæstionum naturalium lib.* 6. *cap.* 4. *& multis seqq. usque ad finem*, sed potius terræ levioris seu mollioris subsidentia, qua cedit oneri graviori imposito, cui ferendo par non est, adeoque *vitium illud soli*, cujus meminit Jurisconsultus Labeo, in *l. ult. ff. b. t.* & Gajus, cum ait, fructuarium jure desiderare, sibi caveri per proprietarium de vitio soli, uti dominus proprietatis vicissim cautionem exigit de vitio operis, si quid fructuarius ædificet, *l. inter fructuarium* 20. *ff. de damno infecto*, ex quo soli vitio etiam superveniens operi damnum ad locatorem pertinere, jam supra adstructum ex *d. l. ult. ff. b. t.* Non sane damnum ex omni terræ motu ad Flaccum pertinuisse, sed ex eo, qui *vi naturali* contingit, a Javoleno in *d. l.* 59. *ff. b. t.* scriptum fuit; id vero fit, si inædificata, pondere suo terram subjectam prementia, eandem moveant, promoveant, ac gravitati suæ faciant cedere: unde & *loci palustris aut arenosi naturale vitium esse*, Ulpianus tradidit *l. fluminum publicorum* 24. §. *sed ut ne* 2. *ff. de damno infecto*, qualis terræ motus a vi naturali solique vitio proficiscens, nihil commune habet cum illa terræ motus specie, quæ fluminis, aut maris, aut tempestatis, aut incendii violentiæ conjungi, & quantum ad effectus juris exæquari solita, casibus plane fortuitis adnumeratur, & non ad vim *naturalem*, sed magis ad vim *divinam* pertinet, *d. l. fluminum* 24. §. *Servius* 4. & §. 5. *ff. de damno infecto*, quam & *vim majorem* Jurisconsulti dixerunt, *l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *l. opus, quod* 36. *ff. b. t.* & vim magnam, *l. hoc ita* 2. §. 1. *in fine ff. de peric. & comm. rei vend.* ac denique talem, quæ *contra consuetudinem* damnum infert, *l. fistulas* 78. §. *ult. ff. de contrah. emt.* junct. *d. l. si merces* 25. §. *vis major* 6. *ff. b. t.* Quod si non aversione, sed in pedes mensurasve, opus locatum sit, periculum a casu fortuito atque insolito descendens, eatenus locatoris est, quatenus opus ei per redemtorem jam admensum fuit, vel ejus saltem conditionis erat, ut admensurari pro parte potuerit ac debuerit, sed per locatorem stetit, quo minus pars operis admensa atque approbata sit, *d. l. opus, quod* 36. *ff. b. t.* cum placuerit, etiam imperfectum opus hoc casu oportere metiri, *l. qui insulam* 30. §. *qui aedem* 3. *ff. b. t.* In reliquis periculum operis, in pedes mensurasve locati, ad locatorem quandoque spectat, quandoque ad conductorem, secundum easdem distinctiones, quæ supra in opere per aversionem locato probatæ sunt, arg. *d. l.* 36. *ff. b. t.* Plane, si locator semel opus approbaverit, sive adversione sive in pedes mensurasve locatum, periculum omne mox ad locatorem probantem incipit pertinere, etiamsi postea ex operis ipsius vitio & culpa redemtoris collabatur, cum sibi suæque in probando facilitati id damnum imputare debeat: eodem modo, quo & is, qui fidejussorem facultatibus minus ido-

neum admisit tanquam opulentum, atque ita probavit, eundem postea reprobare nequit, aut, causata inopia ejus, alium ipsius loco surrogandum desiderare, *l. qui satisdare* 3. *in fine ff. de fidejussor. & mandator. l. si is, a quo* 3. §. *ult. ff. ut in possess. legat. vel fideic. serv. causa esse liceat.* Nisi dolo redemtoris locator ad operis vitiosi probationem inductus sit, arg. *l. si in lege* 24. *in fine principii ff. h. t.* Opere autem perfecto, at necdum probato, locatorem totis quindecim annis de operis jam perfecti vitio queri posse, est in *l. omnes, quibus* 8. *C. de operibus public.* quam constitutionem, ut generalius conceptam, de opere necdum probato accipi oportere, convenienter generalibus juris anterioris fundamentis, recte traditum ab Ant. Matthæo *de auct. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 18. Generaliter interim circa hanc operis locationem observandum est, si plures simul opus idem faciendum conduxerint, illudque suo vitio collabatur, singulos non in solidum, sed pro sua tantum portione conveniendos esse, nisi sese singuli in solidum obligassent ad operis perfectionem, arg. *l. reos promittendi* 11. §. 1. 2. *ff. de duobus reis constituendis*; licet enim operis ipsius obligatio individua sit, quatenus unusquisque redemtorum non satisfaciat locatori partem operis præstando, nec operis effectus in partes scindi potest, *l. in executione* 85. §. *secunda* 2. *ff. de verb. oblig. l. fideicommissa* 11. §. *si in opere* 23. & 24. *ff. de legatis* 3. ipsa tamen pœnæ vel ejus quod interest præstatio in casum operis non perfecti, inter plures divisionem patitur partisque solutionem, *l. stipulationes* 72. *ff. de verb. obligat.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 19. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disp.* 41. *num.* 17.

38. Absolvendum opus redemtum intra tempus illud, quod locationi adjectum est, nisi tam angustum temporis spatium inveniatur appositum, ut per naturam possibile non sit, tantæ molis opus spatio tam exiguo ad finem perduci; quippe quo casu magis ob impossibilem repromissionem tota obligatio nulla foret, arg. *l. insulam* 58. §. *in operis* 1. *ff. h. t. l. arbitraria* 2. §. *quia ita stipulatur* 6. *ff. de eo quod certo loco* §. *loca* 5. *inst. de verb. obligat. l. non solum* 31. *ff. de obligat. & act. l. impossibilium* 185. *ff. de reg. juris.* Si tempus nullum adjectum sit, tantum tempus operi perficiendo tacite inesse intelligitur, quantum viri boni arbitratu sufficit, adeo ut nec ante agi ex ea causa possit ad id quod interest, aut pœnam promissam, quam ubi tempus præterierit, quo commode potuisset opus finiri, *l. si ita stipulatus* 14. *l.* 15. *l. interdum* 73. *l. existimo* 98. §. *ex hac stipulatione* 1. *ff. de verb. oblig. l. insulam* 58. §. *in operis* 1. *ff. h. t.* nec ante opus idem rursus alteri relocari, cum pactum appositum esset, *ut si ad diem effectum non esset relocare id liceret*, quam si dies efficiendi præteriisset, *l. item quæritur* 13. §. *si lege* 10. *ff. h. t.*

39. Sed & tali in loco opus faciendum, in quo ut fieret convenit; sic ut nihil agat promissor alio in loco illud perficiens, ac in nihilum liberetur; in quo dandi promissio a faciendi promissione distincta est, *l. arbitraria* 2. §. *idem Julianus* 7. *ff. de eo quod certo loco.* Adde *tit. de eo quod cert. loco num.* 8. Si de loco operis faciendi nihil expressum sit, & ex indiciis & conjecturis colligi nequeat, quem operi efficiendo locum contrahentes respexerint, magis est, ut conventio talis in universum nullius momenti intelligatur, *d. l. arbitraria* 2. §. *si quis insulam* 5. *ff. de eo quod certo loco, l. ita stipulatus sum* 115. *ff. de verb. oblig.*

40. Denique circa mercedis solutionem pro opere servandum id, quod inter contrahentes actum est; cujus conventionis speciem de moribus exhibet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *n.* 12. Alioquin operis quidem aversione locati merces non nisi post opus perfectum præstanda videtur; cum nemo regulariter jure desideret ab alio implementum contractus, nisi prius ipse ex suo latere præstiterit ea, ad quæ ex conventione obstrictus est, ut latius dictum *tit. de act. emt. n. ult.* Eoque facit illud Festi, redemtores describentis, *quod proprie atque antiqua consuetudine dicerentur, qui, cum quid publice faciendum aut præbendum conduxerant, effeceranitque, tum demum pecunias accipiebant.* At si in pedes mensurasve locatum opus sit, quatenus admensum est, vel per locatorem stetit, quo minus admensuretur, solutio mercedis facienda est, cum & ipsa operis impletio ex tali conventione in partes divisa sit. Quod autem a Matthia Colero, *decis.* 201. *n.* 4. & *seqq.* aliisque ab eo citatis traditum, nullam penitus artifici mercedem præstandam esse, qui, cum opus certa forma faciendum redemisset, non ex præscripto id adimplevit, sic ut aliquid notabile supersit adimplendum, aut immutandum; ita demum admittendum videtur, si opus illud ita, uti factum est, nullam locatori utilitatem usumve præstare possit, vel opus tale non ex præscripto factum sit, quod sine sui læsione locator penes redemtorem relinquere posset. Nam si cum artifice id egerim, ut is in mea area insulam suis impensis faciat, iniquum foret eum ob formam in nonnullis neglectam & tota materia & manupretio in universum spoliari; sed potius diminuta mercede pro rata minoris usus aut bonitatis operis, ac quatenus interest locatoris, opus ex lege perfectum non esse, in reliquum condemnari me, æquum est, ne cum alterius jactura locupletior evadam; eo modo, quo & emtor pretium, sed diminutum præstat, quoties non ea præstatur vel quantitas vel qualitas ac bonitas emtæ rei, quæ dicebatur subesse; secundum ea quæ *tit. de contrah. emt. num.* 6. & *seqq.* dicta sunt. Quamvis enim *opere locato* significetur opus perfectum, *l. rei appellatio* 5. §. 1. *ff. de verb. signif.* atque adeo necdum perfecto opere videri possit nulla conducti actio redemtori nata; tamen extra id, quod actum est, obligationem ex æquo nasci, novum non est; etiamsi impleta non sit conditio illa, ex qua solutio aut restitutio rei suspensa erat, arg. *l. si quis affirmavit* 9. §. *Labeo* 3. *ff. de dolo, l. is, qui commodatum* 13. *in fine ff. commodati.* Opere autem perfecto liberum redemtori est, sibi consulere operis retentione, donec merces promissa soluta fuerit; de quo vide *t. de compensation. num. pen. & ult.* nisi forte opus publicum fuerit, cujus retentionem pro mercede negat redemtori, Ant. Matthæus *de auction. lib.* 2. *cap.* 10. *num.* 21. Wissenbach *ad Pand. vol.* 2. *disput.* 41. *n.* 17.

41. Porro de contractibus inter magistrum navis & exercitores, ut & inter magistrum navis ac socios nauticos; denique inter magistrum navis & mercatores mercium transvehendarum intuitu, vide Hugonem Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.*

20. *ibique margin. addita Placita Caroli V. & Philippi Hisp. Regis*, & de locatione inter magistrum navium piscatoriarum, præcipue halecum causa paratarum, & socios nauticos eorum muniis, officiis, mercedibus, varia occurrunt edicta *vol. 1. placitor. Holl. pag. 695. & seqq. ad pag. 706.*

TITULUS III.

De Æstimatoria.

SUMMARIA.

1. *Quid sit contractus æstimatorius? quæ actio inde detur, & ad quid? An ei locus, si merces intervenerit?*
2. *Quid juris, si pluris vel minoris sit res vendita, quam per dantem æstimata fuerat? Qualem culpam præstet qui rem vendendam recepit, distinctione explicatur.*
3. *Quid obtineat, si res alteri data sit pretii explorandi gratia, vel* inspiciendi *causa?*

1. Contractus æstimatorius est innominatus, bonæ fidei, quo res alteri æstimata vendendæ traditur, ea lege ut vel pretium, vel ipsa res incorrupta restituatur. Et quamvis magnam cum aliis nominatis contractibus affinitatem habeat, in quantum propter æstimationem venditio, propter operam in venditione navandam locatio vel mandatum videri potest, *l. 1. ff. h. t.* tamen quia ab his omnibus in nonnullis diversus est, melius visum fuit, hoc negotium innominatis accenseri contractibus, indeque civilem æstimatoriam præscriptis verbis, & quidem bonæ fidei, actionem dari, *d. l. 1.* quæ tendit ad ea, quæ in definitione contractus hujus expressa sunt: atque etiam utiliter locum habet, licet merces intervenerit, dum in dubio non tam mercedis, quam æstimationis famæ ratio habetur, *l. 2. ff. h. t.*

2. Quod si is, qui rem certo pretio vendendam receperat, minoris distraxerit, integrum nihilominus domino pretium præstare debet: sin pluris, illud quod excedit æstimationem factam, non sibi servat, sed domino restituit, si non aliud actum sit, *l. si tibi rem 13. ff. de præscriptis verbis, l. si margarita 44. ff. pro socio.* Ipsius autem rei vendendæ datæ periculum ad dantem pertinet, si is rogaverit accipientem, dum forte nummis ipse indigebat, *l. si gratuitam 17. §. si margarita 1. ff. de præscriptis verbis*, Paulus *recept. sent. lib. 2. t. 4. in fine*, sin accipiens dantem, dum forte pretium ex venditione redactum accepturus erat ex causa mutui, cum prius mutuum ipse rogasset, nec alias dominus rem illam habuisset venalem, periculum magis ad accipientem pertinet, quasi ejus gratia, qui rogavit, contractus hic intervenisse intelligatur, *d. l. 17. §. 1. ff. de præscript. verbis, l. rogasti 11. ff. de reb. creditis, l. qui negotia 34. in pr. vers. his argumentum ff. mandati*, Paulus *d. lib. 2. tit. 4. in fine*, sin neuter, & tamen mutuo consensu res vendenda data sit, ea quidem dantis periculo est, sed accipiens dolum latam ac levem in ea culpam præstat, *d. l. 17. §. 1. ff. de præscript. verbis.* Qualis culpa levis etiam solummodo præstanda est, si accipiens dantem quidem rogaverit, sed res talis accipienti vendenda data sit, quam dominus etiam non rogatus habebat venalem, arg. *d. l. rogasti 11. ff. de reb. creditis*, in qua lege verba, *si sine culpa tua perdideris*, denotant culpam levem; cum culpa simpliciter posita plerumque culpam levem denotet, veluti in *l. contractus 23. ff. de reg. juris, l. si, ut certo 5. §. nunc 2. ff. commodati.* Uti &, si appareat, animo societatis inter dantem & accipientem ineundæ rem vendendam datam esse, arg. *l. si margarita 44. ff. pro socio*, junct. *§. ult. Instit. de societate.* Et secundum hanc distinctionem limitanda verba generaliora de periculo occurrentia in *l. 1. §. 1. ff. h. t.* quæque inde petita inveniuntur apud Grotium *manud. ad Jurispr. Holl. libr. 3. cap. 19. n. 8.*

3. Potest & res alteri dari, non vendendi, sed pretii explorandi gratia, *l. 1. §. ult. ff. de præscriptis verbis.* Potest quoque *inspicienda* dari, quo casu is, qui inspiciendam accepit, culpam præstare debet secundum distinctiones paulo ante de æstimatorio contractu propositas, *l. si gratuitam 17. §. Papinianus 2. l. duo secundum 23. ff. de præscriptis verbis.*

TITULUS IV.

De Rerum permutatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit permutatio? An & pecunia numerata recipiat permutationem cum alio corpore, & ita ut corpus considerari possit? Dum* datur pecunia ut Stichus detur, *ad explicationem* l. ult. ff. de condict. causa data.
2. *An & res aliena recipiat permutationem? Cur res aliena vendi possit, at non permutari? Quis sit effectus, si quis rem alienam dederit, ut vicissim rem reciperet? & quid, si is, qui acceperat rem non propriam dantis, vicissim dederit rem suam, aut vice versa?*
3. *Qualis actio detur ex permutatione, & ad quid tendat? An moribus pœnitentiæ locus sit in contractu permutationis & similibus? An conventio de dando ut vicissim detur hodie obliget? In quibus differat permutatio ab emtione?*

1. Permutatio est contractus innominatus, bonæ fidei, quo res propria datur, ut vicissim alter rem propriam det; adeoque contractus innominatus *do ut des*, *l. 1. ff. h. t. l. naturalis 5. §. & si quidem 1. ff. de præscriptis verbis*, sive corporis cum corpore, sive quantitatis seu rei fungibilis cum corpore, sive quantitatis cum quantitate alterius vel ejusdem generis sed diversæ bonitatis, permutatio fiat, arg. *l. pen. C. h. t. l. naturalis 5. §. & si quidem 1. ff. de prascript. verbis*, nam & ipsam numeratam pecuniam recipere permutationem, neque a jure nostro, neque a ratione naturali, neque ab hodierno usu alienum est. Primo enim nummos majoris pretii cum iis, qui minoris valent, magisque rerum minutarum commerciis inserviunt, aureos quoque cum argenteis, commutari quotidianum, & Judæis nostris pariter ac Christianis usitatum est, & fuit olim. Sed & secundo etiam numeratam pecuniam cum alio corpore permutationem recipere, quoties non tanquam pecunia numerata, sed tanquam corpus datur, intelligi potest ex *l. ult. ff. de condict. caus. data causa non secuta*, in qua cum facti species talis esset proposita, *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares*, & quærere-

tur, utrum id genus contractus pro portione emtionis & venditionis esset, an potius hic nulla alia esset obligatio, quam *ob rem dati re non secuta*; Jurisconsultus ait, in posterius illud *se procliviorem esse*: unde & condictionem pecuniæ datæ concedit, si Stichus mortuus sit, antequam daretur, vel alienus appareat. Et hoc ipsum suadent aperte satis verba ipsa conventionis in *d. l. ult.* propositæ. Quæ enim, obsecro, manifestior esse poterat formula contractus innominati, *do ut des*, quam hæc: *dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares?* Datio sane pecuniæ contractus hujus initium facit; datio quoque Stichi vicissim contractus hujus finis est. Cum ex adverso non a datione sed consensu & conventione initium emtionis sit; adeo ut, quicquid in emtione datur post consensum super re & pretio, perfecta jam emtione detur, solvaturque quasi debitum, nec actione emti intentatur ut res detur, sed magis, *ut tradatur l. ex emto* 11. §. *& in primis* 2. *ff. de act. emti*, sic ut venditor necesse non habeat rem venditam emtoris facere: *l. si ita distrahatur* 25. §. 1. *ff. de contrab. emt.* sed satisfaciat vacuam tradendo possessionem, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *pr. &* §. 1. *ff. de act. emt.* quo ipso, si venditor dominus sit, emtorem quoque dominum efficit; si non sit, emtori tantum jus usucapiendi, & de evictione actio competit, si res emta ante usucapionem evicta sit, *d. l.* 11. §. 2. *ff. de act. emti*, *l.* 1. *pr. ff. b. t.* Nummum quidem Victoriatum, & peregrinam in genere pecuniam, mercis loco fuisse habitam, ac vendi solitam, ex Volusio Mæciano, Plinio Constantino in *l.* 1. *C. de veteris numismatis potestate*, aliisque docet Brissonius *antiquit. lib.* 1. *cap.* 8. sed vix est ut de pecunia tali peregrina Celsi verba, in *d. l. ult. de condict. caus. data*, accipi possint; cum tunc non tanta subfuisset dubitandi atque hæsitandi ratio ut Jurisconsultus etiam dubitanter respondisset, *in id se procliviorem esse*, ut contractus innominatus sit; dum certum utique atque expeditum est, reprobos nummos, quales & peregrini, nec pretium posse constituere, nec solutos liberare pecuniæ debitorem, *l. eleganter* 24. §. *qui reprobos* 1. *ff. de pignorat. act. l. creditor oblatam* 102. *de solution.* Ut proinde rectius *pecuniam* in *d. l. ult.* propositam simpliciter de nummis pecuniam numeratam constituentibus, sed per contrahentes consideratis, tanquam corporibus, interpretemus; maxime, cum tot aliis in casibus ac legibus pecuniam numeratam ex voluntate domini tanquam corpus considerari in aperto sit; usque adeo, ut, si testator pecuniam tanquam certum corpus legaverit, in legato tali non illæ juris definitiones, quæ de quantitatibus, sed quæ de corporibus atque ipsis etiam fundis legatis probatæ sunt, admitti debeant, *l. talis scriptura* 30. §. *item si legetur* 6. *l. plane, ubi* 34. §. *sed boc ita* 4. *l. si servus legatus* 108. §. *qui quinque* 10. *ff. de legatis* 1. junct. *l. si is, cui* 94. §. 1. *ff. de solution.* Nec hisce ita expositis adversatur tantopere Paulus Jurisc. in *l. naturalis meus* 5. §. *& si quidem* 1. *ff. de præscript. verbis*, cum ait: *si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio & venditio est; sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet rerum permutationem emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem.* Etenim, cum in hac lege duæ distinctæ proponantur conventiones, in quarum una dicitur data *pecunia*, in altera *res*, non potuit Paulus aliud in pecunia spectare, quam quantitatem, rei seu corpori oppositam; cui consequens erat, ut optimo jure responderet, emtionem esse, habentem consensum rem & pretium, consistens in pecunia numerata, non ut corpus illic considerata. At in *d. l. ult. ff. de condict. caus. data* nulla talis invenitur duorum distinctorum casuum, aut rei & pecuniæ, oppositio: cumque pecunia *data* esset ut Stichus *daretur*, Celsus animadvertens, *dare* proprie pertinere ad dominii translationem, adeoque vocabulum esse, quod permutationi magis quam emtioni respondet, *l. dedisse* 78. *ff. de verb. signif. l. ubi autem* 75. §. *ult. ff. de verbor. oblig.* pecuniam autem vel ut corpus vel ut quantitatem posse considerari, ut ante probatum; *in id procliviorem se esse* dixit, innominatis contractibus istam facti speciem adscribendam esse.

2. Permutari possunt regulariter res omnes, quæ recipiunt venditionem; eo excepto, quod res aliena vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. de contrab. emt.* non item permutari; eo quod in venditione persona quidem obligatur ex consensu ad rem tradendam, res autem ipsa, quæ venditur, haud afficitur, neque traditio ejus ad contractus perfectionem necessaria est, sed tantum ad implementum spectat. At permutatio non nisi a *datione rei* initium habet; dare autem rem alienam cum effectu nemo potest, quippe plus juris in alium translaturus quam ipse habet, contra *l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. juris*, adeo ut permutatio hac in parte pignoris dationi magis, quam venditioni similis sit. Atque hinc eum, qui rem alienam dederit, ut vicissim ab accipiente rem aliam reciperet, nullam contrahere permutationem, Pedius ait *l.* 1. §. *ideoque* 3. *ff. b. t.* cui consequens erat, accipientem neque ad id, ut vicissim rem suam daret, neque ad id quod interest ei, qui rem alienam dederat, obligatum esse; sed tantum teneri, ut rem danti restituat, cui ad id competit condictio quasi re non secuta, *d. l.* 1. §. *ult. ff. b. t.* qui paragraphus ultimus cohæret penultimo, atque ita de eo, qui non suam sed alienam rem dedit, accipiendus est. Si tamen is, qui rem acceperat ex causa permutationis a non domino, quem dominum esse putabat, vicissim rem suam dederit, potest eam, quam accepit, usucapere, aut, eadem ante evicta, de evictione actione in factum experiri, *l.* 1. §. *unde si* 1. *ff. b. t. l.* 1. *C. b. t. l. si permutationis* 29. *C. de eviction.* arg. *l. sequitur* 4. §. *sed & si* 17. *ff. de usurp. & usucap. l. sed & si* 7. §. *Sed & si* 5. *ff. de public. in rem act.* vel etiam condicere rem suam, quam vicissim dedit, antequam sine causa existentem penes eum, qui rem alienam dando nullam contraxerat permutationem, arg. *tit. ff. de condict. sine causa.* Quemadmodum ex adverso & is, qui rem suam dedit, si vicissim ab accipiente acceperit rem non accipientis propriam sed alienam, rem suam condicere posset vel ex capite pœnitentiæ, vel condictione causa data causa non secuta, *l. ult. ff. de condict. caus. non secuta*, in quantum implevisse non intelligitur dandi promissionem, qui rem alienam dat, *l. ubi autem* 75. §. *ult. ff. de verb. oblig.* junct. *l. si ita* 25. §. 1. *ff. de contrab. emt.*

3. Ex permutatione datur actio bonæ fidei præscriptis verbis, competens ei, qui suam rem dedit, adversus eum qui accepit, ad id, ut vicissim det quod promisit, vel præstet id quod interest, *l. naturalis meus* 5. §. *& si* 1. *ff. de præscript. verbis*, §. *actionum* 28. *Inst. de action.* Nec ignorari debet, nostris moribus con-

dictiones ex capite pœnitentiæ in contractibus innominatis a datione incipientibus reprobatas esse, ut dictum *tit. de condict. caus. dat. causa non secuta num*. 5. Quin & ex conventione de re danda, ut vicissim res alia detur, efficacem dari actionem, etsi needum ex alterutro latere traditio intercesserit, dum ex nudis etiam pactis actiones hodie nasci constat. Leeuwen *cent. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 13. *n.* 7. *in fine*. De cætero differre in multis emtionem a permutatione, docet Paulus in *l.* 1. *pr. ff. b. t.* & plenius exponit Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 2. *Instit. de emtione vendit. n.* 2.

TITULUS V.

De Præscriptis Verbis & in factum actionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sint contractus innominati? quotuplices sint? Cur nomine speciali careant?*
2. *Contractus innominati omnes re constant. An admittant pœnitentiam jure civili ac moribus?*
3. *De actione præscriptis verbis ex contractibus innominatis. Ea subsidiaria est, cum aliæ deficiunt. Recensentur tamen plures casus, quibus hac cum aliis actionibus concurrit. Explicatur ratio unde natus sit ille concursus?*
4. *In subsidium facilius ad actionem præscriptis verbis, quam ad actionem doli confugiendum. An ex contractu,* facio ut des, *danda sit doli actio, an magis præscriptis verbis?*
5. *An actio præscriptis verbis confundi debeat cum actionibus in factum?*

1. PRæmissis duabus nobilioribus contractuum innominatorum speciebus, restat ut generalius, sed paucis, de contractibus innominatis dispiciamus quales in universum sunt, qui certum quidem ac speciale nomen a jure civili non habent impositum, sed tamen obligandi causam in se continent, puta dationem aut factum. Confer Vinnium *tract. de pactis cap.* 8. *n.* 8. *& mult. seqq.* ac vulgo quatuor enumerantur; do ut des, do ut facias, facio ut des, & facio ut facias, *l. naturalis* 5. *pr. & §§. seqq. ff. b. t.* ex quibus tamen plures alii possunt exsurgere, veluti, *do ut des & facias, facio ut des & facias, do & facio ut des, do & facio ut facias, do & facio ut des & facias,* uti &, *do ne des, do ne facias, facio ne des, facio ne facias &c.* Scilicet, cum natura ita comparatum esset, ut plura essent negotia quam vocabula, *l. natura ff. b. t.* res plures quam verba; necesse fuit, ut ingens illa rerum copia nomine proprio destituta vel alienis commodatisque appellationibus notaretur, secundum Senecam *de beneficiis lib.* 2. *cap.* 34. vel consisteret in nomine generis, quod posterius in hisce contractibus innominatis sit.

2. Omnes autem hi contractus innominati re constant, ad sui perfectionem desiderantes dationem aut factum; imo in iis, qui a datione initium habent, etiam post dationem ex uno latere interpositam pœnitentiæ locus est, quamdiu res est integra secundum jus Romanum; quæ tamen haud admissa in iis, qui a facto incipiunt, cum facta nequeant ex pœnitentia infecta reddi, veluti, cum Romam itum, vel domus extructa est; quamvis hodie & in iis, qui a datione inchoati, pœnitentia reprobata sit, ut dictum *tit. de condict. caus. data,* & *tit. præced.*

3. Nascitur ex his contractibus actio præscriptis verbis, aliter civilis, vel actio incerti ad interesse, appellata, generaliter & plenis verbis rem, uti gesta est, enarrans sine speciali nomine; quæ datur ei, qui quid dedit vel fecit, ad id, ut vicissim detur vel fiat quod promissum est, aut id quod interest, *l. naturalis* 5. §. 1. *& seqq. ff. b. t.* Ad quam confugere necesse fuit, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt, ac vulgaria atque usitata actionum nomina deficiunt, *l.* 2. *l.* 3. *ff. b. t.* Cui consequens est, subsidiariam hanc actionem esse, ac proinde regulariter ad eam haud deveniendum, quamdiu alia usitata ac vulgaria prodita in jure remedia seu actiones supersunt, *l.* 1. *pr. quoties* 21. *ff. b. t.* Cum interdicto tamen de precario hanc posse concurrere præscriptis verbis actionem, Julianus scribit, *l. duo in solidum* 19. §. *ult. ff. de precario,* uti cum actione ex vendito in casibus propositis in *l. si fundum* 2. *C. de pactis inter emt. & vend. l. si convenit.* 6. *ff. de rescind. vend. l. Labeo scribit.* 50. *ff. de contrah. emt.* sed & cum actione mandati & commodati, in casu *l. is, qui commodatum* 13. §. *ult. ff. commodati.* In his enim casibus cum dubitaretur, an emti actio posset habere locum etiam ad rescindendam venditionem, vel cum necdum extitisset conditio venditionis; an mandati aut commodati cum homine libero, cui quis tanquam servo suo mandaverat aut commodato dederat; & ob id olim præscriptis verbis actio daretur secundum Proculum, sectæ Principem, *l. si vir uxori* 12. *b. t.* tamen, cum postea placuisset, etiam utilem esse posse actionem ex emto ad rescindendam emtionem, *l. ex emto* 11. §. *qui virginem* 5. *&* 6. *ff. de act. emti,* conditionem fingi extitisse, quoties per emtorem stat, quo minus impleatur, *d. l.* 50. *ff. de contrah. emt.* ac denique extra id quod cum homine libero tanquam servo nostro actum esset, tacitam nasci obligationem, *d. l.* 12. §. *ult. ff. commodati,* hinc factum est, ut cum actione præscriptis verbis olim in suprascriptis speciebus data, concurreret etiam emti, commodati, mandati actio, dato actori arbitrio, utra malit experiri. Eo modo, quo & cum actione locati, pignoratitia, commodati, depositi, concurrere potest condictio sine causa aliave huic simili actio stricti juris, *l. si fullo* 2. *ff. de condict. sine causa, l. si quis nec* 4. §. 1. *ff. de reb. creditis.* Vinnius *tract. de pactis cap.* 11. *n.* 4. *& seqq.* Ne dicam, in illis quoque casibus, in quibus Jurisconsulti veteres alii denegabant ordinariam locati mandati aut similem actionem, posteriores Jurisconsultos (plerumque prudenter eam consilii & deliberationis partem sequentes, quæ securior erat) non quidem necessarium, sed tamen *tutius* judicasse, ad civilem ex præscriptis verbis recurri actionem, *l. si gratuitam* 17. *l. Titius Sempronio* 24. *ff. b. t.*

4. Magis tamen & facilius hæc ex præscriptis verbis, quam doli actio subsidiaria infamans datur. Unde si quis dederit servum Titio, ut is suum servum manu mittat, & secuta manumissione, servus Titio datus evictus sit, Titio contra dantem actio præscriptis verbis datur; sive sciverit dans, servum alienum esse, sive ignoraverit, *l. juris gentium* 7. §. *sed & si* 2. *ff. de pactis,* reprobata Juliani sententia, quæ narratur quidem a Paulo in *l. naturalis* 5. §. *at cum do* 2. *in fine ff. b. t.* at non probatur, ac in *d. l.* 7.

§. 2. per Mauricianum & Ulpianum, reprehenso Juliano, aperte rejicitur. Sed & ex contractu *facio ut des*, magis præscriptis verbis quam de dolo actio est, *l. si tibi polienda* 22 *ff. h. t.* §. 1. *Instit. de locatione l. cum mota* 6. *Cod. de transaction.* licet solam doli actionem inde dari oportere Paulus scribat, *d. l. naturalis* 5. *h. t. quod si faciam* 3. *ff. h. t.* & Imperatores Diocletianus & Maximianus, *l. cum propones* 4. *C. de dolo*, sic ut haud improbabile sit, hac quoque in specie dissensum fuisse veterum Jurisconsultorum: indeque est, quod & Ulpianus, cum dixisset *civilem actionem id est præscriptis verbis*, ex hoc contractu facio ut des *oriri posse*; mox tamen subjungit; *ni si quis & in hac specie de dolo actionem competere dicas, ubi dolus aliquis arguatur*, *l. solent* 15. *in fine ff. h. t.* Quomodo etiam Pomponius in casu, quo mihi permisisti ut sererem in fundo tuo, & fructus tollerem, nec postea pateris tollere, ait, *nullam juris civilis actionem esse: an in factum dari debeat, deliberari posse? sed esse de dolo*, *l. permisisti* 16. §. *permisisti* 1. *ff. h. t.* licet in hac facti specie sit contractus innominatus do ut des, in quantum ego tuum conserendo fundum, dominium seminis in re transfero, dum fata solum sequuntur, tu vicissim mihi fructus dare debes in tuo fundo natos & ita jure soli tuos, donec eos tua abstulero voluntate. Ergo, ut paucis finiam, prudentibus nostris insolitum non fuit, primo quidem tunc, cum dubium erat, an ordinaria actio dari posset, securitatis majoris gratia ad civilem præscriptis verbis actionem, velut tutius remedium descendere, ut supra adstructum satis: at cum hæsitabatur, an præscriptis verbis civilis actio locum haberet, tandem ad subsidiariam confugere doli actionem. Confer aliter sentientem Ant. Fabrum in *rational. ad d. l.* 5. §. Justum Mayerum *colleg. Argentorat. ad Pand. tit. de pactis n.* 87. 83. & *h. t. n.* 7. *circa fin.* Vinnium *select. quest. lib.* 1. *cap.* 46.

5. Ceterum omnis actio præscriptis verbis civilis quidem est, utpote non a prætore, sed jurisconsultis reperta; atque etiam in factum dicitur: at non omnis in factum actio protinus civilis est; cum & prætoriæ in factum sint, ut patet ex §. *ult. Instit. de lege Aquilia*, & sparsim in jure nostro, *l. sancimus* 21. *in med. Cod. de sacrosanct. eccles.* quas omnes ex sua sede propria huc transferre & longa serie recensere, consultum non est. Sed & insuper negotia pleraque, ex quibus actio præscriptis verbis nascitur, fere ad contractus innominatos referri vel in eos resolvi possunt; cum actiones in factum etiam aliunde dentur.

LIBER VIGESIMUS.

TITULUS I.

De Pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de pactis eorum.

SUMMARIA.

1. *Quot modis pignoris vocabulum accipiatur? nihil interesse inter pignus & hypothecam quantum ad actionem hypothecariam; in ceteris interesse regulariter nemo cogi potest, ut pignus constituat. Quale pignus dare teneatur, qui se daturum promisit? Mortuo eo, qui promisit, se certam rem pignori daturum, unus ex pluribus heredibus, cui illa cessit, eam in totum obligare cogitur.*
2. *Divisio hypothecæ in generalem & specialem etiam ad prætorium & legale pignus pertinet. Quæ obligata intelligantur, si universitas rerum, ut grex, taberna, illata & invecta peculium, obligentur?*
3. *Re singulari obligata, quales rei istius fructus, & quando censeantur obligati? Ancilla obligata, an, & quando partus obligatus sit? an, servo, peculium servi?*
4. *De aliis rerum obligatarum accessionibus, alluvione, ususfructu ad proprietatem redeunte, insula ante fundum nata, eo quod ex re obligata factum est, nave fabricata ex sylva obligata, domo in aream aut hortum, fundo in vineam converso. An domino pignorata exusta, iterumque restituta, impensæ prius deducendæ sint, antequam nova domus pignori sit? An possessor extraneus, qui novam domum imposuit areæ obligatæ liberari possit offerendo creditori pretium areæ, & sic rem retinere?*
5. *An id, quod in rei pignoratæ locum surrogatum est, pignoratis emta, & de pretio ex rebus pignoratis redacto.*
6. *Quæ res contineantur sub hypotheca generali? an & futura, & incorporalia, & merces in taberna, & servus ipse, qui res omnes domini obligavit & ipsa pecunia credita? An & necessaria supellex? an emphyteuticaria prædia? an feudalia jure veteri & hodierno?*
7. *An bona fideicommisso obnoxia; & quid de fructibus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendis? An bona heredis? & quid, si nominatim defunctus bona heredis obligaverit? An bona defuncti sub hypotheca generali per heredem constituta? An alienata ex consensu creditoris, si post redierint in debitoris potestatem?*
8. *Si quis obligaverit simpliciter* bona sua *sine nota universalitatis, an* omnia *intelligatur obligasse?*
9. *Quæ jure Romano solemnitates adhibendæ fuerint in pignore constituendo? Quæ nostris moribus quantum ad immobilia & navigia majora, & incorporalia immobilibus accenseri solita, si specialiter obliganda sint; & quid si feuda; an illa etiam apud ordinarium judicem obligari possint? Si subfeuda, an in curia primi domini directi, an vero subinfeudantis?*
10. *Quæ solemnitates requirantur in Hollandia ad generalem omnium bonorum hypothecam? An præcise coram judice loci, in quo contractus principalis celebratus est, constitui debeat? Non obligantur vi generalis hypothecæ bona in territorio Amstelodamensi sita, nisi coram judice Amstelodamensi constituta sint: nec bona extra Hol-*

landiam sita per hypothecam generalem in Hollandia constitutam.

11. *Solemnitas insinuationis apud acta publica & solutionis quadragesimæ non necessaria in hypotheca legali; nec in obligationibus in gratiam pupillorum contractis* od Veeskamers recht; *nec si magister in peregrinis locis carinam navis obliget. Si res immobiles tempore traditionis solemnis obligentur pro pretio residuo, non solvenda quadragesima. In reliquis si desint solemnitates, nulla prælatio in Hollandia tribuitur, licet instrumento publico coram tabellione & testibus obligentur bona debitoris. An teneatur actuarius, si qua solemnia dolo aut culpa ejus prætermissa sint, vel rem liberam asseruerit, quæ erat obligata?*

12. *Si mobilia traditione creditori obligentur, insinuatio apud acta aut quadragesimæ solutio non requiritur. An pro traditione sit constitutum possessorium, quo debitor constituit, se nomine creditoris velle rem possidere? Sine traditione mobilia non obligantur solo instrumento publico coram tabellione & testibus; sed demum, si quadragesima debiti fisco illata sit; quo facto, hypotheca coram aliquo Hollandiæ judice constituta se extendit ad mobilia ubicumque, etiam extra Hollandiam sita, licet certo loco alligata ex patrisfamilias destinatione, & ad credita debitoris.*

13. *Immobilia specialiter obligata, & dein alienata oneroso vel lucrativo titulo transeunt cum onere pignoris. Quid juris, si solemniter sub hasta sint vendita, & creditor jus suum non indicaverit, tum rei tum pretii intuitu? Mobilia tradita creditori, si alienentur, aut creditor ea possidere desierit, pignoris jus evanescit; excepto uno casu in Rhenolandia.*

14. *Immobilia generaliter obligata ex conventione vel lege, quando ex jure hodierno transeant in alium cum onere, quando sine onere, per distinctiones explicatur. Adnotatur jus singulare Amstelodamensium; & jus Ultrajectinum hac in parte. Quid juris, si mobilia generali hypotheca devincta alienata sint per debitorem?*

15. *Quid sit effectus hypothecæ generalis & specialis quantum ad jus prælationis? An specialem ac generalem habens, necdum excussis specialiter obligatis excutere possit ea, quæ generaliter ipsi obligata sunt? & quid, si generalis tantum subsidiaria sit?*

16. *Quid hodie hac in parte obtineat in Hollandia? quid Amstelodami, & Ultrajecti?*

17. *Si debitor nomen debitoris obligaverit, creditor, cui illud obligatum, agere potest contra debitoris debitorem etiam sine cessione actionis. Et qua tunc agat actione?*

18. *Hypotheca requirit principale debitum. An pignus constitui possit ei, qui tantum adjectus est solutioni? Pro quali debito naturali pignus recte constituatur? An pro debito, quod exceptione jurisjurandi vel rei judicatæ elidi potest? An pro debito alieno? an & pro usuris aut pœna conventionali? in dubio pignus tantum in sortem; non item in usuras obligatum creditur.*

19. *Recensentur casus, quibus pignus valet, licet principalis obligatio nulla sit; &, quibus durat, actione personali tam extincta.*

20. *An pro debito in diem vel conditionali, vel debito plane incerto pignus recte constituatur? & quid hodie agendum, si pro debito futuro incerto pignus obligandum sit?*

21. *Recensentur plura pacta, quæ recte pignori apponuntur.*

22. *An valeat pactum,* ne creditori *vel* ne debitori *liceat pignus vendere? Et quale jus singulare sit in pacto, ne debitori liceat pignus vendere?*

23. *De pacto antichreseos. Illud non expressum tantum, sed et tacitum esse; aliquando etiam subsidiarium tantum in casum moræ conceptum.*

24. *An Antichresis legitimum excedere possit usurarum modum?*

25. *Lex commissoria in pignoribus improbata est tum inter debitorem et creditorem, tum inter debitorem et fidejussorem ejus; sive ab initio sive ex post facto pactum interveniat.*

26. *De pacto, ut* sibi habeat creditor quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, *et, ut debito intra certum tempus non soluto,* debitor creditori pignus cedat.

27. *Qui possint hypotheca obligare? remissive.*

1. Pignus generalius acceptum, quandoque jus constitutum, quandoque rem ipsam obligatam, frequenter ipsam conventionem, qua jus illud inducitur, designat: quamvis verum sit, non ex conventione tantum, sed & a lege, vel prætore, vel judice, vel testatore constitui pignoris jus. Conventionale sensu latiore pignus in specie & hypotheca complectitur, adeo ut inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differat, & ex utroque actio hypothecaria nascatur, *l. pr. ff. de pignorat. act. l. hypotheca* 5. *§. inter* 1. *ff. h. t. §. item Serviana* 7. *in med. Inst. de action.* licet pignus in specie ab hypotheca diversum sit, quatenus pignus est contractus bonæ fidei, re constans, quo possessio in creditorem transit, &c. at hypotheca est pactum prætorium, arbitrarium, quo creditori jus in re constituitur in securitatem crediti, non translata in creditorem possessione, *l. si tibi decem* 17. *§. de pignore* 2. *ff. de pactis, l. si rem* 9. *§. proprie* 2. *ff. de pignorat. act.* Ad quam constituendam regulariter debitor invitus compelli nequit, nisi id nominatim promiserit, *l. qui autem* 14. *§. si quis* 1. *ff. de constitut. pecun.* vel lex aut judex justis ex causis jubeat cautionem interponi; quo casu necesse foret, ut obligaret rem, quam arbitrio judicis pro debiti magnitudine sufficientem probat, arg. *l. si vero* 5. *§.* 1. *l. arbitrio* 9. *ff. qui satisdare cog.* Henr. Kinschot *de rescriptis gratiæ tract.* 4. *de induciis solution. cap.* 5. nisi de re certa ac jam designata obligata convenerit; eo enim facto, debitorem istius rei oppignoratione defungi posse, ac abunde videri cavisse creditori, sic volenti atque consentienti, verius est, arg. *l. si rem alienam* 9. *§. omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* Quo defuncto, antequam impleret promissi fidem, si quidem res, de qua obliganda actum fuerat, uni heredum ex divisione in solidum quæsita sit, ipse quoque solus in solidum ad eam pro debito hypothecæ obligandam adigi potest, adversus coheredes ceteros pro rata regressum habiturus, quoties non cum onere pignoris imponendi res ei adjudicata est; tum quia ipse solus rei in solidum obligandæ potestatem habet, arg. *l. sed mihi* 3.

§. *heres* 8. *ff. com* [illegible] ;noris causa in-
dividua est, ne [illegible] condit*io* obli-
gationis individ [illegible] *l. stipulationum*
2. §. *ex his igi* [illegible] *gat.* arg. *l. bore-*
des ejus 25. §. [illegible] *erciscundæ* Jac.
Coren *observ.* [illegible] x heredibus ad
servitutem a [illegible] ponendam con-
stringi posse, [illegible] *num. ult.*

2. Dividitu [illegible] & generalem;
quæ divisio [illegible] nali, sed & in
legali ac præ [illegible] nim prætor da-
mni infecti nomine [illegible] ssionem mittit,
speciale pignus præ [illegible] itur; generale
vero, si rei servand [illegible] nomine missio
facta sit. Sed & cum [illegible] ectionem ædi-
ficii pignus legale in [illegible] aud egreditur,
atque ita speciale est. [illegible] nibus tutorum
pupilli, in bonis admi [illegible] generalem hy-
pothecam habet. Speci [illegible] gulares, vel et-
iam certæ rerum unive [illegible] s aut tabernæ,
sunt obligatæ. Ac gen [illegible] am, non ipsas
tantum res pignoris [illegible] essas, sed & earum accessiones obligatas intelligi: ut tamen alia sint accessoria, cum universitates rerum, quam cum res singulares hypothecæ subjectæ sunt. Etenim grege obligato, etiam quæ postea nascuntur ex eo grege oves, tenentur; usque adeo, ut, si decedentibus omnibus prioribus gregis capitibus grex totus fuerit renovatus, nihilominus devinctus maneat, cum adhuc idem grex intelligatur, *l. grege* 13. *pr. ff. h. t.* arg. *l. proponebatur* 76. *ff. de judiciis. l. grege legato* 21. *l.* 22. *ff. de legatis* 1. Taberna obligata, si dominus tabernæ merces inde per tempora distraxerit, & alias comparaverit, omnia, quæ postea in ea taberna deprehenduntur, pignori esse credantur, *l. cum tabernam* 34. *pr. ff. h. t.* Illatis invectisque pro pensione obligatis sive ex tacita conventione in urbanis, sive ex expressa in rusticis, non ea tantum continentur, quæ ab initio invecta illata sunt, sed & quæ postea omni tempore locationis, exemplo fructuum in prædio rustico post nasciturorum, de quibus latius *tit.* 2. Denique etiam peculio obligato (quod fieri posse patet ex *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* comprehenduntur omnia, quæ post peculium obligatum ei adjecta sunt; tum quia in actionem de peculio veniunt omnia quæ rei judicatæ tempore in eo sunt, *l. quæsitum est* 30. *pr. ff. de peculio*, *l. Fulcinius* 7. §. *si quis actione* 15. *ff. quibus ex causis in possess. eatur*, tum quia sub obligatione bonorum futura quoque continentur, *l. ult. C. quæ res pign. dari poss.* peculium autem pusillum patrimonium, adeoque universitas quædam bonorum est. Tum denique, quia peculio legato ea omnia censentur legata, quæ post testamentum usque ad mortem domini peculio accesserunt, §. *si peculium* 20. *Instit. de legatis*, *l. denique Pegasus* 8. §. *ult. ff. de peculio legato*, at plura sub pignore, quam sub legato, contineri, in sequentibus, *num.* 9. dicetur.

3. In rebus singularibus pignori obligatis ita jus est, ut & fructus inde nati in consequentiam obligati sint, licet id expresse actum non sit, *l. quamvis fructus* 3. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Non tamen eodem modo. Si enim post litem demum contestatam percepti fuerint, omni modo tenentur creditori pro debiti securitate, quoties minoris valet res ipsa, quam debitum est, *l. si fundus* 16. §. *interdum* 4. *ff. h. t.* Sin ante percepti, non aliter in causa pignoris sunt, quam si adhuc extent, & non sufficiat res principalis, *d. l.* 16. §. 4. *ff. h. t.* Nam si a tertio bonæ fidei emtore percepti atque consumti sint, uti eos ille domino restituere non cogitur, ita nec creditori, cui nunquam fuerunt obligati, dum nunquam fuerunt debitoris facti, licet id nominatim actum sit, ut fructus quoque pignori essent, *l.* 1. §. *cum prædium* 2. *ff. h. t.* Porro, licet partus ancillæ in fructu non sit, §. *in pecudum* 37. *Instit. de rer. divis.* ancilla tamen pignori obligata, partus quoque postea editus in causa pignoris est, *l.* 1. *C. de partu pignoris*, *l. fidejussor* 26. §. *ult. ff. h. t.* si modo conceptus & editus sit apud debitorem aut heredem ejus vel tantum conceptus apud debitorem, licet editu, apud tertium, veluti emtorem *l. si convenerit* 18. §. *si fundus* 2. *ff. de pignorat. act. l.* 1. *ff. de interdicto Salviano*, eo quod tunc ex conceptione in bonis debitoris esse cœpit, uti nepos conceptus ante sui patris emancipationem avum sequitur, §. *pen. Instit. quib. mod. patria potestas solvitur.* Sed si conceptus & editus sit partus apud emtorem, pignori obligatus non est, quia nunquam debitoris in dominio fuit. Ac de eo casu accipienda, quæ a Paulo tradita in *l. Paulus ait* 29. §. 1. *ff. h. t.* in qua dum scribit, *quod tamen dicimus etiam agnata teneri, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus: cæterorum si apud alium dominum pepererint; non erunt obligata*, in verbis finalibus subaudiri debet, & *conceperint*, ut sensus sit, ex mancipiis nata non fore in causa pignoris, si non apud eum, qui obligavit, sed *apud alium dominum conceperint ac pepererint.* Non enim dici potest dominium partus ad debitorem obligantem haud pervenisse, si apud eum ancilla conceperit, licet apud alium pariat; cum in utero existens viscerum maternorum pars sit, atque ita ancillæ dominus non possit non partus quoque in utero materno existentis dominus esse; quemadmodum partus ancillæ furtivus est, si modo apud furem conceptus sit, licet editus apud bonæ fidei possessorem, *l. qui vas argenteum* 48. §. *ancilla* 5. *ff. de furtis.* In quantum autem partus ancillæ obligatæ non nisi positis certis requisitis in causa pignoris est, in tantum recte idem Paulus *recept. sent. libr.* 2. *tit.* 5. §. 2. scripsit, *fœtum vel partum ejus rei, quæ pignori data est, pignoris jure non teneri, nisi hoc inter contrahentes convenerit*; scilicet non ita, ut ipsa ancilla; atque ita sibi contrarius non est. Neque his, quæ de partu obligato dicta, adversatur, quod mancipio obligato peculium obligatum non sit, nisi expresse id actum appareat, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* unde videri posset, longe minus partum debere censeri obligatum, dum magis peculium, quam quidem partus, mancipi accessio est, arg. §. *si quis ancillas* 17. *Instit. de legatis.* Sciendum enim, peculium ideo obligatum non intelligi quia neque naturaliter neque civiliter ex mancipio obligato nascitur aut provenit, nec unquam fuit obligatæ rei pars (uti quidem partus ancillæ & naturales prædiorum fructus) sed aliunde accedit, & res separata est. Nec dicam partum fœtum fructumque non ita vagam & incertam ac in infinitum augendam accessionem esse, atque quidem est peculium in immensum excrescere valens; proinde probabile non esse, eum,

qui rem certam tantum obligare constituit, de peculio sensisse, quod nullos quantitatis & incrementi sui terminos a natura vel lege habet.

4. Præter fructus partusque pignorum ea insuper, quæ rebus obligatis accesserunt, obligata censentur; veluti, si quid fundo oppignorato per alluvionem adjectum sit, aut proprietati, quæ pignori data erat, ususfructus postea accreverit, *l. si convenerit* 18. §. *si nuda* 1. *ff. de pignorat. act. l. si fundus* 16. *pr. ff. h. t.* vel insula ante fundum pignoratum enata fuerit, utpote quæ, licet fructuario non cedat jure usufructus, *l. item si fundi* 9. §. *huic vicinus* 4. *ff. de usufructu & quemad. quis utat.* tamen quia jure accessionis proprietario acquiritur, & fundi obligati accessio est, §. *insula, quæ* 22. *Instit. de rer. divis.* æquum fuerit, ut & cum fundo pignoris jure censeatur, Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 2. Id quoque, quod ex re pignorata factum est, si modo nova species in pristinam materiam reduci possit, quod evenit in scyphis ex argento vel auro obligato fabricatis; vel ad pristinam quidem materiam reduci nequeat, sed vel ab ipso materiæ domino, vel per alium sed domini nomine facta sit, sicut ipsi materiæ domino nova species acquisita fuerit, argumento eorum, quæ de specificatione traduntur in §. *quum ex aliena* 25. *Instit. de rer. divis. l. in omnibus* 24. *l.* 25. *ff. de acquir. rer. domin.* Ac proinde, quod a Paulo Jurisconsulto in *d. l.* 18. §. *si quis* 3. *ff. de pignorat. act.* traditum est, *sylva obligata* navem ex ea materia factam non esse pignori, nisi nominatim in pignore constituendo adjectum fuerit, ut & quæ ex sylva facta aut nata essent, pignori sint, ita demum admittenda existimo, si per extraneum ex sylva obligata navis facta sit, atque ita dominum navis extraneo quæsitum, convenienter legi *sed si meis* 26. *ff. de acquir. rer. domin.* Nam si ad dominum sylvæ navis quoque dominium pervenerit, nulla ratio est, cur non & navis in causa pignoris esset: ne alioquin in debitoris potestate esset, suo solo facto, formæ mutatione, id efficere, ne res amplius pignori sit. Sed &, quod ex re obligata superest, vel obligatæ rei per quandam formæ mutationem aut meliorationem accessit, pignori devinctum manet, veluti si ex domo obligata hortus factus sit, aut contra, si in loco hypothecæ dato vineæ sint positæ, *l. fundus* 16. §. *si res* 2. *ff. h. t.* vel si, exusta domo oppignorata, supersit area; usque adeo, ut & nova domus areæ eidem imposita destructæ loco, iterum incipiat obligata esse jure soli, quod evinctum remanserat, & cui ex jure gentium superficies seu inædificata cedunt: quo etiam casu ne impensæ quidem refundendæ forent, si debitor ipse collapsam exustamve domum instauraverit, quia creditor *idem in nova insula juris habet*, secundum Labeonem in *l. ult. ff. h. t.* Contra, quam obtineret, si a tertio bonæ fidei possessore domus exusta rursus restituta esset, quippe qui non aliter creditoribus ædificium restituere cogendus foret, quam si sumtus in extructione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, receperit, *l. Paulus respondit* 29. §. *domus* 2. *ff. h. t.* Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *de pignori defin.* 19. Nam quod ab Africano scriptum est, in *l. cum postulassem* 44. §. 1. *ff. de damno infect.* emtori insulæ oppignoratæ impensas non esse reddendas, quas in insulæ refectionem erogavit, id eam rationem habet, quod sumtus tales in refectionem cum usu rei compensandi sunt, arg. *ususfruct. & quemadm. quis utat. l. in rebus* 18. §. *possum,* 2. *ff. commodati.* Nec audiendus videtur possessor bonæ fidei, qui areæ oppignoratæ domum imposuit, si creditori hypothecaria agenti offerat areæ pretium deducta melioratione; tum quia possessor pignoris hypothecaria conventus aut debitum integrum solvere tenetur, aut pignoris possessionem cedere creditori, alioquin tanti damnandus, quanti in litem juratum fuerit, *l. si fundus* 16. §. *in vin vindicatione* 3. *l. si inter* 21. §. *ult. ff. h. t.* tum quia leges possessori bonæ fidei tantum retentionem tribuunt rei possessæ, donec meliorationis impensæ restitutæ fuerint, quo proinde subsecuto restitutio rei facienda domino rei, vel ei, qui a domino causam habet, qualis est hic creditor hypothecarius, *l. Paulus* 20. §. *domus* 2. *ff. h. t.* §. *ex diverso* 30. *Instit. de rer. divis. l. si in area* 33. *ff. de condict. indeb.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 6.

5. Non tamen jure pignoris devincta censeri debent ea, quæ in locum rerum singularium pignori obligatarum surrogata sunt; qua ratione, si quis prædia & mancipia, quæ in prædiis erant, obligaverit, ac mancipiis defuncti alia substituta essent, placuit substituta mancipia minime creditoribus obligata esse, nisi ex obligatis nata essent, *l. fidejussor* 26. §. *ult. ff. h. t.* Rem quoque ex nummis pignoratis emtam non ob id pignoris jure teneri, Ulpianus auctor est, *l. idemque est* 7. §. *si tibi, quæ* 1. *in fine ff. qui potiores in pr.* ac ab Alexandro Imp. rescriptum, *l. quamvis* 3. *C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contrah.* Quemadmodum ex adverso nec pecunia redacta ex pignoris venditione creditori obligata intelligitur, quippe qui magis ipsius pignoris persecutionem adversus emtorem habet, *l.* 1. *ff. de distract. pign. & hypoth.* arg. *l. qui vas* §. *ult. ff. de furtis.* Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 16. *quæst.* 2. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 97. Nisi heres adita cum inventarii beneficio hereditate res creditoribus hereditariis oppignoratas vendiderit, ac ex pretio creditoris dimiserit debiliora jura habentes, *l. ult.* §. *sin vero* 5. & 6. *C. de jure deliberandi.* Aut nostris ex moribus pignus solemniter ex decreto judicis auctione publica distractum traditumque, & pretium creditoribus, non tanto prælationis jure munitis, sub cautione de restituendo solutum sit. Confer Sande *decis. Fris. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 27.

6. Generalis hypotheca est, sub qua jure novo continentur præsentia & futura, *l. ult. C. quæ res pignori dari*, sive conventionalis sive legalis hypotheca generalis sit, arg. *l. si quis prioris* 8. §. *in illo* 4. *vers. quæ habet habiturusve est C. de secundis nupt.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 13. *in med. & in fine.* Etsi enim leges magis liberationi quam obligationi inducendæ faveant, tamen ubi semel obligatio inducta est, juss conservationi ac securitati obligationis jam natæ student; id vero tum maxime fit, cum & futura in hypotheca generali inclusa sunt. Nec interest, mobilia sint, an immobilia, an incorporalia, *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig.* arg. *l. si legatus* 30. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell. l. Princeps bona* 21. *l. bonorum appellatio* 208. *ff. de verb. signif.* Sed & merces in taberna existentes comprehendi verius est, arg. *l. cum tabernam* 34. *ff. h. t.* quemadmodum etiam obligatus creditur ipse servus qui jubente domino res omnes domini creditoribus ejus hypothecæ supposuit, *l. Paulus respondit* 29. §. *ult. ff. h.*

t. atque ipsa quoque pecunia numerata, *l. pen.* §. *ult. ff. h. t.* sive debitori aliunde quæsita sit, sive eadem ipsa sint nummorum corpora, pro quibus mutuo acceptis hypotheca generalis constituta fuit; cum & hæc in bonis debitoris sint. Et quamvis jure Romano neque necessaria supellex, neque alia, quæ ad effectionem peculiarem aut ministerium necessarium pertinent, sub hypotheca generali comprehensa fuerint, *l. obligatione* 6. *l.* 7. 8. 9. *ff. ib. t.* nostris tamen moribus nihil horum generali hypothecæ exemtum est. Groenewegen *ad l.* 6. *&* 7. *ff. h. t.* Adhæc hypotheca generali continentur prædia emphyteuticaria, arg. *l. tutor* 16. §. *ult. ff. de pign. act.* Jul. Clarus §. *emphyteusis quæst.* 18. Andr. Gayl *libr.* 3. *observ.* 25. *n.* 6. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 25. *defin.* 7. An & feudalia, non adeo expeditum est. Ea sub hypotheca generali non comprehendi, scriptis quidem feudorum consuetudinibus magis conveniens est, eo quod, uti alienatio, ita quoque obligatio feudalis prædii sine domini directi consensu nullum potuit effectum sortiri, *lib.* 2. *feudor. tit.* 8. §. *ult. & tit.* 55. *fere in pr.* ac ad hoc jus potissimum respiciunt, qui negantium partes sequuntur. Vide Vultejum *de feudis lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 54. Rittershusum *partit. feud. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 46. *& seqq.* Ceterum quia secundum Hollandiæ & vicinarum quarundam regionum mores feuda hereditaria (*converterfelijke erfleenen*) in plerisque redacta sunt ad instar allodialium; adeo ut etiam alienationes inter vivos & oppignorationes inconsulto domino directo recipiant, magis est, ut & sibi hypotheca generali ea ibidem contineri statuamus; præsertim cum & feuda talia judicati exsequendi causa in subsidium pignoris capi atque distrahi posse receptum sit, salvo dominis directis jure. Instruct. Curiæ Holland. *art.* 180. Curiæ Ultraject. *tit.* 16. *van executie art.* 4. Confer Jacob. Coren *observ.* 32. *n.* 22. *& seqq.* Wassenaer *pract. judic. cap.* 11. *n.* 71. Adde Petrum Bort *de feudis Holl. par.* 5. *tit.* 2. *cap.* 3. *quæst.* 5. *pag.* 113. *& seqq.*

7. Non tamen sub hypotheca generali comprehenduntur bona restitutioni obnoxia ex causa fideicommissi, quippe quæ existente fideicommissi conditione non fiduciarii propria, sed magis aliena esse intelliguntur, velut æs alienum ex patrimonio deducenda, *l. irritum* 8. *C. ad leg. Falcid. l. ult.* §. *sed quia* 2. *C. commun. de legatis*, arg. *l. unum ex familia* 67. §. *si Falcidia* 1. *ff. de legatis* 2. *l. ult. C. de rebus alienis non alienand.* Adde *tit. de usufructu num.* 19. licet fructus pendente fideicommissi die vel conditione percipiendi per fiduciarium ex re fideicommissoria, in causa pignoris sint, atque ita etiam in creditorum generalem hypothecam habentium securitatem cedant, arg. *l. peto Lucii Titi* 69. §. *prædium* 1. *ff. de legatis* 2. Sed nec bona heredis creditoribus, hypothecam generalem in defuncti bona ex conventione vel lege habentibus, jure pignoris devincta videri possunt, cum nunquam in debitoris defuncti bonis extiterint, *l. Paulus respondit.* 29. *ff. h. t.* arg. *l.* 1. *C. communia de legatis*, nisi defunctus nominatim heredis quoque bona in universum obligasset, arg. *l. si Titio* 22. *ff. h. t.* Bachovius *de pignoribus libr.* 1. *cap.* 7. *num.* 4. 5. Secus quam est in bonis defuncti, si bona heredis generaliter obligata sint: nam cum & futura sub hypotheca generali contineri dictum sit, & bona defuncti ad heredem jure successionis pervenerint, consequens est, ut creditoribus quoque vi generalis hypothecæ teneantur, Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 32. *defin.* 15. Denique nec ea, quæ consentiente creditore per debitorem alienata, postmodum in ejus redierunt dominium ac potestatem, *l. ult. C. de remiss. pignor.* quod tamen postremum hodie non obtinere, notat Groenewegen *ad d. l. ult.*

8. Quod si simpliciter *bona sua*, nulla addita universalitatis nota, debitor obligaverit, stricto quidem jure ac vi orationis indefinitæ affecta videri nequeunt omnia debitoris bona; cum in iis solis, quæ *necessaria* sunt, & aliter sese habere nequeunt, oratio indefinita æquipolleat universali; in reliquis quæ *contingentia* Philosophis appellantur, & esse vel non esse possunt, indefinita elocutio non easdem, quas universalis, vires & effectus habeat, sed particulari comparetur. Quia tamen actus agentium talem, quantum fieri potest, interpretationem recipiunt, ut magis valeant quam pareant, nec satis apte dici poterit, quæ bona singularia obligata intelligantur, si tantum quædam obligata statuerentur; ideo benigne placuit, omnia omnino sub indefinita *bonorum* denominatione comprehensa esse; uti id evidenter docent obligandi formulæ in *l. ult. Cod. quæ res pign. oblig. poss.* propositæ, quibus cum expressum esset, *fide & periculo rerum ad me pertinentium*, vel *per rerum mearum exactionem satisfieri tibi promitto*, generalem omnium præsentium ac futurorum hypothecam induci Justinianus constituit. Neque novum id in aliis quoque juris nostri partibus est, ut indefinita elocutio universalis effectum sortiatur, ne derisorium fiat, quod agitur; nam cum testator legasset oleum, vinum, frumentum, acetum, mella, salsarius adductæ de orationis indefinitæ vi in *contingentibus*, existimasset, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres legatario dare voluisset, quoniam adjectum non erat, quantum ex quaque re daretur: contra tamen Ofilius, Cascelius, Tubero, omne quantum paterfamilias reliquisset legatum putarunt; probavit id Labeo idque verum esse Javolenus ait, *l. quidam heredem* 7. *ff. de tritico, vino, vel oleo legato.* Atque ita etiam perinde habitum, utrum testator *bona sua* an *omnia sua* restituere jusserit, *l. nam quod* 14. §. *ult. l.* 15. *l.* 16. *l. si legatus* 30. §. 1. *ff. ad Senatusc. Trebell.* Adde *l. si servitus* 23. *ff. de servit. præd. urban.* Ant. Merendam *controv. lib.* 12. *cap.* 34. parentem p. mem. Paulum Voet *tract. de mobilibus et immobil. cap.* 2. *num.* 11. Hinc & Hollandiæ Curia judicatum, generalem intelligi hypothecam constitutam, si instrumento publico, continente annui reditus constitutionem ex fundo aliquo, contineretur inter alia, *dat den rentier soude megen panden dene scbatten ean de voorscbreven lanren, ende aun gereette ofs. besse goederen van den debiteur, die't bem believen sal*; ut testatur Neostadius *Curtæ Holl. dec.* 36.

9. Modum quod attinet ac solemnitatem hypothecæ tum specialis tum generalis constituendæ, jure quidem Romano privata potuisse auctoritas fieri et tum mobilium tum immobilium obligationem, extra dubium est; ut tamen jure potior fuerit habitus creditor, licet tempore posterior, cui publico instrumento, vel privato quidem sed trium testium fide dignorum subscriptione munito, quam cui alia privata scriptura testium trium subscriptionem non habente, hypotheca constituta erat, *l. scripturas* 11. *Cod. qui pot. in pignore.* Sed secundum Hollandiæ ac vicinarum quarundam regionum mores non eadem immo-

ciat, deinceps transituras cum suo onere in quemvis possessorem, sive illæ onerosɔ sive lucrativo titulo in alium sive conscium sive ignarum vinculi pignoris translatæ sint, cum id unum quæratur, an quis possideat rem obligatam aut dolo possidere desierit, ut hypothecaria conveniri ac condemnari possit, *l. si fundus* 16. §. *in vindicatione* 3. *l. Paulus respondit* 29. §. *domus* 2. *ff. h. t. l. sicut re* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l. si postquam* 3. *C. ut possess. legator. l. pen. C. de remiss. pignorum, l. debitorem* 14. *C. de pignor. & hypoth. l. si debitor* 12. *C. de distract. pignorum, Politike Ordonnantie van Holl. ann.* 1580. *art.* 36. Nisi fisco hypothecas distrahente siluerint, nec jus suum indicaverint, quippe quo casu actionem suam, quam in rem habebant, amisisse intelligantur, cum fides hastæ fiscalis facile convelli debeat, *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignor.* aut nisi pignora ad creditorum petitionem ex decreto judicis adhibitis hastæ solemnibus vendita ac tradita sunt, & creditores hypothecam habentes siluerint, *l. si eo tempore* 6. *C. de remiss. pign.* quo tamen casu nostris moribus pretium succedit in locum rei, licitumque creditori hypothecario cum ceteris creditoribus de protopraxia in pignoris pretio disputare. Quod autem de immobilibus, idem jure civili placuit etiam in mobilibus specialiter obligatis, usque adeo, ut & furtum debitor committere dicatur, *l. si is, qui rem* 66. *ff. de furtis*. Sed cum hodierno jure inductum sit, *mobilia non habere sequelam*, ut multis id explicat Ant. Matthæus *par. Belgarum Jurisc. param.* 7. hinc non aliter creditori securitas immobilibus specialiter obligatis & traditis superest, quam si ipse possessioni sibi traditæ adhuc incumbat, remque teneat, ac proinde tum alienatione tum nova oppignoratione rursus alteri per debitorem eundem mediante traditione facta, perit creditori suum pignoris & prælationis jus, ac res alienata sine onere transit in accipientem aut, si rursus alteri in causam pignoris data sit, eidem tribuit prælationem, Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 34 & inter Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 174. Ant. Matthæus *param. Belgar. Jurisc. param.* 7. *n.* 11. *& seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 7. *art.* 8. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *libr.* 4. *cap.* 7. *n.* 6. Parens p. mem. Paulus Voet de *mobil. & immob. cap.* 19. *n.* 8. *vers. quod autem spectat*. Quin imo, si verum sit mobilia sequelam non habere, sequetur, etiam tunc, cum res per traditionem oppignoratæ iterum ad debitorem sine furti vitio reversæ sunt, ac, cum is foro cederet, inter reliqua ejus mobilia, ab ipso usque ad latitationem possessa, reperiuntur, in concursu aliorum creditorum ad obærati patrimonium non fore potiorem hunc, qui aliquando rem mobilem jure pignoris possedit, sed dein possidere. Quo facit, quod nec jus pignoris habere aut retinere eum, qui possessionem pignoris debitori suo ex precario aut commodati titulo concessit, supra dictum est. In Rhenolandia tamen venditorem, qui ipsam rem mobilem a se venditam traditaque sibi pignori fore pro pretio pactus est, pignoris istius persecutionem etiam contra tertium habere possessorem, notat Grotius *Manud. ad jurisprud. Holland. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 35.

14. In generali hypotheca jure quidem civili idem placuit, quod in speciali, ut nempe res obligatæ, sive mobiles sive immobiles, non nisi cum onere ex quacunque causa in quemcunque transirent possessorem sive conventionalis, sive legalis, sive prætorii pignoris jure affectæ essent, ut patet ex *l. vel* 17. *Cod. de distract. pignor. l. un. Cod. rem. alienam gerentibus, non interdici rerum suarum alienatione, l. si quis prioris* 8. §. *ult. C. de secund. nuptiis, l. si postquam* 3. *C. ut in possess. legator.* §. *item si quis* 6. *Instit. de action.* arg. *l. ult. C. de remiss. pignoris*. Unde & variis juris nostri locis indistincte dicitur pignora alienata cum suo onere seu causa transire, *l. si debitor* 12. *C. de distract. pignor. l. debitorem* 15 *C. de pignor. & hypoth.* exceptis mercibus in taberna, *l. pen. ff. h. t.* & servis generaliter tantum obligatis, quod dominus manumittere non impeditur, favore libertatis, *l. ab eo* 5. *de servo pignori dato manumisso, l. pen. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Ad Bachovium *de pignoribus libr.* 2. *cap.* 5. *num.* 3. Nostris vero moribus immobilia generali hypotheca solemniter coram lege loci devincta si quidem titulo oneroso in tertium bona fide accipientem alienata sint, non amplius vinculo pignoris obnoxia manent; at si lucrativo titulo, durat etiamnum pignoris causa, & hypothecaria adversus possidentem titulo lucrativo salva est. Diversitatis ratio tum in eo consistit, quod oneroso tenens titulo æque de damno evitando agat ac creditores, at ex lucrativo possidens cum jactura creditorum locupletaretur, contra naturalem æquitatem, arg. *l. quod autem* 6. §. *simil.* 11. *ff. quæ in fraud. creditor. l. nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* tum etiam, quia tunc, cum ex oneroso titulo res translata est, creditor adhuc securitatem quandam habet in actione ad pretium debitori vendendi competente, ut & in ipso pretio, dum utique & pretium est in bonis debitoris, ac sub hypotheca generali, præsentia ac futura continente, comprehensum; quod in titulo lucrativo non ita contingit. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *num.* 29. 30. Groenewegen *ad l.* 14. *C. de oblig. & act.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 79. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 319. Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *num.* 9. Si tamen hypotheca generalis non conventionalis sed legalis sit, magis est, ut æque moribus hodiernis, ac jure Romano, res immobiles sub ea comprehensæ non nisi cum onere etiam in emtorem, aut alio ex titulo oneroso accipientem transferantur; quia generali quidem hypotheca conventionali sua vis imminuta apparet per edictum politicum Hollandiæ, anni 1580. *art.* 35. (in quantum generalis anterior debilior est speciali posteriore) at nequaquam detractum quid invenitur hypothecæ legali ex iis, quæ jure civili obtinuerunt, sed altum de legali in *d. artic.* 35. Silentium est; quo etiam fundamento responsum, generalem legalem anteriorem adhuc hodie potiorem esse speciali posteriore conventionali. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 1*9. & 392. (Adde Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16. *in med.*) quorum autem eadem vis est quantum ad prælationis effectum, eorum cur non etiam par esset potestas ad res non nisi cum suo onere in tertium trasmittendas, causam non animadverto: extatque in hanc sententiam responsum Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 140. Sed & secundo fallit id, quod de generaliter ex conventione obligatis sine onere per titulum onerosum transeun-

tibus supra dictum, in rebus immobilibus Amstelodami sitis ac ibidem generaliter coram lege loci obligatis: in quantum ibi quoque generalis hypotheca conventionalis ex privilegio eandem cum speciali vim habet; adeoque efficit, ut & generaliter obligata non nisi cum sua causa, seu pignoris nexu, in emtorem transferantur. *Placit. Ordin. Holl.* 8. *Martii* 1594. *vol.* 2. *placitor. pag.* 2211. & 30. *Januarii* 1608. *d. vol.* 2. *pag.* 3005. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 48. 49. Groenewegen *ad d. l.* 14. *C. de oblig. & action.* Denique nec prætermittendum, in diœcesi Ultrajectina ita jus esse, ut generalis rerum obligatio idem operetur cum speciali quantum ad bona sita sub jurisdictione judicis ejusdem inferioris, coram quo constituta est, (licet respectu cæterorum immobilium in alterius judicis inferioris Ultrajectini territorio sitorum, non majorem Ultrajectinæ quam Hollandicæ leges effectum generali tribuerint hypothecæ) indeque nec alienationem, utcunque titulo oneroso factam, perimere jus pignoris ex illa generali hypotheca conductione talibus in rebus natum, Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *in fine pag.* 97. Parens p. mem. Paulus Voet *de mobil. & immobil. cap.* 19. *num.* 8. Adde tamen omnino, quæ scripsit *h. t. n.* 16. *circa fin.* Mobilium rerum intuitu generalis hypotheca coram lege loci, præstandis, solemniter constituta, ut & ea, quæ per legem inducta est, prælationem illis tribuit, in quorum gratiam ac securitatem interposita est, quamdiu res illæ manent in dominio debitoris, nec ulli alii postea specialiter pignori traditæ sunt: ut in hisce etiam potior sit futurus jure, qui tempore prior est. Sed quam primum mobilia per debitorem alienata fuerint, evanescit creditoribus omne suum pignoris jus, & si post generalem hypothecam conventione vel lege inductam mobilia quædam creditori per debitorem in causam pignoris tradito probentur, vel etiam termini tales sint, ut creditori jus retentionis pro debito in re mobili a se possessa ex lege vel consuetudine competat, (de quo *tit. de compensationibus in fine.*) is in istis sic traditis aut jure retentis prælationem sibi jure vindicaverit ante eos, qui anteriorem generalem sive conventionalem sive legalem habent. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 74. & *cap.* 20. *n.* 18.

15. Ceterum uti res generali hypotheca conventionali affectæ jure civili æque ac specialiter obligatæ transibant in quemvis possessorem cum suo onere, quocunque fuissent titulo alienatæ, ita quoque prælationis intuitu generalis easdem cum speciali vires habuit, adeo ut sola generali munitus anteriore, sive conventionali sive legali, potior fuerit eo, cui specialiter postea res quædam ex generaliter devinctis obligatæ fuerant, idque in ipsis illis rebus specialiter posteriori obligatis, etiamsi creditori anteriori facile fuerit ex rebus aliis generaliter obligatis suum consequi, cum non debuerit ei per supervenientem hypothecam specialem adimi suum jus eligendi ex generaliter obligatis eam rem, cujus persecutionem sibi faciliorem aut commodiorem aut tutiorem arbitratur, *l. qui generaliter* 2. *ff. qui pot. in pign. l. si generaliter* 6. *C. eod. tit.* Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 25. *defin.* 29. Brunemannus *ad l.* 2. *ff. qui pot. in pig. in pr.* Dissent. Costalius *ad d. l.* 2. *n.* 8. *& seqq.* Unde &, si tibi obligaverim omnia bona mea, ac Titio specialiter fundum Cornelianum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquiram, concursum in pignore creditorem utrumque, Ulpianus docet; quia primo dominii per debitorem acquisiti momento jus creditoris utriusque simul pignoris intuitu firmatum fuit, *l. idemque est* 7. §. 1. *ff. qui pot. in pign.* Si tamen rebus quibusdam specialiter obligatis, insertum ulterius cautioni fuerit, *ut cætera quoque debitori, perinde atque si specialiter hæ res fuissent obligata*, juxta formulam in *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur* 1. *ff. h. t.* non aliter creditori permittendum ad excutienda bona sibi generaliter obligata procedere in præjudicium illorum creditorum, quibus postea quædam ex his specialiter obligata sunt, quam si prior ille creditor ex excussis specialiter sibi obligatis suum consequi nequeat; eo quod generalis tunc magis in subsidium constituta creditur, *l. quamvis constet* 2. *C. h. t. d. l.* 2. *in fine ff. qui pot. in pig.* si modo ibi pro *generaliter* cum Cujacio & aliis, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 26. Covarruvias *variar. resolut. libr.* 3. *cap.* 18. Neostadius *Curiæ suprem. decis.* 41. Joh. Papon *lib.* 18. *tit.* 6. *arrest.* 34. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 11. & *cap.* 19. *num.* 73. Brunnemanus *ad l.* 2. *ff. qui pot. in pignore n.* 2. *& seqq.* Carpzovius *d. par.* 2. *constit.* 23. *defin.* 29. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 8. Negusantius *de pignoribus membro primo octava partis n.* 20. Wasenaar *pract. jud. cap.* 22. *num.* 67. Plane creditoribus aliis se non opponentibus, licentia illa persequendi prius generaliter obligata, creditori deneganda non est, utcunque debitor se opponeret, & desideraret specialiter obligatorum distractionem, arg. *d. l.* 2. *C. h. t.* Johan. Papon & Ant. Matthæus *d. l.* Radelantius *Cur. Ultraject. decis.* 18. *n.* 2. Idemque est, si contra tertium agatur rei generaliter obligatæ possessorem, qui creditor hypothecarius non est; cum Impp. in *d. l.* 2. *C. h. t.* creditori quidem posteriori hac ratione subvenire voluerint, nihil autem tale aliis indulserint. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 9. Quid, quod nec ipsi creditores specialem hypothecam posteriorem habentes impedire possunt, ne generalem simul & specialem habens excutiat prius ea, quæ postea specialiter aliis obligata erant, quoties in conjuncta generalis ac specialis pignoris constitutione id additum, ne generali per specialem aut speciali per generalem derogetur aut præjudicium fiat. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 8. Ant. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 78. Brunnemannus *ad d. l.* 2. *ff. qui pot. in pign. n. ult.* Wassenaar *pract. jud. d. cap.* 22. *num.* 67.

16. Quamvis autem Hollandiæ jure certum sit, generalem anteriorem hypothecam conventionalem debiliorem esse speciali posteriore, eique postponi. *Politike Ordonantie van Holland. ann.* 1580. *art.* 35. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 41. *in pr.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 42. ac idem quoque Mechliniæ alibique servetur, Christinæus *ad Leg. Mechelin. tit.* 13. *art.* 14. *n.* 5. atque etiam Ultrajecti obtineat quantum ad bona generaliter obligata, sed sita extra territorium judicis inferioris, coram quo hypotheca generalis constituta est: tamen superiores ex jure Romano decisiones etiamnum probandæ sunt tum Amstelodami, ubi generalis & specialis hypothecæ coram judice Amstelodamensi constitutæ, quantum ad bona in illo territorio sita, æqualis vis ac potestas

est; tum Ultrajecti ratione bonorum, quæ jurisdictioni judicis illius subjecta sunt, apud quem specialis simul ac generalis hypotheca solemniter constituta est; (quod tamen post hæc prima vice edita mutatum est, dum clausulæ generalis hypothecæ conventionalis, subjunctæ obligationi speciali immobilium, omnino obligandi vis a Provinciæ Ultrajectinæ Ordinibus denegata est. *Ordonnantie rakende de vestenissen en hypotheequen* 18. *Jan.* 1700. *artic.* 1. 2.) tum denique illis in casibus, quibus hypotheca legali generali anteriore res sunt affectæ, quæ dein specialiter alteri creditori fuerunt obligatæ: cum hactenus neque jus civile statutis abrogatum appareat, neque ratio satis justa a populi moribus geniove deprompta, ullam hac in parte jubeat mutationem. Confer Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16.

17. Illud quoque ad hypothecæ tum generalis tum specialis effectum pertinet, quod creditori licitum sit etiam nomina sui debitoris, cum rebus ceteris aut specialiter sibi obligata, excutere sine ulla actionis cessione, adeoque exigere a debitoris sui debitoribus id, ad quod illi primo debitori obligati sunt, intentata utili hypothecaria actione, vel utili actione tali personali, qua ipse debitor potuisset experiri, *l. cum convenit* 20. *ff. d. t. l. si convenerit* 18. *ff. de pignorat. act. l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig. l. postquam* 7. *C. de hered. vel act. vend.* Groenewegen *ad tit. C. quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit.* Post Sandium *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 24. 25.

18. Est autem hypotheca accessio quædam principalis obligationis, sine qua regulariter haud subsistit. Unde, si quis Titio promiserit, se Titio aut Mævio daturum decem, quia soli Titio obligatio quæsita, Mævius solutioni tantum adjectus est, responsum fuit, Mævio inutiliter pignus constitui, ac illud etiam ante solutionem repeti posse, *l. is, qui promisit* 33. *ff. h. t.* Accedere vero potest vel debito naturali & civili simul, vel naturali tantum, *l. res hypotheca* 5. *ff. h. t.* si modo naturalis obligatio sibi relicta ac non per jus civile improbata sit. Qua ratione, licet negari nequeat, quin & prodigus ex promissione sine curatoris auctoritate facta, & mulier ex sua intercessione, & filius familias ex causa mutui naturaliter obligentur; tamen, quia vel lex vel senatus obligationes tales in universum reprobavit, non magis pignorum quam fidejussorum interventu eas firmari, verius est, *l. si alius* 2. *ff. quæ res pign. dari*, arg. *l. is, cui bonis* 6. *ff. de verbor. obligat. l. si mulier* 16. §. 1. *l. ult.* §. *si mulier.* 1. *ff. ad Senatusc. Vellejanum, l. sed si paterfam.* 9. §. *non solum* 3. & *seqq. l.* 10. 11. *ff. de Senatusc. Macedon.* Idemque est, si pignus obligatum sit pro debito, cujus petitio exceptione jurisjurandi vel rei judicatæ perimi potest, licet non ex vero juratum, aut debitor per injuriam judicis absolutus sit, *l. si deferente* 13. *ff. quib. mod. pignus vel hypoth. solv.* Neque interest, an pro proprio an pro alieno debito quis suis in rebus hypothecam constituat, *l. res hypothecæ* 5. §. *ult. ff. h. t.* Nec, utrum pro principali debito, an pro accessionibus ejus: nam &, si principale debitum addita pœna promissione munitum sit, vel usuræ fuerint in conventionem deductæ, in pœnam quoque ac usuras obligari posse pignus expeditum est, utcunque in stricti juris negotiis non stipulatione sed pacto pœna vel usura promissa esset; cum utique naturalis inde nascatur obligatio, cui recte pignus accedere jam dictum est, *l. grege pignori* 13. §. *ult. ff. h. t. l. si necessarias* 8. §. *ult. l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act.* Ut tamen in dubio pignus non in usuras, sed tantum in sortem, obligatum præsumatur, quoties simpliciter, & non in omnem causam devinctum est, arg. *d. l. solutum* 11. §. 3. *ff. de pign. act. l. per retentionem* 4. *l. si usuras* 21. *l. pignoribus* 22. *C. de usuris.* Quod enim a Cujacio scriptum est, pro usuris in stipulatum deductis etiam pignus teneri; licet nihil convenerit specialiter, sed data sint pignora simpliciter, *lib.* 15. *observ.* 22. *in med.* id neque ratione probatur, neque legibus illis, quæ ab eo adductæ sunt, puta *l.* 8. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. creditor* 12. §. *sciendum* 6. *l. Lucius* 18. *l. pen. ff. qui pot. in pign.* cum utique primo nulla in illis stipulationis de usuris interpositæ mentio fiat; ac secundo ibidem non definiatur, utrum pignus etiam specialiter in usuras devinctum sit, nec ne. Denique, quia usuræ in stipulatum deductæ aliam separatam a sorte constituunt obligationem, longe minus in has videri potest pignus per consequentiam sine speciali conventione obligatum, quam in illas, quæ vel ex pactione contractui apposita ac contractus ipsius partem faciente, vel ex officio judicis, adjudicatæ sunt, arg. *l. centum capræ* 8. *ff. de eo quod certo loco.* Videturque hæc sententia nostris moribus tanto magis conveniens, quia nunc ne ex speciali quidem conventione, ut & pro usuris res pignori sit, prælatio usurarum intuitu in universum datur, sed tantum ratione triennii, aut alterius modici temporis, statutis definiti. Confer Jacobum Coren *observ.* 18. Ant. Fabrum *Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *defin.* 11. Fachineum *controvers. lib.* 7. *cap.* 57.

19. Non tamen desunt in jure nostro casus nonnulli, quibus vel obligationi inutili pignus efficaciter accedit, vel sublata principali obligatione, quæ subfuerat, pignus adhuc obligatum manet. Nullam esse ipso jure immobilium ad minores pertinentium alienationem, quoties decretum magistratus interpositum non est, ex multis apparet Principum rescriptis, *l.* 2. *l. prædiorum* 10. *l. si prædium* 16. *C. de præd. & aliis reb. minor. sine decreto non alien.* & tamen, si tutor aut curator pignora ex rebus propriis emtori ob evictionis periculum obligaverit, eorundem persecutio emtori patet, *l.* & *si is* 9. *C. de præd. & aliis reb. minor.* Ex pluribus debitoris unius hæredibus unusquisque eam solvendo debiti partem, ex qua heres est, desinit quidem creditori actione personali obligatus esse; sed non ideo minus creditori liberum est una cum reliquorum heredum solvere cessantium partibus, quas in pignore per defunctum dato habent, etiam ejus partem tanquam adhuc devinctam distrahere, qui jam per solutionem a personali erat actione liberatus; eo quod individua pignoris causa est, *l. unus ex multis* 16. *C. de distract. pignor. l.* 1. *C. de luit. pignoris, l. pro hereditariis* 2. *C. de hereditar. action. l.* 1. 2. *C. si unus ex pluribus hered. creditoris & debitoris &c.* Præterea cum aliquando in casibus quibusdam peculiaribus contingeret, ut vel præscriptione, vel rei judicatæ exceptione, vel aditione ac confusione debita principalia extinguerentur mera juris civilis subtilitate, aut saltem mera ratione civili, manente revera obligationis æquitate, inde factum fuit, ut & tunc pignoris persecutionem durare responsum sit, in facti speciebus propositis in *l. qui occidit* 30. §. *pignori* 1. *ff. ad leg. Aquil. l. servum quem* 27. *ff. h. t. l. cum quis*

58. §. *ult. ff. de solution. l. debitor sub* 59. *ff. ad Senatusc. Trebell.* quas plenius explicat Bachovius *de pignoribus lib.* 5. *cap.* 2. *n.* 4. *& seqq.* Ac ad hæc jam enumerata, & si quæ alia occurrant his similia, referendum ac restringendum, quod generalius a Gordiano rescriptum fuit, vincula pignoris durare actione personali submota; *l.* 2. *C. de luit. pign.* Quamvis alioquin Donello *ad d. l.* 2. placuerit, mendosam esse vulgatam illius legis lectionem, rescriptum potius fuisse, *vincula pignoris non durare, &c.*

20. Pro debito in diem, & eo quod sub conditione debetur, recte pignus constitui placuit, *l. res hypotheca* 5. *l. grege* 13. §. *pen. l.* 14. *ff. h. t.* sed & pro evictione rei venditæ, *l. si fundi* 2. *C. de pactis pignor. l. etsi is* 9. *C. de præd. aliis reb. minor.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 97. (*vel* 98.) *quæ incipit, Gulielmus*, denique etiam pro debito prorsus incerto, etiamnum contrahendo, pignus efficaciter obligari; operaturum tunc, cum debitum contractum fuerit, dubium non est, *l.* 1. §. *alia causa* 1. *ff. qui pot. in pig.* An autem nunc jure nostro obligatio talis in immobilibus efficax futura sit, utcunque coram lege loci facta, si non certa quædam quantitas pecuniaria, quæ in contractum futurum deducenda erit, exprimatur, ejusque pars quadragesima inferatur ærario, merito hæsitaveris, postquam *anno* 1665. 5. *Febr.* ab Ordinibus Hollandiæ constitutum fuit, nullam prælationem ex causa pignoris adjudicandam esse, quoties pars debiti quadragesima in utilitates publicas depensa non est, neque inter casus nominatim exceptos debiti conditionalis aut incerti adhuc contrahendi ulla mentio est. Porro ex quo tempore hujusce modi debita prælationem habeant, *tit.* 4. *num.* 30. traditum est.

21. Adjici hypothecæ possunt pacta honesta & licita; veluti, ut interitus pignoris liberet debitorem, si modo non dolo, aut culpa debitoris, sed casu acciderit obligatæ rei interitus, *l. quæ fortuitis* 6. *C. de pignor. act.* Ne intra certum tempus pignus luatur. Vide *tit. de reb. creditis n.* 20. Ut, debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat auctoritate propria ingredi fundi pignorati possessionem; cui tamen ingressioni si deinde resistat debitor, nihil vi aut armis, sed tantum publica magistratus auctoritate, tentandum foret, *l. pen. C. de pignorat. act.* junct. *l. creditores* 3. *C. h. t.* arg. *l. non est singulis* 176. *ff. de reg. juris, l. sed & partus* 12. §. *ult. l.* 13. *ff. quod metus causa*, Brunnemanus *ad l.* 3. §. 2. *ff. qui potior in pign.* & de eo casu, quo debitor non resistit, accipiendus Paulus *recept. sent. lib.* 5. *tit.* 26. §. *ult.* Est & efficax conventio, ut creditor ex pensionibus pignoris ipse creditum recipiat: quo casu & utilem locati actionem adversus conductorem habet, *l. cum convent.* 20. *ff. h. t.* Ut debito non soluto, creditor aut fidejussor solvens pignus justo pretio emtum habeat, *l.* 1. *C. de pactis pignor. l. si fundus* 16. §. *ult. ff. h. t. l. ult. si de contrah. emt.* arg. *l. Titius, cum* 34. *ff. de pign. act.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 23. *defin.* 1. *fere in pr.* Ut creditori liceat pignus vendere; quale pactum reale est, unde heredi quoque creditoris ac cessionario competit vendendi jus: licet pactum in personam creditoris conceptum sit, si nihil in contrarium actum appareat; eo quod persona plerumque pacto inseritur non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum sit. Quod puto Pomponium voluisse in *l. si necessarias* 8. §. *pen. ff. de pignorat. act.* arg. *l. juris gentium.* 7. §. *pactorum* 8. *ff. de pactis.*

22. Valet quoque pactum, ne creditori liceat pignus vendere; cujus ea vis est, ut non nisi post trinam denunciationem, per quam contumacia induci solet, venditio procedat, *l. si convenit.* 4. *in fine ff. de pignorat. act.* Valet & vicissim, *ne id liceat debitori*, usque adeo, ut Marcianus scripserit, certum esse, factum adversus tale pactum *venditionem esse nullam, ut pactioni stetur*, *l. si creditor* 7. §. *ult. ff. de distract. pign. & hypoth.* Quamvis enim communiter ita jus sit, ut pacta de non alienando rem non afficiant, sed tantum obligent personam paciscentis, ideoque contra pactum secuta venditio neque nulla, neque rescindenda sit, sed plenum effectum sortiatur, actione tantum personali in id quod interest, adversus eum data, qui vendendo fregit pacti fidem, ut dictum *tit. de contrab. emt. num.* 15. jure tamen singulari hic contra placuit, emtionem magis ipso jure nullam esse, ut pactioni stetur. Scilicet, cum pacto de non alienando venditioni rerum aut alteri simili apponitur contractui, uti contractus ipse rem non afficit, sed personam obligat, ita & pacto adjecto non majorem tribui effectum æquum fuit, ut accessio suum sequatur principale: sed cum & contractus pignoris & pactum hypothecæ jure quodam proprio creditori tribueret jus in re, ipsamque rem afficeret, transituram deinceps cum onere illo in quemvis possessorem, non mirum fuit, secundum Marcianum, pactione de pignore per debitorem haud vendendo rem ipsam quoque fuisse affectam, ne accessorium a sui principalis natura declinaret, adeoque venditionem contra pactum celebratam perinde nullam fuisse habitam, ac si contra legis aut testatoris prohibitionem intercessisset.

23. Præcipue vero probatum in pignoribus pactum antichreseos, quo id agitur, ut creditor utatur pignore in vicem usurarum, donec debitum solutum fuerit, sive ipse ædes inhabitando fundosve colendo percipere fructum aut utilitatem velit, sive aliis elocare; adeo ut, si ante exsolutum debitum possessionem amiserit, vel hypothecaria actione ex communi hypothecarum natura rem obligatam persequi possit, vel ad recuperandam antichresin, seu mutuum pignoris usum pro credito, in factum actione uti, *l. si is qui bona* 11. §. 1. *ff. h. t. l. si ea lege* 17. *C. de usuris.* Estque hoc pactum primo vel expressum, *d. ll.* vel tacitum, de quo tacito Paulus tractat in *l. cum debitor* 8. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah.* Quamvis enim verum sit, non hoc ipso, quo in creditum gratuiti usus (cujus respectu nullæ usuræ in conventionem deductæ) pignus datum fuit, etiam protinus usuras tacite promissas videri, sed magis fructus per creditorem ex pignore percepti in sortem imputandi sint, sic ut tandem perceptione fructuum debitor quoque in totum liberetur, *l.* 1. 2. 3. *ult. C. de pignorat. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* non tamen inde recte omnem antichresin tacitam, velut jure incognitam, cum Vinnio reprobaveris, *select. quæst. libr.* 2. *cap.* 7. *num.* 3. Cum utique inscriptio tituli, in quem relata est *d. l.* 8. satis monstret, de tacita conventione accipi oportere quæ ibidem cauta sunt; atque insuper ipsa facti species de sententia *d. legis* 8. per Vinnium concepta, id firmet aperte. Sive enim retentis verbis legis eam

de credito accipias gratuito; seu quod ab initio usurarium non erat, deque pignore in illud creditum obligato, ac statuas cum Vinnio, creditorem, si nolit amplius gratuitam esse pecuniam, & debitor interpellatus moram solutioni faciat, retinere ex eo tempore posse usuras de fructibus rei pignoratæ usque ad legitimum usurarum modum: sive ex adverso contendas in *d. l.* 8. addita particula *non* legendum esse, *cum debitor non gratuita pecunia utatur*; utroque in casu tacita antichresios pactio reperitur. Creditor namque vel nomine pecuniæ non gratuito concessæ usuras conventas ex fructibus pignoris sibi servat, etsi ea lege pignus haud datum esset, adeoque expressum deesset pactum antichresios; vel e contrario usque ad legitimum usurarum modum ex fructibus perceptis usuras deducit ob moram in restituenda pecunia gratuita factam, indeque inductum ex legis aut prudentum interpretatione tacitum pactum de usuris solvendis, fructibusque in vicem usurarum usque ad legitimum modum retinendis; cum constet, solam moram sine conventione expressa aut tacita in stricti juris judiciis sufficientem non esse ad producendam usurarum obligationem. Sed & secundo vel simpliciter interponitur pactum antichresios, prout jam supra definitum est ex *d. l.* 11. §. 1. *ff. h. t.* & *l. si ea lege* 17. *C. de usuris*, vel in subsidium in casum moræ, veluti, *ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimæ usuræ*, quo casu, licet initio minores usuræ in stipulatum deductæ essent, recte tamen post diem moræ graviores usuræ promissæ petuntur, quatenus legitimum non egrediuntur usurarum modum, *l.* 1. §. *pacto* 3. *ff. h. t.*

24. Utrum autem antichresis legitimum excedere possit usurarum modum, vulgo quæritur. In tacita quidem superius delineata id fieri non posse, patet ex *d. l. cum debitor* 8. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contr.* & rationi conveniens est, ne alioquin lex, per cujus benignam interpretationem pactum tale tacitum inductum est, semet ipsam quodammodo videretur destruere, sibique in ea parte, quæ legitimam usurarum quantitatem definit, adversari. At in expressa videndum, utrum certus fructuum proventus sit, nec ne. Nam si certus sit, dum forte prædium urbanum vel rusticum pignori datum elocatum fuit, vel nomen usurarium per debitorem obligatum, & id actum, ut vel pensio, vel usura nominis cederet in vicem usurarum, magis est, ut nec tunc antichresis superare debeat modum usurarum a lege præscriptum, arg. *l. si ex pactione* 14. *C. de usuris*. Si vero incertus fructuum proventus sit (quod accidit, cum prædium rusticum pignori datur creditori colendum ab eo ea lege, *ut fructus in vicem usurarum consequeretur*) obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non posse, rescriptum est, *l. si ea lege* 17. *C. de usuris*. Idemque dicendum, si id actum fuerit, *ut creditor domum sibi obligatam inhabitaret vice usurarum*, licet ex domus illius elocatione plus emolumenti redigi potuisset, quam usurarum legitimarum ratio patitur; quia potius conducta vilius habitatio, quam illicitum fœnus contractum videtur, *d. l.* 14. *C. de usuris*. Si tamen ipse creditor locando domum fundumve, pensionem inde certam redegerit, placuit Frisiæ Senatui, etiam tunc antichresin ad legitimum revocandum esse usurarum modum, arg. *d. l.* 14. Sande *decis. Frisic. libr.* 3. *tit.* 12. *def.* 10. Confer de antichresi Molinæum *de usuris quæst.* 35. *num.* 259. & *seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observat.* 3. Mynsingerum *cent.* 6. *observ.* 71. Sande *d. defin.* 10. Carpzovium *defin. forens. part.* 2. *constit.* 30. *defin.* 40. 41. 42.

25. Pactum commissorium quod attinet, etsi illud emtioni recte adjiciatur, *tit. ff. de lege commiss.* & olim forte secundum quorundam opinionem in pignoribus quoque ac hypothecis toleratum fuerit; postea tamen in hisce, velut asperum & iniquitatis plenum, reprobatum a Constantino invenitur, *l. ult. C. de pactis pignorum*, quippe quo cum id agatur, ut debito intra certum tempus non soluto apud creditorem pignus pro debito remaneat, maximi sæpe momenti ac pretii res in æris alieni exigui cederent exsolutionem; debitore egeno ac præsentis rei nummariæ angustia presso facile patiente, dura quæque & inhumana contra se scribi, dum ante insertum legi commissoriæ diem meliora sibi tempora ac fortunam meliorem pollicetur, atque ita pacti asperitatem solutione se aversurum sperat; cui tamen spei, lubricæ satis ac fallaci, eventus deinde haud raro non respondet. Confer Pinellum *ad rubric. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 27. & *seqq.* Rittershusium *partit. feudal. libr.* 1. *cap.* 11. *num.* 4. Bachovium *de pignoribus libr.* 1. *cap.* 15. Covarruviam *variar. resolut. libr.* 3. *cap.* 2. *num.* 6. Neque interest, utrum statim in ipsa pignoris hypotecæve constitutione talis pactio interposita fuerit, an ex intervallo; eo quod æque postea, durante eadem debitoris inopia per intempestivam, aut saltem debitori misero gravem, difficilem, ac quacunque ratione protelandam ac declinandam debiti exactionem, creditor extorquere posset hanc duram legem; ut proinde non minor etiam tunc iniquitatis ratio pro pacti ex intervallo concepti nullitate pugnet, licet multi contra sentiant, ut auctor est Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 23. *def.* 1. Non etiam refert, utrum inter debitorem & creditorem pactio hujusmodi intercedat, an inter debitorem & fidejussorem ejus, sive simul pignore & fidejussore dato caverit debitor, sive fidejussori ipsi in securitatem indemnitatis pignus constituerit; cum constet, ipsum quoque fidejussorem esse ejus, pro quo fidejussit, creditorem, atque adeo eadem iniquitatis uti occasio, ita & ratio, pactionem talem reprobari suadeat. Eoque facit *l.* 1. *C. de dolo*. Neque obstat *l. ult. pr. ff. de contrah. emt.* Cum vel emenda fuerit per *l. ult. C. de pactis pignorum*, idque ex sententia eorum, qui olim legem commissoriam in pignoribus probatam fuisse autumant: vel non agat de pacto commissorio, sed de conventione, qua id actum, ut pignus fidejussori justo pretio emtum sit, Pinellus *ad rubr. C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 13. Covarruvias *var. resolut. libr.* 3. *cap.* 2. *num.* 7.

26. Est & legi commissoriæ plane simile, si non idem, adeoque jure eodem censendum pactum, quo id agitur, ut, quicquid ex pignore vendito redactum fuerit, id sibi habeat creditor in debiti solutionem, sive pluris sive minoris, quam est in debito, pignus distractum sit; sicuti & illud, ut debito intra certum tempus non soluto *debitor pignus creditori cedat*; si illud *cedere* ita interpreteris, ut creditori pignus in solutum cedat pro debito: cum non obstante tali conventione liceat debitori oblata debiti quantitate pignus luere sibique recipere, arg. *l. Callippus* 45

ff. de solutionibus. Unde & ab Alexandro Imp. definitum fuit, pactione tali venditionem pignoris non censeri contractam, sed id comprehendi, quod jure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat, atque ita communi jure creditorem debere hypothecam vendere, *l. 1. C. de pactis pignorum*. Nec his contrarium est rescriptum Imperat. Diocletiani & Maximiani in *l. ult. C. de distract. pignor.* cum illic non quæratur, an id, quod supra debiti quantitatem ex pignore vendito redactum est, penes creditorem remanere debeat, sed id unum, qua actione superfluum per debitorem repetendum sit; ac determinetur, non in rem actionem in id competere, sive pretium ipsum apud creditorem existat, sive fundus ex superfluo per creditorem comparatus sit, sed solam in personam, id est, pignoratitiam de superfluo movendam esse, *si nihil convenit specialiter*, id est, si non convenit, ut etiam in rem actione debitori superfluum, aut comparatum ex superfluo fundum, petere liceret. Minus obest *l. a Divo Pio* 15. §. *si pignora* 3. *ff. de re judicata*. Non enim ibi pactio intercesserat, ut pignus creditori addiceretur ea quantitate quæ debetur; sed, cum pignora in judicati causam capta emtorem non invenirent, rescriptum fuit, ea creditori petenti addici posse, *ea quantitate, qua debetur*, id est, *ad modum debitæ quantitatis*; ita ut, si pignora debito minora sint, superfluum petere creditor non prohibeatur, & contra, si pluris, tantam pecuniam restituere teneatur; ita interpretante post Duarenum Antonio Matthæo *de auction. libr.* 1. *cap.* 10. *num.* 50. Quæ interpretatio etiam juvatur ex verbis sequentibus *d. paragraphi* 3. dum dicitur; *nam si creditor maluerit pignora in creditum possidere, iisque esse contentus, rescriptum est, non posse eum, quod amplius sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere, nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere, & superfluum petere.* Nempe, si ad modum debitæ quantitatis pignora creditori addicta essent, poterat id, quod minus erat in pignore quam in debito, adhuc exigere; sed si maluerit pignora in creditum possidere iisque contentus esse, id est, interprete eodem Matthæo *d. loco*, maluerit ea in solutum accipere, minoris valentia quam quantum erat in debito, id quod amplius in debito est, petere ultra non poterat, quia intelligebatur *velut pacto transegisse de credito*; transactio autem supponit aliquam debiti remissionem; nec quisquam amplius, quam sibi deberi ab initio contendit, sed minus, transigendo consequitur, remittens aliquid eo, quod sibi putat debitum esse.

27. Qui autem hypotheca obligare possint, quibus id ex adverso licitum non sit, id simul cum illa quæstione, quæ res pignori dari possint *tit.* 5. explicandum erit.

TITULUS II.

In quibus causis Pignus vel Hypotheca tacite contrahitur.

SUMMARIA.

1. *Tacitum pignus est, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubentis pignori ante dederat, vel scribat chirographum continens rei suæ obligationem, aut ei subscribat; aut si paciscatur, ut liceat creditori rem certam vendere, si debitum intra certum tempus solutum non sit.*
2. *Tacite obligantur pro pensionibus illata in prædium urbanum; fructus nati in prædio rustico, sive pendentes, sive jam in borrea devecti, imo & cum a curatore bonis dato distracti, idque ratione pretii, non si ab ipso colono ante præclusionem venditi, nec tunc in pretio, pignus durat. Invecta in prædium rusticum tacite obligata non sunt.*
3. *Invecta in prædium rusticum tacite obligantur, cum illud natura sterile est, ut borreum, stabulum, area tritutaria. Hodie illata in rusticum prædium, & animalia ibi pascentia tacite obligantur; sed præclusione opus est; & tunc locatori etiam privilegium prælationis competit. Quid juris si clam transferantur, postquam præclusa fuerant?*
4. *Qualia bona debeant illata esse, ut pignori sint? an pecunia numerata, gemmæ, bona minorum, studiosorum?*
5. *An res aliena per conductorem illata? An res antequam re ipsa per conductorem illatæ fuerint? Et quid juris, si post contractum locationis ante illationem alteri obligentur? An illata ea mente ne perpetuo ibi maneant? An deposita, commodata, lanea linea sartori commissa? An singula corpora mercium in taberna?*
6. *An & invecta ac illata secundi conductoris teneantur primo locatori? Et an ultra id, quod conductor secundus debet?*
7. *Fundo sublocato mercede minore, an fructus fundi tacite obligati sint usque ad quantitatem mercedis primæ locationis, an tantum usque ad mercedem sublocationis?*
8. *Legalis hypotheca fisco competit in bonis administratorum, & eorum quibuscum contraxit; & civium pro tributis; quod & civitatibus datum pro tributis, quæ exigunt Principe permittente. An & publicani pro exactione tributorum & vectigalium hypothecam habeant? Et quamdiu secundum Hollandiæ mores?*
9. *An fisco pro mulctis ac pœnis in bonis delinquentium hypotheca aut personale inter chirographarios privilegium competat, an vero fiscus omnibus chirographariis postponendus sit?*
10. *An, & quousque fiscus hypothecam legalem habeat, cum in jus privati succedit? remissive.*
11. *Pupillis hypotheca ex lege competit in bonis tutorum, curatorum, vitrici quem mater superinduxit non redditis rationibus &c. An & moribus in bonis mulieris, quam tutor post susceptum tutelæ officium uxorem duxit?*
12. *An in bonis protutorum, actorum tutori adjunctorum, procuratorum, et eorum qui pupillorum negotia ex amicitia gesserunt?*
13. *An hoc jus competat furiosis, prodigis, mentecaptis, debilibus, mutis, surdis?*
14. *An pupilli & similes hoc jus habeant in bonis magistratuum, si subsidiaria agant actione? An si bonis executoris testamenti pro legatis & similibus? An in bonis curatoris dati, si creditores sint? An in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt? Quid si eorum nomine contractum sit* op Weeskamers Recht, *quamdiu tum jus illud duret? An in bonis heredum tutoris?*

15. *An pupilli in rem sua pecunia emtam habeant legalis hypotheca jus, pro pecunia debita restitutione?*

16. *An & in bonis tutoris pro iis, qua tutor ante delatam tutelam pupillis, aut illis, quibus hi heredes extiterunt, vel etiam durante administratione non ex ipsa administratione, sed alia ex causa, capit debere? An & pro usuris talis debitis ac impensis iitis, si in eas tutor ad rationes reddendas conventus condemnatus sit? Et quid, si tutor debitor cum reliqui pupilli tutoribus debitum novaverit?*

17. *Ex quo tempore pupillis incipiat competere jus hypotheca in bonis tutorum protutorum, & similium? Et quid juris, si unus plures tutelas diversi temporis delatas gesserit?*

18. *An jus hypotheca legalis pereat pupillis per rationum redditionem, si reliqua nec dum restituta sint, sed usura reliquorum percepta? Docetur, pupillos hoc jus hypotheca legalis ad heredes transmittere; ut mulier transmittit hypothecam legalem pro dote datam.*

19. *Tollitur objectio petita ex eo, quod etiam tempore Pandectarum hypotheca legalis pupillis competit, ac monstratur, id erroneum esse, ac satisfit objectionibus.*

20. *Mulieri, etiam sponsa & uxori putativa, competit hypotheca legalis pro dote, & parapheruis; ac marito pro obtinenda dote promissa, & recuperanda donatione propter nuptias. Quid moribus obtineat?*

21. *Legatarii habent legalem hypothecam in bonis defuncti, non heredis, & qua istius hypotheca vis sit? Notatur, hujus pignoris causam jure singulari dividuam esse.*

22. *Si testator diversis temporibus alia atque alia legata reliquerit, vel alia pure, alia sub conditione, alter alteri in hypotheca legali non praefertur. Ubi plura tractentur a me de hac specie hypotheca legalis & actione hypothecaria legatariis competente?*

23. *Competit hypotheca legalis in bonis vidui vel vidua pro restitutione relictorum sub conditione viduitatis. Liberis prioris thori pro restitutione rerum, qua in poenam secundarum nuptiarum ad liberos primi thori redire debent. Item pro bonis parentis defuncti aut a linea parentis defuncti profectis & per parentem superstitem administratis, in bona ejus; imo & ex moribus aliquando in bona vitrici vel noverca. Non pro caeteris adventitiis: cujus tamen contrarium moribus verius.*

24. *An liberis pereat jus hypotheca pro bonis parentis defuncti in bona superstitis, si mediante transactione* (by Uytkoop) *certa pecunia quantitas promissa sit? Et quid juris, si, cum superstes parens omne aris alieni onus in se recepisset, liberi partem oneris solvere per creditore compulsi sint?*

25. *An & hypotheca competat civitati, ecclesiis, piis locis in bonis administratorum? An societati India Orientalis & Occidentalis? An pagis & vicis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, qua dicuntur* Morgen-Gelden en Mole Gelden?

26. *An & bonis eorum, quibuscum civitas aut Ecclesia contraxit? & quale jus civitati hac in parte datum sit?*

27. *Dominus directus, & dominus antiquus pro canone, solario, censu habet hypothecam legalem in fundum emphyteuticum, superficiarium, censualem. Argentarii in militiam suis nummis creditis emtam.*

28. *Qui crediderunt in refectionem adium, hypothecam ex lege habent in ipsas ades refectas. An & Fabri pro mercede operarum? Quid si creditum, sed in refectionem non impensum? Quid si impensa non ex necessitate, sed utilitatis aut voluptatis causa facta sit? Quid si quis crediderit in domus emtionem aut adium novarum exstructionem? Quid si in aliarum rerum meliorationem, reparationem aut emtionem? An non his retentio rerum competat, si adhuc possideant?*

29. *Moribus hypotheca legalis ei competit, qui credidit in navis refectionem, cujus contrarium jure Romano obtinuit.*

30. *Etiam illis, quorum merces urgente necessitate per magistratum navis distracta sunt, in ipsa navi: sociis nauticis in navi & mercibus vectis pro mercede debita.*

31. *Universitati agrorum aggere munitorum in pradia istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, molendinorum &c. Redemtori in bonis ejus, quem a Turcis aut Barbaris aliis redemit. Illis, qui suam partem societatis Indica vendiderunt ac transcripserunt, in ipsam illam partem, pro pretio necdum soluto. Insolatoribus* (Bleekers) *pro mercede procurati candoris in lineis a se adhuc detentis &c.*

32. *An jus pignoris nascatur ex arresto rei aut persona, vel recognitione chirographi in judicio? An ex sententia? Et quid juris, si pignora judicati capta sint?*

33. *An domino rei furto oblata in rebus furis pro astimatione, vel in rebus ex pecunia furtiva emtis? An sociis in bonis socii pro eo, quod reliquis sociis jure societatis debitum? An ei, cui annuus reditus ex certo fundo praestandus venditur, si fundus specialiter obligatus non sit?*

34. *Cujus leges spectanda sint in quaestione, an legalis hypotheca competat in rebus mobilibus & immobilibus?*

1. PRaeter primam hypothecae divisionem in generalem & specialem, alia hoc titulo supponitur, quod nempe expressa sit, vel tacita. De expressa jam actum *tit.* 1. Tacita vel conventionalis vel legalis est. Conventionalis tacitae exempla plura sunt: veluti, si quis fidejubeat pro eo, qui rem fidejubentis jam ante pignori obligaverat; cum intelligatur hoc ipso, quod fidejubeat, quodammodo mandare, res suas obligatas esse. Sane si post fidejussorem demum res ejus per debitorem pignori datae essent, non censerentur obligatae, *l. Pomponius* 5. §. *ult. ff. h. t.* Sed & si is, cujus res est, instrumentum scripserit, in quo res illa creditori obligatur, vel etiam instrumento tali subscripserit, non ignarus eorum, quae instrumento cauta sunt, tacite rem suam obligasse creditur, *l. fidejussor impetravii* 26. §. *pater* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* ibique Groenewegen; secus, si id ignoraverit, arg. *l. Gajus Sejus* 39. *ff. de pignorat.*

atu. Præterea hoc ipso, quo id agitur, ut debito intra certum tempus non soluto, creditori liceat rem certam vendere, res illa existimatur tacite pignoris nexu devincta, *l. creditor* 3. §. *ult. ff. qui potior in pign.*

2. Præcipua vero pignoris taciti non ex lege, sed potius ex conventione seu pactione tacita descendentis, species est in invectis & illatis in prædium urbanum, quippe quæ domino prædii pro pensione ac deterioratione jure pignoris obligata sunt, *l. Pomponius* 2. *l. eo jure* 4. *ff. h. t. l. item, quia* 4. *ff. de pactis*, quod pignoris genus a suis principiis & quasi incunabulis repetit Balduinus *de pignor. cap.* 6. Quemadmodum & fructus prædiorum rusticorum pro mercede, *l. in prædiis* 7. *ff. h. t. l. quamvis fructus ff. h. t.* junct. *l. si servus communis* 61. §. *locavi* 8. *C. de furtis*, sive adhuc pendeant, sive jam a solo separati in messe jaceant, in quantum auctoritate publica interdici potest, ne fructus ex agro in horreum devehantur, nisi soluta prius pensione; sive denique jam in horrea coloni convecti fuerint, uti judicatum refert auctor appendicis decisionum *post consil. Holl. part.* 5. *vol.* 1. *p.* 20. *in fine*, & *pag.* 21. Atque hinc etiam est, quod divenditis per creditores aut curatorem bonis datum fructibus pendentibus, pecoribusve in prædio conducto pascentibus, in pretio inde redacto potior esse debeat pro pensione debita dominus agri, in quo fructus pendebant aut pecora pascebantur: in quam sententiam extat res judicata in *d. appen. decisionum pag.* 20. *fere in pr.* Plane si fructus ab ipso colono distracti jam sint, pretium eorum tacite obligatum non est, multoque minus fundi, si qui ex fructuum pretio coemti sint, *d. l.* 3. *C. h. t.* Negusantius *de pign. & hypoth.* 4. *membr.* 2. *par. princip. n.* 143. 149. Ipsa quod spectat illata invecta in prædium rusticum, tacite pro pensionibus fundi domino obligata non sunt, sed expressam conventionem desiderant, *d. l. eo jure* 4. *ff. h. t. l. si non inducta* 5. *C. h. t.* Nec contrarium est in *l. certi juris* 5. *C. de locato*, cum illis verbis satis apertis Imp. Alexander diversitatem juris proponat inter invecta in prædium rusticum, & ea, quæ in urbanum illata sunt, eodem fere modo, quo id ante factum fuerat a Neratio in *d. l.* 4. *ff. h. t.* ac proinde, quando rescribit, ea quæ *voluntatem dominorum* coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri; ubi autem domus locatur, non esse necessariam in rebus inductis *scientiam domini*; per istam *voluntatem dominorum atque scientiam* nihil aliud quam pactio atque conventio denotatur. Quo modo etiam in *l. Pomponius* 5. §. *item illud* 1. *ff. h. t.* per *voluntatem* conventio intelligitur. Etenim, dum ibi Marcianus ait, voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum, non aliud vult, quam id pacto agi posse, ut non in totam pensionem, sed tantum in partem ejus inducta illata obligata sint. Eodemque sensu *voluntatem* pro expressa novandi conventione Justinianus posuit in *l. ult. C. de novation.* Nec jure novo mutata censeri debent, quæ de illatis in prædium rusticum tacite non obligatis dicta sunt: cum in *l. ult. C. h. t.* nihil aliud a Justiniano constitutum sit, quam, jus taciti pignoris in illatis in prædium urbanum non tantum in utraque Roma, sed & in omnibus provinciis probandum esse. Ipsas meliorationes a colono factas quod attinet, an pignoris jure pro pensionibus teneantur, minus recte disputatur: cum omnes jure soli, adeoque pleno dominio ad locatorem prædii dominum pertineant, sive æstimatio earum colono migranti refundenda sit, sive non; & in casu, quo restitutio facienda est, jure compensationis locator æstimationem a se debitam pro debitis per colonum pensionibus retinere possit; secundum propriam naturam compensationis.

3. Quia tamen prædia quædam rustica sunt, fructum naturaliter haud ferentia, sic ut nec domino securitas pro pensione in fructibus esse possit, ideo placuit, hæc quantum ad jus taciti pignoris in invectis & illatis attinet, non multum a prædiis urbanis separanda esse; qualia sunt stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis, *d. l. eo jure* 4. §. 1. *ff. h. t.* areæ triturariæ, & horrea, *l. si horreum* 3. *ff. h. t. l. cum domini* 56. *ff. locati.* Licet enim verum sit, per *horreum* subinde designari locum, in quo homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, *l. nam salutem* 3. §. *effracturæ* 2. *ff. de officio præfecti vigilum*, non tamen ideo necesse est, ut ad hujus generis horrea restringantur verba *d. l.* 3. *ff. h. t.* cum utique horreum eadem, quæ stabulorum ratio sit; pignoris autem jure teneantur quæ in stabulum invecta sunt, *d. l.* 4. §. 1. *ff. h. t.* Quin imo, si mores nostros spectemus, invecta quoque in prædium rusticum, nec non animalia pascendi causa in pratum conductum immissa taciti pignoris jure affecta sunt. Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 19. & *seqq.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 53. Groenewegen *ad l.* 5. *C. locati.* Dummodo meminerimus, nullam nunc apud nos aliosque multos hujus taciti pignoris vim esse in invectis & illatis in prædium sive rusticum sive urbanum, nisi illa præcludantur auctoritate publica dum sunt in prædio, aut, dum conductor ea transfert, a vigilante creditore in ipso quasi translationis actu arresto, detineantur; quo casu rursus in prædium reducenda, quæ cœperant transferri, sed necdum fuerant ad locum occultationi destinatum delata: eo modo, quo id Romanis singulari jure placuerat in servis in prædium urbanum inductis, quos a dominis manumitti potuisse, quamdiu pensionis nomine præclusi non essent, apertum est ex *l. pen. ff. h. t.* Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. d. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 21. Groenewegen *ad l.* 9. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 41. & *in parœm. Belgar. Juriscons.* 7. *num.* 13. Parens p. m. Paulus Voet *ad* §. 7. *Instit. de action. n. ult.* & *tract. de mobil. & immobil. cap.* 19. *n.* 8. Qualis præclusio nostris moribus non modo jus hypothecæ locatori firmat, sed & prælationem ei tribuit, licet jure Romano simplex tantum hypotheca videatur competiisse. Ant. Matthæus *d. cap.* 19. *n.* 41. & 74. & jure Amstelodamensi tantum anni unius & præterea anni labentis pensio prælationem habeat. *Keuren van Amsterdam, derde Deel* 1. *boek pag.* 257. *col.* 2. *art.* 21. Eoque fundamento a Curia Ultrajectina judicatum fuit, dominum ædium in rebus præclusis potiorem esse pupillis, quibus idem ille ædium conductor ex administratione tutelæ jam ante cœperat obligatus esse, 14. *Decembr.* 1675. *in de sake Pieter de Graeff, Herr. van Zuyd-Polsbroek & c. en de Mombers over de Onmondige Kinderen*

van Cornelis Melissen. Licet jure novissimo tantum sit prælatio pro triennii pensionibus. *Ordonn. op de verstenissen en hypoth.* 18. *Januarii* 1700. *art.* 18. Sane peracta translatione ante præclusionem, nullum ulterius domino urbani rusticive prædii in translatis superest pignoris aut prælationis jus. Sed &, si post præclusionem rite factam invecta ac præclusa clam alio translata fuerint, cogi quidem conductor potest auctoritate judiciali, ut ablata transportata reducat in prædium, in quo præclusa, quod & legibus Mechliniensibus disertim cautum, *tit.* 8. *art.* 14. *in fine.* Adde Rebuffum *ad constit. reg. tom.* 1. *de liter. oblig. art.* 4. *gloss.* 2. *n.* 29. verum quamdiu id re ipsa præstitum non est, vix est, ut prædii domino renatum prælationis jus in præjudicium creditorum aliorum sola personali actione, non privilegio, munitorum, longeque minus in præjudicium illorum, in quos in bona fide positos conductor fraudulenter subductorum dominium oneroso titulo translatum voluit, cum mobilia nullam moribus sequelam habeant; utcumque aliter hic visum fuerit Christinæo, dum *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 14. *n.* 9. *& seqq.* scripsit, mobilia quidem non manere obligata, si bona fide alienata sint; at omnino, quoties dolose in detrimentum locatoris exportantur, transferuntur, aut alienantur: cujus tamen sententia ex illa lege municipali, quam illic interpretatur, firmari non potuit; cum non aliud illic caveatur, quam id, quod eductum est, ad locatoris desiderium oportere reduci; ut inde mercedes conductionis persequatur, atque adeo personalis tantum obligatio imponatur conductori ad factum reductionis, quo per & post reductionem pignoris jus redintegretur. Nam si & post exportationem dolosam duraret ipso jure pignoris vinculum, nulla fuisset conductori imponenda reductionis necessitas, sed locatori simpliciter rerum elatarum, velut adhuc pignoris nexu devinctarum, persecutio danda foret.

4. Nihil autem interest, qualia bona invecta illata sint: neque enim supellex sola, proprie sic dicta, aurum, & argentum, & ornamenta, & vestes, & arma, & gemmæ, & mercium venalium universitas, & numerata pecunia, & jumenta, et servi, et quicquid a conductore inductum fuit, pro pensionibus obligata teneri possunt, arg. *l. pen. ff. h. t.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 14. *in notis ad num.* 13. Neque hic inter bona minorum ac majorennium conductorum distinguendum puto; tum quia generaliter obtinuit, æque res minorennium, ac eorum, qui jam legitimam impleverunt ætatem, hypothecæ legalis vinculo obstringi, ne alioquin minorem legi vim tribuamus quam magistratuum a lege potestatem habentium decreto, quo interposito vel ipsa immobilia minorum bona pignori obligati, et judicati causa pignori capi, & jure prætorii pignoris per missionem in possessionem affici, expeditum est, *l.* 2. *l.* 3. *§. pignori* 1. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt, sine decret. non alienand. l. Fulcinius* 7. *§. plane* 10. *ff. quib. ex causis in possess. eatur.* Tum quia tutores & curatores utiliter res mobiles minorum, inter quas & illata ac invecta, pignori obligant pro credito, quod in utilitates pupilli versum esse, *l. tutor., lege* 16. *pr. ff. de pignorat. act. l. curator* 3. *C. si res aliena pign. data sit*, arg. *l. si pupillorum* 7. *§. si obligavit* 5. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt etc.* at nihil magis videri potest versum in rem minoris, quam quod ad eum alendum erogatum est; erogatum autem in alimenta, dum in usum minoris habitatio conducitur, quam una cum cibariis atque vestitu sub alimentis comprehendi, constat ex *l. legatis alimentis* 6. *ff. de alimentis vel cibar. legatis.* Tuldenus *ad tit. Cod. quæ res pignori dari n.* 6. Montanus *de tutelis cap.* 33. *n.* 634. Negusantius *de pignor. et hypoth.* 4. *membr. secund. partis, num.* 73. 74. Sande *de probib. alien. par.* 1. *cap.* 1. *§.* 3. *num.* 51. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 83. *num.* 9. *et seqq.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. d. tit.* 8. *art.* 14. *n.* 6. 7. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. *pag.* 226. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 48. 49. Parens p. mem. Paulus Voet *de mobil. et immobil. cap.* 18. *n.* 2. Similiter nec tacitæ huic hypothecæ exemta censeri debent invecta studiosorum, sive supellex alia sive libri sint; cum nuspiam tale privilegium huic hominum ordini indultum inveniatur, neque ulla alia sæpe domino locatori musæi securitas sit, ac facile insalutato hospite migraturus esset peregrinis in locis hærens studiorum gratia, si supellex libraria, ultra quam plerumque nihil eo in loco possidet, pro musæi pensione non esset devecta. Berlichius *par.* 1. *conclus. pract.* 67. *n.* 65. 66. Vinnius *tract. de pactis cap.* 12. *n.* 9.

5. Non aliter tamen invecta & illata pignoris taciti jure tenentur, quam si conductoris propria sint, aut aliena quidem, sed domini consensu in prædium conductum ita inducta, ut perpetuo ibi sint, seu in usum conductoris habeantur, veluti lecti, sedilia, instrumenta artis quam conductor in domo exercet, quasi hoc ipso dominus tacite consenserit in hanc tacitam rerum suarum obligationem, saltem in subsidium deficientibus proprii conductoris illatis; nec possit videri extra fraudem esse, dum sciens hoc agi per conductorem, dissimulavit, nec admonuit locatorem, arg. *l. si probaveris* 2. *C. si aliena res pign. data sit, l. si sine voluntate* 5. *C. ad Senatusc. Vellejanum.* Menochius *de arbitrar. judicum lib.* 2 *casu* 441. *n.* 5. Matt. de Afflictis *decis.* 184. Christinæus *ad Leg. Mechl. d. tit.* 8. *art.* 14. *n.* 8. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 52. *et* 53. Qua occasione animadvertendum ulterius, non alia domino prædii sive rustici sive urbani teneri jure pignoris, quam quæ illata ac invecta fuerint, adeoque non ex sola conventione, sed ex ipsa demum illatione nasci pignoris jus; adeo ut, si colonus convenerit, ut inducta, illata, pignori sint, & antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior sit futurus qui specialiter pure accepit: quia in potestate debitoris erat, an & quæ bona inferre velit, & illatione obligata efficere, adeoque adhuc verum erat, sine voluntate ejus nasci non potuisse pignoris jus, *l. potior est* 11. *§. si colonus* 2. *ff. qui pot. in pign.* Donellus *de pignoribus cap.* 12. *vers. tandem num. idem.* Sed & secundo sciendum, ne omnia quidem illata teneri, sed ea sola, quæ ea mente per conductorem invehuntur in prædium, ut illic sint, id est, permaneant durante tempore conductionis, sive in prædiis urbanis de jure tacitæ, sive in rusticis de jure expressæ in illatis invectisque hypothecæ, secundum jus Romanum quæstio sit, cum id generaliter de invectis & illatis definiat Pomponius in *l. in prædiis* 7. *§.* 1. *ff. h. t.* Scævola in *l. debitor* 32. *ff. de pignorib. et hypoth.* Menochius *de arbitrar.*

jud. lib. 2. *casu* 441, *n.* 3. *et* 4. Mantica *de tacitis et ambig. convent. lib.* 11. *tit.* 15. *n.* 31. Cui consequens est, ut neque commodatæ conductori res ad modicum tantum tempus, neque depositæ apud eum, aut pignori ei datæ, pignori esse intelligantur, longeque minus, si quæ conductori tanquam artifici commissa fuerint, veluti lanea linea apud textorem, pannus apud sartorem fullonemve repertus, & quæ hujus sunt generis alia plura, nisi jus aliud statutis nominatim inductum appareat. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 5. *consil.* 52. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 55. 56. Et quia merces singulæ in tabernam eo inferuntur animo, ut quantocius distractæ rursus afferantur; hinc nec singula corpora, sed sola mercium universitas, pro pensionibus tabernæ obstricta censeri debuit arg. *l. pen. ff. de pignor. et hypoth.* etsi nostris moribus, quibus præclusio illatorum requiritur, parum refert, utrum universitatem mercium an singula corpora devincta dicamus, cum utique illa, quæ præclusionis tempore in taberna reperta sunt, tacite obligata intelligantur, arg. *l. grege* 13. *pr.* & *d. l. pen. ff. de pignor. et hypothecis.* Confer Menochium *de adipiscenda possess. remedio* 3. *n.* 125. *et seqq.* Zoesium *ad Pand. h. t. num.* 4.

6. Usque adeo autem invecta in prædium urbanum tacite obligantur, ut etiam secundi conductoris bona non primo tantum conductori teneantur, sed & primo locatori, atque adeo locator primus ea quoque possit præcludere. Quod aperte satis innuit Ulpianus in *l. solutum* 11. §. *solutam* 5. *ff. de pignorat. act.* dum de eo disputans, an bona secundi conductoris in universam teneantur pensionem a primo promissam, ait credibile non esse, quod convenerit, ut ad universam insulæ conductæ pensionem frivola secundi conductoris tenerentur, ideoque in eam duntaxat summam invecta secundi ac illata obligari, in quam ille rursus conduxit. Quæ hæsitatio inepta prorsus esset, si non primo locatori res secundi conductoris devinctæ forent; cum non secundo sed soli primo locatori illa locationis primæ merces major debita sit, & in definienda quæstione, an secundi conductoris illata primo tenerentur conductori ultra pensionem sibi a conductore secundo constitutam, non præsumtio quædam probabilis, aut credibilitas, sed certa juris principia, in decisionem advocanda fuerint, scilicet ea non ultra teneri posse primo conductori, quam quatenus ipse mercedis promissæ creditor est, ne accessoria pignoris obligatio sine principali sit. Nec hisce contradicit Paulus in *l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. locati*, eo quod illic de invectis illatis in prædium rusticum sermonem esse, tum *fundi* tum *coloni* tum denique *fructuum* tacite obligatorum mentio evincit abunde. Quemadmodum ergo primi coloni bona tacite obligata non erant, sed expressa indigebant conventione, ita & coloni secundi illata non esse in causa pignoris, ratio dictat. Minus obstat *l. Pomponius* 5. *ff. h. t.* quippe in qua non de secundo conductore, sed gratuitam habitationem habente, & ad pensionem haud obligato tractatur. Bronchorst *miscellan. cent.* 1. *assert.* 80. Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 8. *art.* 7. *n.* 2. 3. 4. 5. Cumque nostris moribus receptum sit secundum ante dicta, etiam in rusticum illata prædium taciti pignoris jure teneri, non dubium, quin & coloni secundi invecta illata nunc primo quoque locatori teneantur, sed in eam duntaxat quantitatem, in quam conductor secundus se primo prædii colono devinxit, arg. *d. l.* 11. §. 5. *ff. de pignorat. act.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 54.

7. Ceterum etsi inter Romani juris auctores æque ac inter hodierni juris interpretes constet, fundo per primum colonum rursus elocato, fructus ex causa taciti pignoris primo locatori devinctos permanere, utcunque secundus conductor eos percipiat, *d. l. si in lege* 24. §. *si colonus* 1. *ff. locati*, non tamen illud æque expeditum est, an in integram primo locatori debitam, an duntaxat in minorem a conductore secundo promissam teneantur pensionem; dum forte prædium conductor locavit aureis octoginta, quod ipse centum aureis habebat conductum. Et quamvis nonnulli hic idem probent, quod in illatis invectisque secundi conductoris superius est traditum, ut plenius prosequitur Ant. Matthæus *d. cap.* 19 *n.* 54. magis tamen & rationi & juri & æquitati consentaneum videtur, sublocato prædio, fructus in integram pensionem obstrictos fore, quam sibi primus locator pactus fuit, ut ut vilioris prædium sublocatum sit. Suadent id ipsa Pauli verba in *d. l.* 24. §. 1. *ff. locati*, quando ait, *fructus in causa pignoris manere, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset*; quod falsum esset, si non in eandem quantitatem manerent obligati. Suadet insuper argumentum ab emtione petitum: etenim, quemadmodum venditori liberum est rem venditam retinere donec pretium integrum exsolutum sit, etsi forte primus emtor secundo rem eandem vilioris vendidisset, emtorque secundus suum, quod promiserat, pretium offerret venditori, vel etiam unus ex pluribus unius emtoris heredibus pro sua parte hereditaria solveret pretii partem, quo fundi emti partem pro rata consequeretur, *l. fistulas* 78. §. *quid fundum* 2. *ff. de contrah. emt. l. Julianus* 13. §. *offerri* 8. *de act. emti*, quemadmodum insuper venditori licet rem ipsam jam traditam, a quovis persequi possessore, quoties neque pretium solutum, neque fides de eo habita est, *l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tributor. act.* §. *vendita vero* 41. *Instit. de rerum divis.* idque, quia post venditionem usque ad traditionem adhuc dominus permanet, *d. ll.* & §. *quum autem* 3. *in fine Inst. de emt. vendit.* ita quoque justum censeri debet, fundi dominum fructibus inde natis incumbere posse, donec integra pensio soluta sit, utcunque vel plures ejusdem coloni heredes extiterint, vel sublocatio alteri mercede minore facta sit, ne alioquin locatori per conductoris primi sublocationem pereat retentio fructuum, velut taciti pignoris jure quæsita. Præsertim si consideres, ipsum quoque prædii locati dominum post locationis contractum interpositum manere dominum fructuum pendentium, quippe qui partes fundi esse intelliguntur, neque aliter, nec ante, jure dominii acquiruntur colono, quando & quia per eum ex voluntate domini vel expressa vel saltem tacita separantur a solo, ac percipiuntur, *l. si servus communis* 61. §. *locavi* 8. *ff. de furtis*, junct. *l. si apes* 26. §. 1. *ff. eod. tit. l. fructus pendentes* 44. *ff. de rei vindic.* qualis consensus tacitus cum non nisi salvo pignoris jure in fructibus percipiendis intelligatur intervenisse, si primus colonus eosdem separasset, etiam durare debuit idem jus pignoris in fructibus pro solida pensione domino debita, licet alius a primo colono causam habens eos-

dem percepisset. Atque ex hoc etiam fundamento ab Hugone Grotio scriptum arbitror, fructus, qui a colono percipiuntur ex fundo, eidem traditos fingi a locatore, *Manuduct. ad jurispr. Holl. lib. 2. cap. 5. n.* 16. quibus similia tradit Ant. Faber *Cod. lib. 4. tit.* 42. *defin.* 21. *in pr.* Venditur scilicet ipse fundus, sed & separatim venduntur fructus fundi pendentes *l. si debitor* 39. §. 1. *ff. de contrab. emt.* qualis inde iniquum non fuerit, parem locatori pro integra mercede debita asseri fructuum retentionem, qualis venditori rerum venditarum retentio velut jure pignoris pro pretii integri solutione obtinenda per leges data est.

8. Legalis hypothecæ plures in jure nostro species occurrunt. Primo namque fisco (& ad ejus exemplum Principi, arg. *l. fiscus, cum* 6. §. 1. *ff. de jure fisci*) data est in bonis administratorum *l. 1. C. de jure fisci*, ut & eorum, quibuscum contraxit, *l. certum est* 2. *C. h. t.* arg. *si pignus* 8. *ff. qui pot. in pignore*, nec non in bonis civium pro tributis ac censu, *l. 1. C. h. t. l. 1. S. si propter publ. pensitat. venditio celebr. l. Imperatores* 7. *ff. de publicanis, tot. tit. C. sine censu & reliquis fundum compar. non posse*, sive tributa illa ac onera ordinaria fuerint, sive extra ordinem, urgente necessitate publica, indicta; sive ipsi debeantur fisco, sive civitati, cui a Principe ad sublevandas civitatis angustias tributa quædam aut vectigalia exigendi facultas concessa est, convenienter *l. vectigalia* 10. *C. de vectigal. & commiss.* Carpzovius *defin. for. parte* 1. *cons. tit.* 28. *defin.* 47. & 49. Qua ratione etiam cautum in Hollandia, civitates pro tributis sibi debitis, exemplo reipublicæ habituras hypothecam legalem in bonis eorum, qui talia tributa aut vectigalia conduxerunt, aut conductorum socii sunt, aut fidejussores. *Placit. Ordin. Holl.* 9. *Augusti* 1658. *vol.* 2. *placit. pag.* 1129. & *placito* 24. *Febr.* 1659. *vol.* 3. *pag.* 592. Quin &, si tributa, vectigalia, census, publicanis elocata fuerint, hi quoque, tanquam fiscum vi conductionis repræsentantes, pro horum omnium exactione hypothecam habent in bonis illorum, qui ista debent; cum a fisco jus omne redemerint, quod fisco competebat; quod in Hollandia judicatum memorat auctor appendicis decisionum *post Resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 22. *fere in pr.* Sed quo magis ad vigilandum instigentur publicani, & ne mole nimia onerum, a multis retro annis debitorum, simul & semel cives obruantur, in Hollandia constitutum, publicanos legalis hypothecæ jus exercere non posse, nisi intra sex menses, computandos a tempore finitæ conductionis illius, cujus vi ipsis jus exigendi tributa & onera publica addictum fuit, exactionem inchoaverint, ac sine interruptione prosecuti sint. *Generale Ordonnatien op de verpachtingen der gemene landsmiddeelen van Holland. an.* 1654. *art.* 29. *vol.* 1. *placit. pag.* 1653. 1654. quæ & repetita postmodum, *vol.* 3. *placit. pag.* 816. *art.* 44. ubi & jus paratæ executionis restrictum ad quatuor menses post finem istius conductionis *art.* 43. Sed &, cum exactoribus tributorum, quæ dicuntur *convoy en licet gelden*, injunctum esset, ut præsentem exigant solutionem, nec ulli fidem habeant nisi suo periculo, definitum insuper, eo casu, quo fidem habuerint mercium dominis, jus hypothecæ ipsis non ultra quatuordecim dies a tempore faciendæ solutionis paratæ durare. *Instructie voor de Collecteurs en Pachters van convoyen en licenten* 11. *Julii* 1597. *art.* 15. *vol.* 1. *placitor Holl. pag.* 2323. Plane jus hypothecæ legatis pro tributis immobilium, quæ appellantur *verpondingen*, quorumque exactio in urbibus Hollandiæ magistratui urbano velut jure quodam redemtionis nunc competit, nullo temporis brevioris lapsu perire, judicatum fuit. Jacobus Coren *observat.* 17. in prædiorum rusticorum tributis quid juris sit, definit placit. Ordin. Holl. 1. *Augusti* 1658. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1127.

9. Non tamen fisco competit hypotheca legalis pro multis ac pœnis in bonis delinquentium. Quod ut manifestius evadat, distinguendum, utrum ob crimen bona omnia delinquentis aut pars eorum, veluti, dimidia, tertia, publicari debeat; an vero certa tantum pœna pecuniaria, velut centum aureorum aut alterius quantitatis, imponenda sit. Si enim bonorum publicatio in totum aut ex parte delicto proposita sit, creditores reliqui, utcunque simplices chirographarii, fisco potiores sunt, in quantum tunc fiscus bona delinquentium non percipit nisi cum oneribus, nec intelliguntur bona esse, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, ut jure publicationis fisco cedant, *l. non possunt* 11. *l. Statius* 48. §. *Cornelio Felici* 1. *ff. de jure fisci*, *l. si quis dolo* 2. §. *ult. ff. si quis aliquem testari probib. vel coeg.* junct. *l. subsignatum* 39. §. 1. *ff. de verbor. signif.* Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 179. & *parte* 3. *vol.* 2. *consil.* 166. Si vero certa tantum pœna fisco pendenda sit, salvis bonis, veluti ex lege Julia repetundarum, residui annonæ, &c. nullam quidem ante alios creditores chirographarios prælationem fiscus habet, sed nec iisdem postponendus est, adeoque magis cum iis concursurus pro rata, exemplo privatorum, quibus pœnarum persecutio competebat ex furto, rapina, aut alio simili delicto privato. Quod enim a Modestino pro regula traditum est, *omnium fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi*, *l. in summa* 17. *ff. de jure fisci*, uti etiam ab Alexandro rescriptum fuerat, *rem suam persequentibus pœnæ exactionem postponi*, *l. unic. C. pœnis fiscalibus creditores præferri*; id jam ante a Papiniano eam receperat interpretationem, ut nempe solum prælationis privilegium pro pœnis fisco denegaretur, non vero jus commune concursus, quod & privatis competebat, dum in *l.* 37. *ff. de jure fisci* ait: *quod placuit, fisco non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, eo pertinet, ut privilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat*; adeoque pro qua parte creditores reliqui simplices suum possunt creditum consequi, pro ea etiam fiscus pœnam consequatur, nec aliter solidæ pœnæ exactionem habeat, quam si & creditores ex patrimonio delinquentis solidum possint salvum habere: vel secundo, *d. l.* 17. *ff. de jure fisci* accipi potest de casu, quo publicatio bonorum facta erat, convenienter legi *Statius Florus* 48. §. *Cornelio* 1. *ff. de jure fisci.* Non desunt interim, qui fisco pro pœnis hypothecam aut saltem prælationem tribuunt ex die condemnationis, quia judicio atque sententia quasi contrahitur, *l. licet tamen* 3. §. *idem scribit* 11. *ff. de peculio*, Peregrinus *de jure fisci lib.* 6. *tit.* 6. *n.* 12. Negusantius *de pignor.* 4. *membr.* 2. *part. n.* 115. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 104. Sed vix est, ut hoc probetur; cum privilegia strictam recipiant interpretationem, maxime ubi de

pœnarum persecutione quæstio est; adeo ut nec minor, cui alias facile ex ætatis beneficio restitui solet, adversus omissam pœnæ persecutionem restituendus sit, *l. auxilium* 37. *ff. de minor.* 25. *annis.* Ac proinde, licet in bonis eorum, quibuscum fiscus contraxit, hypothecam habeat, non tamen ideo in bonis eorum, qui principaliter ex delicto obligati sunt, licet postea aliquo respectu & ad quosdam effectus judicio atque sententia contrahi videatur. Statque pro hac sententia post Hug. Grotium *manud. ad jurisprud. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *n.* 17. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 45. Jure tamen singulari id apud nos datum societati Indiæ Occidentalis, ut, quoties in pœnam incidunt illi, quorum ministerio utitur, retentionem mercedis & salariorum quin. & prædæ habeat, perinde ac si nunquam mercedem hisce debuisset, *Artikel-Brief van de West-Indische Compagnie* 12. *Apr.* 1777. *art.* 15. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1347. Sed &, licet fiscus pro pœnis ipsis prælationem non habeat, tamen si reus criminis in expensas litis damnatus sit, prætores, advocati fisci, aliique similes fisci nomine publicam peragentes accusationem, pro hisce recuperandis potiores sunt reliquis delinquentis creditoribus in bonis ejus; tum quia hæc impensa per eos ex officii necessitate facta est; tum quia reipublicæ interest peccata nocentium & innotescere & puniri, *l. si a reo* 70. §. *ult. ff. de fidejussorib. l. eum qui nocentem* 18. *ff. de injuriis*, quod rarius fieret, si ancipiti sumtuum periculo gravarentur publici tales accusatores, ob denegatam in bonis damnati pro hisce prælationem, Peregrinus de *jure fisci libr.* 5. *tit.* 1. *n.* 193. Quod & praxi in Hollandia servari, Hugo Grotius testatur in Responsis Juriscons. Holl. *part.* 3. *volum.* 2. *consil.* 166. & Petrus Bort *Tract. van criminele saken. tit.* 12. *part.* 5. n. 19. & *seqq. pag. mihi* 227. Plane Ultrajectini & prælationem & concursum negant fisco pro pœnis multisque, *placito* 18. *Jan.* 1700. *art. ult.*

10. Non etiam hypotecham legalem fiscus habet, quoties successit in locum privati, idque temporis anterioris intuitu; nam ratione futuri temporis suum adhuc privilegium exercet, *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*, quod latius traditum *tit. de hered. vel act. vendita num.* 13. *in fine.*

11. Est & pupillis ac minoribus data legalis hypotheca in bonis tutorum ac curatorum ex constitutionibus Principum, cum antea solum inter chirographarios privilegium competiisset, *l. pro officio* 20. *C. de administrat. tut. l. unic.* §. 1. *Cod. de rei uxor. actione.* Sive curator generalis sit, sive ad unum actum, veluti ad litem pro pupillo vel minore exercendam datus, Mugnoz *de ratiocin. c.* 39. *n.* 3. Montanus *de tutelis c.* 31. *effectu* 2. *n.* 14. sive extraneus, sive mater aut avia tutelam gerat, arg. *l. si mater* 6. *Cod. h. t.* Ant. Faber *Cod. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 4. *in med.* Etsi enim in *l.* 3. *C. quando mulier. tut. off. fung.* cautum sit, mulierem tutelam liberorum suscipientem debere *suam substantiam supponere*, non tamen inde concludendum, legali hypothecæ locum non esse: cum potius prudenter a Justiniano suppositio illa mulieri injuncta videatur, ne alias ignorantiam juris forte prætendat, quæ mulieribus sæpe impunita est, atque adeo per susceptionem tutelæ, quæ talem omnium bonorum hypothecam comitem habet, sese captam queratur. Illud expeditum est, legalis hypothecæ jus pupillis nasci in bonis vitrici, quem mater tutrix, non petito liberis tutore alio nec redditis rationibus ac reliquis restitutis, superinducit, idque pro tutelæ totius administratione, etiam ante matrimonium secundum per matrem gesta, *l. si mater* 6. *C. h. t. Nov.* 22. *cap. si autem* 40. Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 2. & 4. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 90. *num.* 2. Rodenburch *de jure conjugum tit.* 3. *cap.* 1. *num.* 4. *pag.* 319. & 320. D. Joh. a Someren *de jure novercarum cap.* 5. *num.* 2. Quin & in bonis uxoris, cum maritus tutelam stante matrimonio suscepit, nostris moribus competere pupillo pignus legale probabiliter defendi putat Rodemburch *de jure conjugum tit.* 2. *cap.* 3. *n.* 11. etiam tunc, cum marito Ultrajectino voluntaria alienatio rei uxoriæ sine consensu uxoris, dum prole communi caret, adempta est; quod etsi admitti possit, ubi vel statutaria omnium bonorum saltem quæstuum communio inter conjuges exclusa non est, falleret tamen si uxor omnino dotem sibi salvam pacta sit, & ita reduxerit dotium privilegia jure Romano novissimo recepta.

12. Quia vero in locum veteris privilegii inter chirographarios successit jus hypothecæ legalis, hinc concludendum videtur, etiam jure novo hypothecam legalem nasci pupillis & aliis similibus, in omnibus illis casibus, quibus jure veteri privilegium inter chirographarios invenitur tributum, licet id non ita nominatim in legibus posterioribus hypothecæ mentionem habentibus expressum sit, arg. *l.* & *mulieri* 15. §. *de curat. furioso & aliis extra min. dandis.* Quibus consentaneum est, pupillis quoque legalem tribui hypothecam in bonis protutorum, *l. dabimusque* 19. §. 1. *ff. de rebus auctor. jud. possid. & vend. l. ult. ff. de tut. & ration. distrah.* Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 24. *defin.* 14. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 229. *in fine*, nec non in bonis actoris qui tutori adjungitur ad negotia pupillaria expedienda, ut & in bonis procuratoris, *l. properandum* 13. §. *ult. C. de judiciis*, eo quod pupilli intuitu parum interest, utrum actor aut procurator an tutor ea gerat, quæ pupillus per ætatem gerere nequit, sive ab ipso tutore, sive a judice actor electus sit; cum inter hos sufficiens diversitatis ratio non sit, licet nonnullis placuerit, in bonis actoris a judice dati non esse pupillo tribuendum hypothecæ jus, ut notat Montanus de *tut. cap.* 31. *effectu* 2. *num.* 16. & *seqq.* Sane, si etiam hypotheca legalis exemplo antiqui privilegii pupillis competat in bonis eorum, qui, cum neque tutores essent neque pro tutore gererent, ex solo amicitiæ officio gesserunt negotia impuberum, ut auctor est Paulus in *l. si negotium* 23. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* quales tamen minus sunt similes tutoribus, quam quidem actores a judice constituti: non est, cur non in actorum quoque talium bonis hypotheca legalis pupillis defendatur.

13. Ex eodem fundamento non pupillis tantum & minoribus, sed & furiosis & mente captis, & prodigis, & debilibus, & surdis, & mutis, & generaliter omnibus, quibus ob ætatem aut animi corporisve vitium ex decreto curatores dantur, jus hypothecæ legalis asserendum est; quippe quibus omnibus olim personale in bonis curatorum privilegium a Jurisconsultis assertum fuit, *l.* & *mulieri* 15. §. 1. *ff. de curator. furioso & aliis extra minor. dandis*, *l. dabi-*

mutque 19. §. 1. *in fine*, *& ll. seqq. ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend. l. ult. ff. de tutel. & ration. distrab.* Prodigo sane uti aperte *d. l.* 15. privilegium dedit, ita non recte quis in contrarium objecerit, beneficiis legum atque privilegiis indignos esse, qui non casu sed culpa imo dolo suo proprio in eam deducti sunt conditionem, ut opis alienæ indigeant, quales procul dubio prodigi videntur. Etenim non tam culpa, quam impetus quidam furoris in iis est, ubi primum a frugalitate vel tantillum cœperunt deflectere, unde & tales *furiosum facere exitum, quantum ad bona attinet*, a D. Pio rescriptum fuit, *l. his, qui* 12. *in fine ff. de tut. & curat. dat. ab his, qui jus dand.* Scilicet, quod de ira Seneca *lib.* 1. *de ira cap* 7. id ad prodigalitatem merito transtuleris. *Quarundam*, inquit, *rerum initia in nostra potestate sunt, ulteriora nos sua vi rapiunt, nec regressum relinquunt. Ut in præceps datis corporibus nullum sui arbitrium est, nec resistere morarive dejecta potuerunt, sed consilium omne & pœnitentiam irrevocabilis præcipitatio abscidit, & non licet eo non pervenire, quo non ire licuisset, ita animus, si in* prodigalitatem *aliosque se projecerit affectus, non permittitur reprimere impetum. Rapiat illum oportet, & ad imum agat suum pondus & vitiorum natura proclivis.* Imo, uti ira, & prodigalitas, furor est; nec, si furiosis privilegium vindicaveris, id prodigis ex eo, quod initium prodigalitatis ab ipsis proficiscitur, jure neges: cum & multos sua culpa in furorem incidisse, ac perdurasse constet, iræ potissimum nimis indulgentes: nam ut idem Seneca *lib.* 2. *de ira cap. ult. ira celerior nulla ad insaniam via est. Multi continuarunt iræ furorem, nec, quam expulerant mentem, unquam receperunt. Ajacem in mortem egit furor, in furorem ira.*

14. Plane pupillis reliquisque jam enumeratis jus hypothecæ ex lege non recte asserueris in bonis magistratuum, qui subsidiaria pupillis actione tenentur, *l.* 1. §. *privilegium* 14. *ff. de magistrat. conveniendis*, nec in patrimonio executoris supremæ voluntatis, qua personæ tales institutæ vel legato honoratæ sunt; eo quod talis executor non propter pupillos, aut generaliter propter testamento honoratos, sed magis propter ipsum testatorem videtur constitutus, ut ejus voluntas effectum sortiatur. Nam &, si bonis debitoris obærati ac latitantis aut ab hostibus capti, aut dum deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, curator datus sit, nec olim privilegium, nec jure novo pignus legale, tributum fuit, quin nominatim denegatum creditoribus in bonis talis curatoris, *l. idem privilegium* 22. §. 1. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* utcunque inter creditores pupilli aliique similes numerentur; cum hic non ætatis sed tantum crediti consideratione curator constituatur, quo fit, ut pupilli jure cum majorennibus aliis communi uti debeant. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 199. *n.* 2. Sed nec in bonis eorum, quibuscum pupilli contraxerunt, legalis hypotheca jure civili pupillis data apparet; nec moribus nostris ulla ipsis ex ætate ante alios creditores prælatio competit in bonis debitoris; nisi camera pupillaris pecunias pupillares fœnori collocaverit *op Weeskamers-Recht*, quo casu prælationis jus pupillis competit, quamdiu minores sunt; nam si majores facti sortem haud repetierint, sed acceptis usuris aut aliter de novo fidem debitori habuerint, cessaret illud personale prælationis jus, aliaque similia, quæ pupillaris ætatis favore peculiariter recepta sunt. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 267. *pag.* 462. Similiter nec in bonis heredum tutoris hypotheca legalis pupillis quæritur; maxime, cum supr. *tit.* 1. jam fuerit adstructum, ne sub expressa quidem hypotheca generali bona heredum contineri, quoties id nominatim actum non est; in generali autem legali expressa conventione id actum intelligi naturali ratione non potest, arg. *l. Paulus respondet* 29. *ff. de pignor. & hypoth.* Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *n.* 36. 37. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 300. *in fin.*

15. Denique nec in rebus ex pupillari pecunia comparatis singulare legalis hypothecæ jus pupillis satis ex jure adstruitur pro pecuniæ talis repetitione, quamvis plerisque contra videatur, inter quos Negusantius de *pignor.* 2. *membr.* 5. *par. princip. n.* 19. Berlichius *par.* 1. *concl. pract.* 65. *n.* 145. Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 24. *th.* 7. *lit.* D. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *const.* 28. *defin.* 109 Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 39. Etenim, si tutor ipse emerit ex pecunia pupillari, electio quidem pupillo competit, utrum rem sua pecunia emtam utiliter sibi vindicare malit, an ejusdem quantitatis nummos repetere, *l. si tutor* 2. *ff. quando ex facto tut. min. agere, l. si pecuniam* 26. *ff. de reb. credit. is*, nec dubium, quin, si nummorum prætulerit repetitionem, legali hypotheca æque in re suis nummis emta, ac in quibusvis aliis tutoris bonis munitus dici debeat; cum ita tutor ex administratione tutelæ ad pecuniam talem reddendam devinctus sit. Sed si extraneus nummos pupillares in rerum certarum emtionem mutuos acceperit, non aliter in rebus emtis sibi pignus asserere potest, quam si id ipsi expressa conventione constitutum sit. Pignoris certe eo casu a lege dati altum in jure silentium est; neque de legali sed conventionali pignore agunt leges illæ, quæ pro contraria opinione adduci solent, puta, *l. idemque est* 7. *ff. qui pot. in pign. l. sed si pecunia* 3. *de reb. eor. qui sub. tut. vel cura sunt sine decreto non alienand.* Cohæret enim lex tertia legi secundæ, & parti posteriori legis primæ, ubi de conventionali pignore sermo est, ac, cum quæreretur, an non tutor posset prædium pupillo emtum pignori obligare venditori sine decreto in pretii adhuc exsolvendi securitatem, idque aperte negaretur mox in *l.* 3. subjungitur exceptio, in qua pignus conventionale etiam sine decreto tenet in prædio per pupillum emto, scilicet si pupillaris pecunia pupillo emtori subministrata fuerit ad prædium emendum cum pactione expressa, ut illud pro nummis pupillaribus pupillo alteri in emtionem creditis obligatum esset. Cujus exceptionis ea probabilis ratio est, quod privilegiatum suo non soleat uti privilegio; quo fit, ut decreti solemnitas ad pignoris in immobilibus constituendis firmitatem non ita desideretur, cum pupillus in prædium emendum credidit cum pacto pignoris, atque quidem cum extraneus sic credidit, vel ipse venditor majorennis sic voluit de pretio sibi debito fidem habere pupillo emtori. Unde & in *d. l.* 2. non proponitur quæstio, an prædium pecunia pupillari pro alio pupillo comparatum pignori sit, *sed an pignoris obligationem possit habere pupillus is, cujus pecunia fundus est emtus.* Nec absimilis responsio est ad *d. l.* 7. *ff. qui pot. in pignore*, quippe quæ itidem cohæret legi præcedenti quintæ ac sextæ, nec definit, an expressa, an vero tacita hypotheca competat; sed tantum exponit, quo ma-

do in pignore *interdum posterior potior sit priore*, juxta verba prima *d. l.* 5. cumque id varie probaretur exemplo ejus, qui in rei jam alteri obligatæ conservationem credidit, quia talis pecunia tunc salvam fecit totius pignoris causam, nec non exemplis aliis tandem etiam id demonstrat Ulpianus in *l.* 7. exemplo pupilli, ex cujus pecunia res comparata erat, quem in ea re emta vult potiorem esse aliis anterioribus emtoris creditoribus, quia pecunia talis credita & pretii loco numerata effecit, ut dominium emtori quæreretur; & itacr editori anteriori generalem hypothecam habenti nasceretur in ea re pignoris jus. Nec pupilli mentio ibi facta est, quasi jus quoddam singulare esset in pupillo, nummos in emtionem rei alicujus credente, cum in verbis sequentibus ejusdem *l.* 7. id, quod de pupillo dictum fuerat, generaliter asseratur de omni alio in emtionem rei credente, dum dicitur, *quod si res non in totum ex nummis cujusdam comparata est, erit concursus utriusque creditoris, id est, & antiquioris, & ejus cujus nummis comparata est.* Constat autem, iis, qui pecuniam crediderunt in rei emtionem, jus pignoris non nasci, sed solam personalem dari actionem, nisi specialiter aut generaliter res emta ipsis per emtorem obligetur, *l. quamvis ea pecunia* 27. *Cod. de pignorib. & hypothec.* Carpzovius *defin. forens. part.* 1, *const.* 28. *defin.* 107. 108.

16. Illud non satis expeditum est, an & pupillo legalis hypotheca competat in bonis tutoris pro iis, quæ tutor vel ante delatam sibi tutelam cœperat pupillo, ut ei, cui is heres extiterat, debere, vel durante tutelæ administratione, dum forte pupillus auctore tutore adivit hereditatem ejus, cui tutor ipse obligatus erat? Certi utique juris est, tutorem non ab aliis tantum pupilli debitoribus, sed & a se exigere oportere, si quid ipse pupillo debeat, & generaliter quod adversus alium præstare debuit pupillo suo, id eum quoque adversus se debere præstare, *l. quotiens* 9. §. & *generaliter* 3. & 4. *ff. de administr. & peric. tut.* *l. tutor datus* 69. *ff. de fidejussor.* arg. *l. si pupilli* 6. *ff. ult. l. proculus* 18. *ff. de negot. gestis l. si negotia* 31. *ff. mandati*, Montanus *de tutelis cap.* 32. *regula* 9. *num.* 26. & *seqq.* & quicquid, cum a se exigere deberet, non exegerit, in tutelæ judicium venire, quemadmodum venit in negotiorum gestorum actionem, quicquid aliena negotia gerens non exegit a se, cum ei deberet, ad cujus negotia gerenda accessit. *d. l.* 6. §. *ult. d. l.* 18. *ff. de negotiis gestis.* Quibus positis, id unum inspiciendum videtur, utrum debitum tale sit, quod durante tutelæ administratione exactionem habebat, an vero tale, cujus exactio ex die vel conditione suspensa erat. Nam si toto tutelæ administratæ tempore necdum dies aut conditio debiti extiterit; uti ab aliis illud exigere non potuit, si alii deberent, ita nec a se exigere debuit, quippe plus tempore a semetipso exacturus. Cumque hoc casu nulla neglectæ exactionis culpa aut mora solutionis appareat, neque tutor in ullo peccaverit, consequens est, hujusmodi debitum, in tutelæ judicium non transferri, adeoque non fieri pupilli intuitu privilegiatum aut hypothecarium, *l. quotiens tutor* 9. §. *si paterf.* 1. *ff. de admin. & peric. tut.* Si vero purum fuerit debitum, vel saltem durante administratione extiterit dies aut conditio ejus, quod pupillo tutor debet, sic ut etiam mora atque negligentia tutori in exigendo manifesta sit, tunc, uti per culpam tutoris non exacta a debitoribus extraneis veniunt in tutelæ judicium, quia munere suo ex bona fide functus non est, ita quoque venire debet hoc, quod sua mora atque negligentia a se non exegit, *l. adversus* 3. *C. de heredib. tut. & curator.* *l. ita autem* 5. §. *debitor* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* *l. si tutor* 5. *ff. de tutela & ration. distrah.* *l. tutor datus* 69. *ff. de fidejussoribus*, cui consequens est, ut deinceps debitum tale incipiat hypotheca legali, actionem tutelæ comitante, munitum esse, arg. *l. quotiens tutor* 9. §. *si paterfamilias* 1. *ff. de administr. & peric. tut.* Responsa Jurisconſ. Holl. *part.* 4. *consil.* 364. 365. 382. Neque interesse puto in hac quæstione, utrum tutor sortem pupillo debeat, an usuras aut reditus annuos: nam cum & usuras, quarum dies durante tutela cessit, ac venit, a se exigere debuerit, magis est, ut & hæ veniant in judicium tutelæ, ac ita prælationem habeant, Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *def.* 172. 173. Quin & pro expensis litis, in quas tutor pupillo rationum redditionem petenti damnatus est, prælationem ac jus hypothecæ pupillo asserit Anton. Faber *Cod. libr.* 8. & *tit.* 7. *defin.* 1. 4. 5. Plane, si tutor vel patri pupilli vel ipsi pupillo secundum superius proposita pure quidem sortem debeat, sed ei per reliquos contutores pecuniæ pupillaris usus sub usuris in futurum relictus sit, aut alia ratione debiti novatio quædam per reliquos contutores fuerit facta, tutoris quidem debitoris intuitu debitum tale in judicium tutelæ venire non potest, cum in mora aut negligentia exigendi a se ipso hærere non intelligatur, qui novationis interventu prioris fecit obligationis dissolutionem; sed magis tutelæ judicio tenerentur eo casu tutores reliqui, ex eo, quod pupillarem pecuniam male crediderunt per novationem tutori isti, qui solvendo non est, uti tenerentur, si pecuniam a tutore debitore re ipsa acceptam extraneo minus idoneo collocassent, *d. part.* 4. *consil. Holl.* 365. *in med.*

17. Nascitur autem hoc jus hypothecæ legalis pupillis & similibus in bonis tutorum ac curatorum protinus ab eo momento, quo tutela vel cura delata fuit, non ab eo tempore, quo tutor negligenter aut fraudulenter gerere cœpit; sic ut omnibus illis, quibus post delatam tutelam hypotheca specialis constituta est, potiores sint, *l. cum oportet* 6. §. *ult. C. de bonis quæ liberis*, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit* 7. *defin.* 1. Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *n.* 20. & *seqq.* Negusantius *de pignor.* 4. *membr.* 2. *part. num.* 17. Bachovius *de pignorib. libr.* 1. *cap.* 9. *num.* 5. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 227. & *consil.* 300. *part.* 3. *vol.* 1. *consil.* 182. *post med.* & *vol.* 2. *consil.* 302. 203. & *part.* 4. *consil.* 199. 200. 201. Si plures tutelas idem tutor gesserit, ac dein bona ejus non omnium pupillorum indemnitati sufficiant, ex temporis prærogativa potiores illi erunt, quorum antiquior tutela, seu prius tutori delata fuit, arg. *l. ult.* §. 1. *in fine C. qui pot. in pignore.* Quod si non veri tutores sint, sed protutores, ex eo demum tempore initium hypothecæ legitimæ repetendum videtur, ex quo sese pro tutore aut alio simili titulo cœperunt rerum pupillarium administrationi immiscere, cum illud vere officii qualis qualis non tam delati quam sponte suscepti principium sit. Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 7. *defin.* 2. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 24. *def.* 14.

18. Natum vero semel pignoris legalis jus in bonis tutorum neque per finitam tutelam expirat, neque per rationum redditionem, sed demum per reliquorum restitutionem, utcunque minor jam major factus redditis sibi rationibus usuras reliquorum accepisset aut exegisset, si non aliunde novandi animus appareat, *l. qui nominibus* 44. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* junct. *l. si pupillus* 9. *ff. de novation.* de quibus plenius *tit. de novationibus*. Vide interim Ant. Matthæum *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 26. 27. Denique nec interveniente morte pupilli hanc hypothecam a lege datam evanescere, sed ad heredes transmitti verius est; atque ita sentit Ant. Faber *C. libr.* 8. *tit.* 7. *def.* 2. *in not. num.* 5. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 27. 29. & *de tutelis disput.* 4. *n.* 17. 18. Brunnemannus ad *l.* 42. *ff. de administr. tut.* Negusantius *de pignor. membr.* 4. *secund. part. princ. num.* 32. (Dissent. Berlichius *conc. ut. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *num.* 33. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 15. *defin.* 12. *in fine.*) Licet enim olim tempore Pandectarum personale privilegium ad pupillorum successores non transiverit, *l. dabimusque* 19. §. 1. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. ex pluribus* 52. *ff. de admin. & peric. tut. l. pen.* §. *pen. ff. de ritu nupt.* eaque de causa nec locum habuerit, si ventri curator quidem datus esset, sed partus non editus, *l si ventri* 24. *ff. de reb. auct. jud. possid.* non tamen ideo jus reale pignoris, quod postea a lege datum, morte pupilli perire debuit; tum, quia nuspiam in jure nostro inter modos, quibus jus pignoris sive conventionalis sive legalis extinguitur, mors creditoris numerata est; tum quia pignus hoc legale pupillis ideo videtur datum, quia per ætatem non poterant hypotheca conventionali in bonis tutorum sibi satis prospicere, uti sibi prospexissent majorennes, cum debitorem facultatibus labi suspicio est; ac proinde, uti jus pignoris conventionalis salvum est heredi pupilli, si illud pupillo quacunque ratione constitutum fuerit, ita & salvum esse debuit illud, quod velut in subsidium conventionalis ex æquo inductum est. Nec est, quod quis objiciat, hypothecam legalem in locum veteris privilegii personalis surrogatam fuisse, adeoque ejusdem oportere esse effectus & durationis, cujus & illud olim fuit. Sciendum enim, non tam surrogationem simplicem proprie dictam hic contigisse, quam potius augmentum securitatis fuisse factum; illud autem augmentum in jure reali pignoris consistens non esse censendum ex effectu aut duratione anterioris privilegii personalis, intelliget facile quisquis attentius consideraverit hypothecam a lege dotibus datam. Nam & mulierem olim pro dote personale tantum habuisse inter chirographarios privilegium, & illud æque ac privilegium pupillorum morte mulieris evanuisse, nec transivisse ad heredes certum est, *l. unic. C. de privilegio dotis, l. quæsitum est* 17. §. 1. *l.* 18. *l.* 19. *ff. de reb. auct. jud. possid.* Ex quo autem mulier legalem hypothecam, atque insuper privilegium prælationis ante hypothecarios plerosque tempore priores nacta est, jus quoque hypothecæ legalis una cum actione ex stipulatu pro dote recuperanda ad quoscunque transmisit heredes tanquam jus reale, secundum ordinariam hypothecæ naturam; sed privilegium ante alios exigendi, tanquam personale ac mulieris solius providentia inductum, a sola muliere aut liberis ejus de dote materna contendentibus, non item ab heredibus extraneis exerceri potuisse patet ex §. *fuerat antea* 29. *Instit. de action. l. ult.* §. 1. *vers. exceptis C. qui pot. in pignore*, in qua *lege ultima*, dum Imperator ait, *exceptis contra novercas anterioris matrimonii iis, quibus pro dote matris tuæ jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel ejus creditores in præsenti autem similem prærogativam servamus*, supponit, se anteriori lege, puta *l. unic. D. de rei uxor. act.* liberis, qua heredibus suæ matris, tacitam dedisse hypothecam; quippe quam ita competere & dotibus ipsis inesse voluit, ac si instrumento dotali a prudentissimis viris confecto id cautum esset, *d. l. un.* §. 1. quamque hypotheca jam munitam ad successores incorruptam transmitti sancivit *d. l. un.* §. 4. & 6. Unde & in *novell.* 91. *in præfat.* heredibus aut creditoribus mulieris non negat hypothecæ jus in bonis mariti, sed tantum privilegium prælationis, ut soli mulieri liberisque ejus datum. Quemadmodum ergo legalis hypotheca transit ad heredes mulieris, quia est reale jus, licet neque olim transiret personale privilegium, neque jure novo jus illud personale prælationis ante alios creditores hypothecarios temporis anterioris jure munitos; ita nulla ratio est, cur aliud statueretur in hypotheca legali, quæ actioni tutelæ cohæret; præsertim, cum Justinianus mulieribus hanc hypothecam ad exemplum ejus, quæ jam ante pupillis data erat, a se concessam profiteatur in *d. l. un.* §. 1. *C. de rei uxor. act.*

19. Præcipua interim adversus hanc sententiam in eo difficultas est, quod quidam, inter quos Vanderanus *de privilegiis creditorum prolegom. cap.* 6. Bachovius *de pignoribus libr.* 2. *cap.* 9. *num.* 6. & *seqq.* & *ad Treutlerum vol.* 2. *disput.* 1. *thes.* 4. *lit. G.* serio contendunt, legalem pupillis hypothecam tempore Pandectarum competiisse; quod si ita sit, fateri necesse fuerit, olim morte pupilli evanuisse illud hypothecæ jus, juxta *d. l.* 42. *ff. de admin. & peric. tut.* & *d. l.* 19. §. 1. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* nec ullam hac in parte reperiri in Codice aut Novellis juris hujus veteris correctionem. Sed non ita est: etenim primo quidem in nulla Pandectarum lege mentio occurrit legalis seu tacitæ hypothecæ pupillis datæ in bonis tutorum; sed tantum *privilegium* proponitur datum, quo vocabulo plerumque in Pandectis solum denotatur personale privilegium inter chirographarios prælationem tribuens; ut in *l.* 17. *pr.* & §. 1. *l.* 18. 19. & *seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* & alis locis. Secundo, tale olim pupillis privilegium competiit in bonis tutorum, quale mulieribus pro dote in rebus mariti; unde & ista duo junguntur simul ac tractantur in *d. l.* 17. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* & *vend. l. ex facto* 52. §. 1. *ff. de peculio*, dotis autem privilegium tantum ad prælationem, quæ inter chirographarios creditores actione personali experientes vertitur, pertinuisse, patet ex *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot.* & *l. ult. C. qui pot. in pign.* Sed & tertio huc facit, quod ab Hermogeniano in *l. ult. ff. de tutela & rat. distrah.* traditum est, privilegium in bonis tutoris, curatoris, protutoris, fuisse datum pupillis & furiosis, *si eo nomine cautum non sit*; id est, si nullum jus pignoris pupillo per tutorem expresse sit constitutum: nam si pignoris expressi constitutio intercessisset, major pupillo fuisset in pignore parta securitas, quam in pri-

vilegio personali a lege dato, atque adeo hoc ipsi tunc esset inutile. Quarto denique huc confert, quod prima hujus taciti pignoris pupillis dati mentio est in Constitutione Constantini in *l. pro officio* 20. *C. de administrat. tut.* sive ille primus hoc jus induxerit, sive illud ab anteriore aliquo Imperatore (cujus constitutio ad nos non pervenit) sancitum fuerit post tempora Jurisconsultorum, ex quorum responsis Pandectæ constat, & deinde a Constantino in *d. l.* 20. pro fundamento ac jure certo assumtum in rescripto ad Euphemianam directo, quod & probabilius: cum minus verosimile sit, Imperatorem rescripto ad fœminam privatam dato voluisse jus plane novum novumque privilegium toti pupillorum ordini indulgere. Neque contrarium evincitur ex legibus per dissentientes adduci solitis. Non enim primo id arguunt illæ, quæ privilegium & prælationem pupillis dant, veluti *d. l.* 52. §. 1. *ff. de peculio*, *l.* 19. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auctor. jud. possid.* aliæque similes; cum jam ante demonstratum sit, privilegium illud non hypothecam continere, sed tantum inter chirographarios prælationem. Non etiam ex eo probatur, quod pupillis denegetur *privilegium in bonis* magistratuum, ex adverso tribuatur in *bonis* tutorum, *l.* 1. §. *privilegium* 14. *ff. de magistrat. conveniendis*, *l. ult. ff. de tutela & rat. distrab.* Non enim *privilegium in bonis* hypothecam denotat, sed tantum prælationem in pretio ex venditis tutorum bonis redacto, juxta *l. qui nominibus* 44. §. 1. *de admin. & peric. tut.* quod & apparet satis ex eo, quod uxori quoque pro dote *privilegium in bonis viri* Ulpianus adscribit, *l. si cum dotem* 22. §. *ult. ff. soluto matrimon.* quam tamen Ulpiani tempore solo inter chirographarios privilegio personali donatam fuisse, *n. præcedenti* demonstratum est. Longe minus nostram premit sententiam, aut legalem hypothecam probat, *l. ult. ff. qui pot. in pign.* & *l. ult. ff. h. t.* cum utraque nullam tacite hypothecæ mentionem habeat, sed ex adverso de expressa post finitam demum tutelam constituta tractet; & in quæstione, an in *veterem contractum* res obligata esset, per *contractum veterem* in *d. l. ult. ff. h. t.* non designetur præcedens hypotheca tacita, quæ perperam *contractus* diceretur, sed potius obligatio ex tutelæ gestione nata, ipso Bachovio ad Treutlerum *in d. loco* id agnoscente. Simile ad *l. unic. C. rem alienam gerentibus* responsum dari potest, eam nempe pupillis nullam tribuere hypothecam tacitam, adeoque de expressa per conventionem iis quæsita accipiendam esse, convenienter dictæ *legi ult. ff. qui potior. in pignore*, maxime, cum utrobique de tutore ex tutela jam condemnato, & post condemnationem res suas fisco obligante, sermo sit. Non obstat denique, quod tempore Pandectarum tutor non potuerit cum fisco contrahere, vel vectigalia conducere, nisi postquam pupillo rationes fuissent redditæ; aut post obitum pupilli heredibus ejus reddendæ essent, *l.* 1. §. *ex illa quoque* 9. 10. 11. 12. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, *l. unic. C. ne tutor vel curator vectig. conducat* *l.* 49. §. 1. *ff. locati*, nec alia hujus definitionis ratio fuerit, quam ne fiscus damnum sentiret, tanquam postponendus pupillis anteriorem hypothecam legalem habentibus; cui sane fisco, legalem hypothecam habenti, nihil a pupillis, quorum tutela suscepta antiquior erat contractu fiscali, metuendum fuisset, si hi tantum personali inter chirographarios privilegio, non item pignoris taciti jure, fuissent muniti. Non, inquam, hæc utcunque speciem ac colorem insignem habentia, revera obstant. Perperam enim definitionis istius rationem ex affictâ pupillis hypotheca tacita peti, monstratu haud difficile est. Nam si ratio, cur tutor vectigalia non conducat, consisteret in jure tacitæ hypothecæ pupillis quæsitæ, quasi tutoris, ante redditas rationes vectigalia conducentis, bona prius ex lege pupillis obligata essent, & eo dissimulato deinceps fisco cœpissent obligari, tunc non publicum falsi crimen (ut est in *ll.* objectis) sed extraordinarium stellionatus tutori vectigalia conducenti debuisset impingi juxta *l.* 2. & *ult. C. de crimine stellionatus*, cum certum sit, jure Romano cum publica falsi accusatione concurrere non potuisse extraordinariam stellionatus executionem, sed hanc ita in criminalibus, quemadmodum doli actio in civilibus, subsidiariam esse, *l. stellionatus* 3. §. 1. *ff. stellionatus*. Sed & secundo, si prohibitionis ratio esset posita in legali pupillorum hypotheca, tunc falsi vel potius stellionatus crimen non tantum committeretur, quando tutor vectigalia conducit, sed etiam ex opposito quando vectigalium conductor se tutorem creari patitur; cum utroque in casu eveniret, ut res posteriori obligaretur, quæ jam ante priori obligata est: quod tamen in *d. l. un. C. ne tut. vel curat. vect. conducat*, *d. l.* 1. §. 10. *ff. ad leg. Cornel. de falsis*, aperte negatur; adeo ut ne excusare quidem sese a tutela publicanus possit, nisi per se vectigalia exigat, *d. l.* 1. §. 10. junct. *l. in bonoribus* 8. §. 1. *ff. de vacat. & excus. muner.* Denique tertio nulla ratio foret, cur, si pupillus æque legalem habuisset hypothecam, ac fiscus, cur, inquam, leges minus prospexissent pupillo quam fisco, permittentes, ut vectigalium conductor deinde tutor creetur, quia fiscus tunc securus est redditus per anteriorem hypothecam legalem, non permittentes ex adverso, ut tutor vectigalia conducat, ubi pupillus per hypothecam legalem, (ut supponitur) anteriorem in tuto jam collocatus est. Cum ergo ex hisce appareat, rationem prohibitionis, ne tutor vectigalia conducat, peti non posse a jure tacitæ hypothecæ, quæ pupillis olim fuisset a lege concessa: sequitur, ex *d. legibus* prohibitionem illam continentibus probari etiam haud posse, quod pupilli tempore Pandectarum tacitam habuissent a lege hypothecam in bonis tutorum. Quod si veram istius prohibitionis rationem inquiras, hanc magis adduci posse opinor, ne, si durante vectigalium conductione rationes tutelæ ante gestæ exigantur & reliquationi satisfiat, ita *dissiparentur & extenuarentur bona eorum, qui vectigalia conduxerunt*; quod ipsum fisco, licet hypothecam habenti, damnosum esset, dum bona semel ad alios translata, præsertim in nummis aliisque mobilibus consistentia, difficilis sæpe persecutionis sunt, tametsi pignoris jure persequenti devincta. Sic enim in *l. semper* 5. §. *conductores* 10. *ff. de jure immunitatis*, de his ipsis vectigalium conductoribus dicitur, *eos necessitate subeundorum munerum municipalium non obstringi*, imo, *si ultro se offerant municipalibus muneribus*, proprius esse, *ut probibendi sint a præside, vel procuratore Cæsaris, nisi jam paria fecisse fisco dicantur*; additurque hæc sola hujus definitionis ratio, *ne extenuentur facultates eorum, quæ subsignatæ sunt fisco.* Constat utique, ex susceptis postea muneribus per eos, qui vectigalia jam a fisco conducta habebant, nihil potuisse fisco decedere quantum ad jus legalis

hypothecæ, quippe in omnem eventum tempore prioris; ac proinde nec fisco, vectigalium locatorum pensiones exigenti, metuendam fuisse prælationem municipiorum, quorum munera post vectigalium conductionem conductores suscepissent. Sola ratio erat dispersio, expensio, extenuatio facultatum ad publicanos pertinentium; qua licet res cum suo onere transirent, tamen fisco difficilior reddebatur persecutio, aut ignoratis rerum distractarum possessoribus, aut actionibus saltem ad res illas dispersas revocandas multiplicandis. Hæc plenius tractasse consultum duxi, ut luculento & elaborato satisfieret Viri cujusdam consultissimi responso, quo adstruendum susceperat, heredibus pupillorum a judice denegari oportere hypothecam legalem in bonis tutorum, cujusque comprobationem rogati non ita pridem Juridicæ Facultatis in hac Universitate Antecessores censuerunt declinandam.

20. Porro, uti magnus pupillorum favor fuit, ita quoque publica dotium utilitas Justiniano tanti fuit habita, ut, cum antea tantum inter chirographarios prælatio mulieri tributa esset de dote recuperanda agenti, ipse sua constitutione jus hypothecæ induxerit in bona mariti, tum pro dote ipsa, tum etiam pro dotis augmento ex die augmenti, *l. assiduis* 12. *D. qui pot. in pign. novell.* 97. *cap. aliud quoque* 2. & 5. §. *fuerat antea* 29. *Instit. de action. l. unic.* §. 1. *C. de rei uxor. act.* nisi mulier hæretica esset, *novell.* 109. sive ipsa mulier sive heredes ejus, aut extranei, qui pro muliere dotem dederant, de dote repetenda contendant, *d. l. unic.* §. 1. si modo non in fraudem creditorum augmentum factum sit; de quo videnda *d. nov.* 97. *c.* 2. ibique Cujacius, Rittershusius *ad novellas par.* 5. *cap.* 2. Et quamvis neque cum sponsa, neque cum puella annis duodecim minore, neque cum servilis conditionis homine matrimonium sit; ac sine matrimonio dos nulla propria intelligatur, *l. stipulationem* 21. *ff. de jure dot.* tamen, si vel sponsa, vel puella minor annis duodecim, vel servo per errorem tanquam libero copulata, dotem dederit, nuptiis deinde non secutis aut irritis pronunciatis, placuit, perinde dotium repetendarum privilegia salva esse, ac si vere matrimonium secutum aut secundum leges contractum fuisset, *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. eum dotem* 22. §. *si sponsa* 1. *l.* 18. 19. *ff. de reb. auctor. judic. possid.* Sed & pro paraphernis hypotheca mulieri in bonis mariti a lege data est, *l. ult. D. de pactis conventis.* Quemadmodum vice versa marito quoque competit pro consequenda dote promissa in bonis promissoris, sive ipsa mulier pro se dotem promiserit, sive alius pro ea, *l. unic.* §. 1. *C. de rei uxor. act.* uti & pro recuperanda propter nuptias donatione, *l. ult.* §. 2. *C. qui pot. in pign.* maxime, ex quo obtinuit; eam pari cum dote passu in plerisque ambulare, ac eodem censeri jure, juxta *auth. æqualitas*, & *auth. sed quæ C. de pactis conventis.* Cum autem nostris moribus alia longe rerum facies in matrimoniis circa commoda & onera & rerum inter conjuges communionem appareat, ac propterea etiam cessent illa jura dotium & privilegia prælationis, sciendum est, tum demum mulierem, de dote repetenda contendentem, recuperare quæ contulit, cum omnes mariti creditores dimissi sunt, si non pactis dotalibus mulieri de dotis securitate prospectum, & ipsa nominatim dotem sibi salvam pacta sit; quo tamen casu solis præferenda nunc esset creditoribus mariti hypothecariis, quibus stante demum matrimonio hypotheca constituta est; non vero illis, qui hypothecam specialem expressam vel legalem habent matrimonio contracto vetustiorem, ut docet post alios Sim. van Leeuwen *Cens. for. par.* 1. *libr.* 1. *cap.* 12. *n.* 3. & in materia nuptiarum ac dotium plenius tractandum erit.

21. Efficit & favor implementi ultimarum voluntatum, ut legatariis ac fidei commissariis hypotheca per leges concessa fuerit in bonis defuncti pro legati ac fideicommissi per eum relicti securitate: non item in bonis heredis aut aliter gravati, *l.* 1. *C. commun. de legatis.* Neostadius *curiæ Holl. decis.* 2. Cujus hypothecæ non ea vis est, quod tum legatarii tum fideicommissarii exercere possent prælationis jus in bonis defuncti adversus defuncti ipsius creditores; cum in aperto sit, & veteri & novo jure nec legata nec fideicommissa præstanda esse, nisi postquam omnes dimissi fuerint defuncti creditores, §. *ult. Instit. de lege Falcidia, l. ult.* §. *sin vero* 5. *C. de jure deliberandi* sed potius, quod creditoribus heredis anteponendi sint in defuncti rebus, si forte heres ita obæratus sit, ut bona defuncti mixta bonis heredis, non suffectura sint æri alieno defuncti & heredis ac legatorum obligationi. Unde, sicut legatarii omnibus postponendi sint defuncti creditoribus, ita ex adverso omnibus heredibus aut restituere rogati creditoribus, licet hypotheca generali expressa vel legali munitis, potiores sunt, quippe quibus nihil ex patrimonio defuncti cedere debet, quamdiu inde legatariis ac fideicommissariis satisfactum non est. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 67. *n.* 71. & *seqq.* Sed quia heredis ipsius bona hoc pignoris legalis vinculo legatariis devincta non sunt, juxta finalia verba *d. l.* 1. non dubium videtur, quin &, quantum ad bona illa attinet, omnibus heredis creditoribus tum hypothecariis tum chirographariis privilegiatis postponi debeant, concursuri tantum cum simplicibus chirographariis, tanquam qui & ipsi tantum simplices personales creditores sunt, heredem quippe ex quasi contractu, aditione hereditatis, sibi habentes obligatum. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 266. *qu.* 2. Notandum interim jus plane singulare hypothecæ hujus a lege datæ: nam cum vulgo pignoris causa individua sit, sic ut in casu, quo plures debitores vel plures unius debitoris heredes sunt, adversus eos singulos in solidum hypothecaria agi possit, si pignus possideant, ut *tit.* 4. tractabitur; hic ex adverso placuit Justiniano, non ultra unumquemque hypothecaria conveniendum esse, quam in quantum personalis actio adversus eum moveri potest, *d. l.* 1. *in fine C. commun. de legatis.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 23. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 25. *defin.* 1. & 7.

22. Quod si diversis temporibus testator alia atque alia legata diversis reliquerit; nullam ex tempore prælationem sibi vindicare possunt legatarii prius honorati, sed par omnium cujuscumque temporis legatariorum causa est quantum ad hypothecam attinet. Cum enim nulli legatario sive priori sive posteriori ullum nascatur legati persequendi jus, nisi ex quo testator moritur, ac morte suum supremum judicium firmat, ac proinde legatariis omnibus uno eodemque momento nascatur obligatio ad legatum, etiam adjunctum isti obligationi jus hypothecæ eodem nasci momento necesse fuit; quo fit, ut velut tem-

pore pares pariter quoque ad bona defuncti sibi per legem devincta concurrere debeant. Ant. Faber *Cod. lib.* 6. *tit.* 11. *defin.* 15. Sed &, si aliis pure, aliis sub conditione, legatum ponas, deterioris conditionis in hypotheca non sunt censendi, quibus sub conditione relictum est, licet demum diu post mortem testatoris conditio extiterit. Non enim ab existentia conditionis, sed retro a mortis tempore jus pignoris legalis legatario conditionali quæsitum intelligi debet, perinde ac si pure legatum esset; eodem modo, quo & ei, cui pro debito conditionali pignus conventionale constitutum est, jus illud natum creditum non ex tempore existentis conditionis, sed ex quo pignoris conventio interposita est; adeo ut, conditione quandocumque existente, creditor talis potior sit illis, quibus post constitutum pro conditionali debito pignus res eadem pro debito alio puro ante conditionis eventum obligata fuerat *l. qui balneum* 9. §. *sed & si* 2. *l. potior est* 11. §. *videamus* 1. *ff. qui pot. in pign.* arg. *l. si fideicommissorum* 11. *ff. ut in possess. legat. &c. esse liceat*. Eoque facit, quod & ex missione in possessionem legatorum nomine missis omnibus æquale jus pignoris prætorii quæsitum fuit, etsi non eodem tempore legatorum omnium dies vel conditio extitisset, nec eodem omnes tempore missi essent, *l. is cui* 5. §. *qui prior missus* 3. *ff. ut in possess. legat. &c. esse lic.* at pignus hoc legale legatariis etiam sine scrupulosis in rem missionum ambagibus possent securi esse, *d. l.* 1. *in pr. C. commun. de legatis*. Plura de hac hypotheca legali, & actione hypothecaria legatariis competente, tractata sunt in *tit. de legatis num.* 40 & *seqq.*

23. Concessum insuper per leges hypothecæ jus in bonis vidui viduæve ad secunda vota transeuntis, pro restitutione eorum, quæ ei sub conditione viduitatis relicta erant, *novell.* 22. *cap. unde sancimus* 44. §. 2. Uti & liberis prioris matrimonii in bonis parentis ad secunda vota transeuntis, pro restitutione rerum a priore conjuge vel aliis prioris thori liberis ad parentem superstitem devolutarum, quoties illæ in pœnam secundarum nuptiarum ad thori prioris liberos reverti debet, *l. hac edictali* 6. §. *omnibus* 2. *l. si quis prioris* 8. §. *in illo* 4. *C. de secund. nuptis*. Abr. a Wesel *ad novell. constit. Ultraject. art.* 11. *n.* 65. & *seqq.* Sed & generaliter liberis pro bonis a parente defuncto, vel ab eo, qui ex linea parentis defuncti sanguine junctus est, ad ipsos devolutis, & a parente superstite administratis ac possessis, *l. si quis prioris* 8. §. *ult. C. de secundis nupt.* arg. *l. cum oportet* 6. §. 1. & 2. *C. de bonis quæ liberis*, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 7. *defin.* 13. & *libr.* 6. *tit.* 35. *defin.* 9. *in notis num.* 8. Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *n.* 13. 14. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 50. *in fine*. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 5. *consil.* 133. *fere in fine*, quod usque adeo apud nos probatum est, ut & novercæ vel vitrici bona liberis prioris thori jure communionis statutariæ obligata habeantur, si non pactis dotalibus aliud inductum sit. D. Someren *de jure novercarum cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 5. 6. Non tamen pro ceteris adventitiis hoc jus hypothecæ liberis in bonis parentis a jure datum, quin aperte satis negatum est, *d. l.* §. 1. 2. *C. de bon. quæ lib.* licet pro hisce quoque hypothecam iis assignet Ant. Faber *d. locis*. Quod & a nostris moribus alienum non videtur. Cum enim apud nos usufructus adventitiorum ad patrem aut matrem non pertineat, ac proinde bona talia jure patriæ potestatis aut jure parentis non possideantur aut administrentur, sed magis per eos, velut tutores aut tutrices; vel saltem ut tales, qui pro tutore negotia gerunt, regantur ac detineantur, consequens est, ut & bona eorum, tanquam tutorum aut pro tutore gerentium, ex legis dispositione liberis pro adventitiorum restitutione devincta sint. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 40. *quæst.* 1. & *consil.* 299.

24. Nec perit liberis hoc hypothecæ legalis jus in bonis parentis superstitis pro bonis parentis prædefuncti, si interventu transactionis (*by Uytkoop*) per parentem superstitem certa quantitas pecuniaria vice patrimonii paterni maternive ipsis aut eorum adhuc minorennium tutoribus promissa sit; cum non tam novatio eo modo facta, quam potius familiæ erciscundæ judicium per adjudicationem quandam terminatim intelligatur: ut proinde, nulla apparente novandi voluntate, etiam sublatum videri nequeat pignus legale. In quam sententiam etiam frequenter responsum fuit D. Someren *de jure novercar. cap.* 6. *sect.* 1. *num.* 1. & 10. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 49. *quæst.* 1. & *consil.* 140. 189. 299. & *part.* 4. *consil.* 296. (contra tamen in *d. part.* 5. *consil.* 295. & 320. & *part.* 5. *consil.* 133. *in fine*). Quamvis nec infrequens fuerit, abundantioris cautelæ gratia speciale pignus certis in rebus immobilibus constitui in quantitatis repromissæ securitatem, quo casu etiam secundum placita anteriora Ordinum Hollandiæ tales pignorum constitutiones a quadragesimæ solutione liberæ pronunciatæ fuerunt, *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 1955. *art.* 5. licet in posteriore decreto eorundem Hollandiæ Ordinum *anni* 1665. 5. *Febr.* altum de illo pignoris genere tributi quadragesimæ eximendo silentium sit; forte, quia visum fuit, abunde liberis hypotheca legali prospectum esse, quæ ab isto onere quadragesimæ ibidem immunis declaratur, *vol.* 3. *pag.* 1005. 1006. Et hæc adeo vera sunt, ut, si parens superstes in assignatione bonorum conjugis prædefuncti omne æris alieni onus in se receperit, liberique velut prædefuncti parentis heredes in æris alieni semissem conventi fuerint per creditores, quibus illa inter parentem superstitem liberosque interposita transactio nocere non potuit aut adimere adversus liberos agendi jus, etiam in id quod creditoribus solverunt, legalem hypothecam salvam habeant; eo quod hæc ipsa conditio, qua onus universum æris alieni in parentem rejicitur, pars pretii, patrimonii vice assignati, esse videtur; dum major alioquin quantitas liberis promittenda fuisset, si & individuam sustinuisset debitorum molem. D. Someren *de jure noverc. d. cap.* 5. *sect.* 1. *num. ult.*

25. Civitati quoque, & ad exemplum ejus ecclesiæ aliisque piis locis, in bonis administratorum legale pignus ab interpretibus vulgo vindicatum est. Nam etsi civitates privatorum loco habeantur, *l. eum, qui vectigal* 16. *in fine ff. de verbor. significat.* arg. *l. ob pecuniam* 81. *ff. de furtis*, *l. nihil interest* 15. *ff. ad Senatusc. Maced.* tamen quia placuit, eas in plerisque minorum jure uti, *l. res publica* 4. *C. quib. ex causis majores*, *l. rempublicam* 3. *C. de jure reipublicæ*, & non modo heredes eorum, sed & rerum ad eos pertinentium possessores ex administratione conveniri posse, *l. ult. C. quo quisque ordine conveniatur*, non incon-

veniens fuit, eas etiam admitti ad jus legalis hypothecæ, quod minoribus in bonis curatorum competere supra dictum est. Ac frustra sunt, qui *d. l. ult.* restringendam putant ad res auctione Pauliana vel rescissoria revocandas. Cum utique altum de alienatis in fraudem creditorum in ea lege silentium sit, & generaliter possessores rerum dicantur conveniendi; actio vero Pauliana non detur contra quosvis rerum possessores; &, si maxime contra omnes rei, in fraudem creditorum alienatæ, possessores competeret (uti competit rescissoria), non tamen ideo promiscue contra possessores rerum debitoris, sed tantum contra possessores earum rerum, quæ in fraudem creditorum alienatæ sunt, reliquis alienationibus, non in fraudem creditorum factis, in suo robore perdurantibus. Montanus *de tutelis cap.* 31. *effectu* 2. *num.* 29. *& seqq.* Berlichius *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 67. *n.* 41. *& seqq.* Mugnoz *de ratiociniis cap.* 39. *num.* 6. 7. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 115. atque ita moribus servari, tradit Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 22. Auctor appendicis decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 36. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 1. *circa fin.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 50. *&* 53. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 364. 365. Quid, quod & societati Indiæ Orientalis & Occidentalis apud nos diserte hæc pignoris prærogativa asserta est, in illis saltem bonis, quorum intuitu administratores societatis illius participes sunt ac esse debent, *Octroy van de Oost Indische Compagnie ann.* 1602. *art.* 32. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 535. *Octroy. van de West*, *Ind. Compagnie ann.* 1621. *art.* 35. *d. vol.* 1. *pag.* 573. 574. Groenewegen *ad Grotii manud. lib.* 1. *cap.* 48. *num.* 23. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 53. *post med.* Pagos etiam ac vicos si hypothecæ legalis in bonis eorum, quibus commiserunt exactionem onerum, quæ appellantur *Morgen-Gelden en Mole Gelden*, præferri aliis creditoribus hypothecam posteriorem specialem habentibus, in Hollandia judicatum est. *Appendix decision. post consil. Holl. part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 19. *in fin.*

26. Non tamen civitatibus, ecclesiis, similibusque idem jus competit in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, sic ut hac in parte non eadem civitatum & fisci causa sit: nisi specialiter certa civitas ex beneficio sibi concesso jus illud nacta esset, *l. simile* 10. *ff. ad municipalem l. an respublica* 2. *C. de jure reipubl.*, uti id Antiochensium Cœle Syriæ civitati datum legitur, *l. Antiochensium* 37. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* & variis nunc civitatibus inveterato usu quæsitum est, quas recenset Ant. Matthæus *de auctor. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 20. 21. An & Hollandiæ civitatibus? Vide *placitum Ord. Holl.* 28. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *pag.* 1006. Interim tamen Pandectarum tempore civitates in bonis debitorum suorum privilegium inter chirographarios creditores habuisse, & causam earum separatam fuisse a ceteris creditoribus personalem actionem habentibus, Paulus docet, *l. pen.* §. 1. *ff. de rebus auctor. jud. possidend.* Sed & postea ex Constantini constitutione civitatibus actio contra possessores bonorum alienatorum debitoris inidonei pro rata concessa fuit, personalis scilicet ex lege condictio, non hypothecaria; quippe contra singulos rerum possessores in solidum danda foret, *l.* 2. *C. de debitoribus civitatis*. Nec hisce, quæ de privilegio civitatis inter chirographarios dicta, repugnat, *l.* 2. *C. de jure reipublicæ*. Non enim alio sensu *non separanda* dicitur *causa reipublicæ a ceteris creditoribus, qui habent personalem actionem*, quam quatenus respublica non magis, quam privati, legalem hypothecam habet, de qua ibi quæstio erat, nec res debitorum actione hypothecaria persequi potest, si non conventionali pignore sibi prospexerit. Confer Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 1. Ant. Matthæum *de auction. dist. cap.* 19. *n.* 19. 20. 21. 53. *in med.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 135.

27. Vidimus hactenus eas hypothecæ legalis species, quibus universum debitoris patrimonium devinctum est: sunt & aliæ, quæ non omnia debitorum bona afficiunt, sed tantum certas ac speciales res. Etenim dominis directis pignoris taciti jus pro canone aut solario in fundi emphytheuticarii utile dominium aut superficiarii superficiem, adeoque in ea, quæ proprie emponemata dicuntur, a jure datum est, ac eorum exemplo illis quoque, quibus annuus ex prædio census debetur, in prædium illud censuale pro census annui securitate, *l. etiam superficies* 15. *ff. qui potior. in pignor.* arg. *l. lex vectigali* 31. *ff. de pign. & hypoth.* Hugo Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 12. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 13. *n.* 10. *in fine*, *& cap.* 19. *num.* 58. *in med.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 38. *defin.* 16. Argentariis quoque datum videtur jus hypothecæ legalis, si crediderint in militiam venalem emendam, *nov.* 136. *cap. secundum* 2. junct. *novel.* 53. *cap. optimum* 5.

28. Præterea publici aspectus (favor propter quem domini etiam inviti magistratus auctoritate coguntur ædes reficere, *l. præses provinciæ* 7 *ff. de offic. præsidis*, & nullo jure ædificata in publico loco prohibentur tolli, si publico non officiant, *l.* 2. §. *si quis nemine* 17. *ff. ne quid in loco publ.*) effecit, ut pignus tacitum ex Senatusconsulto & D. Marci edicto datum fuerit iis, qui crediderunt in ædium refectionem, idque in ipsas ædes refectas, non item cetera ad ædium dominum pertinentia bona; sive domino ipsi crediderint, sive redemptori operis, si modo id factum sit ex domini mandato, sive materiam ipsam, sive pecuniam, *l.* 1. *ff. h. t. l. si ventri* 24. §. *Divus* 1. *ff. de reb. auct. jud. poss. l.* 1. *ff. de cessione bonor. l. cum duobus* 52. §. *idem respondit* 10. *ff. pro socio l. creditor* 25. *ff. de reb. creditis.* Nec dubium, quin & in cessionarium una cum actione cessa transeat hoc pignoris jus, utpote reale, ac non personæ sed causæ intuitu a lege datum, arg. *l. emtori nominis* 6. *ff. de hered. vel act. vend.* Et quamvis ex Romanis juris principiis verius sit, fabris pro mercede operarum hanc non competere legalem hypothecam; tum quia id nuspiam cautum; tum quia ex operis præstitis nihil exstat aut superest, quod ab ædibus separari posset, uti quidem materia credita; in Hollandia nihilominus contraria sententia prævaluit, Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 35. *in fine*. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *numer.* 14. Non aliter tamen hypotheca hæc competit, quam si re ipsa in refectionem ædium quid versum sit, nec sufficit creditam esse sive pecuniam sive materiam, quoties illa aliis deinde usibus applicatur, arg. *l. quod si servus* 3. §. *sed si* 9. *ff. de in rem*

verso, Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 12. *n.* 24. Mynsingerus *cent.* 1. *observ.* 60. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. *in fine.* Negusantius *de pignor. membro* 2. *partis quintæ num.* 15. Berlichius *part.* 1. *consl. pract.* 65. *n.* 133. 134. Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 106. Nec improbabile fuerit, impensas refectionis necessariæ a reliquis separari impendiis in ædium ornatum aut amplificationem factis; quippe quarum intuitu non ultra videtur privilegium prælationis tribuendum, quam quatenus domus inde vere pretiosior facta est, arg. *l. quod si* 3. §. 3. 4. *ff. de in rem verso*, junct. *l. ult. in fine principii ff. de exercit. act.* Negusantius *d. membro secundo partis* 5. *num.* 15. *in fine.* Non etiam ei locus est, si quis crediderit in emtionem aut exstructionem novæ domus, nisi illa in locum ejus, quæ in totum vetusta aut collapsa est, cujusque ruderibus aut vacuo loco deformis redderetur aspectus urbis, reposita sit: quod & puto velle Jurisconsultum, cum ait, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam *ob restitutionem ædificii exstruendi mutuam dedit*, *l.* 1. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 5. Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 7. *defin.* 10. *& in not.* Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 129. *in notis.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 34. *&* 36. ubi & tradit, unde apparere videatur, an in restitutionem an magis in novæ domus ædificationem, creditum sit. Longe minus pignus legale quæritur illis, qui in aliarum rerum sive reparationem, sive meliorationem, sive emtionem crediderunt; quippe quibus necesse omnino, ut ex conventione jus pignoris sibi parent, *l. licet* 7. *C. qui pot. in pign. l. quamvis ea* 17. *Cod. de pign. & hypoth.* etsi negandum non sit, quin & possessoribus rerum mobilium ac immobilium, & artificibus multifariam rerum mobilium, quas suo sumtu ac labore repararunt feceruntque meliores atque etiamnum tenent, retentio tum jure Romano, tum nostris moribus tributa sit, non modo adversus ceteros creditores ejus, qui rerum melioratarum dominus est, sed & adversus ipsum dominum rei; sic ut neque domino, neque curatori bonorum debitoris obærati, restituere res illas teneantur, nisi sibi plene satisfactum sit de iis, quæ vel operarum vel meliorationum nomine consequi jura permittunt; ut dictum *tit. de compensat. n.* 20. *&* 21.

29. Præter hypothecas legales jure Romano datas, ac jam expositas, etiam hodiernis moribus aut legibus pignora quædam tacite inducta sunt. Etenim jure quidem civili illis, qui crediderant in navem exstruendam, instruendam, emendamve, nulla hypotheca per legem concessa fuerat, sed tantum privilegium inter chirographarios, cujus vi post fiscum, legalem hypothecam habentem, veniebant. *l. qui in navem* 26. *l.* 26. *l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* adeoque per hypothecam conventionalem prospicere sibi tunc debuerunt; deque ea hypotheca expressa accipienda, *l. interdum* 5. *&* 6. *ff. qui potior. in pign. novell.* 97. *cap. bis consequens* 3. quippe quibus in textibus non quæritur, qui tacitam hypothecam habeant, qui non; sed tantum, qui potiores sint in pignore, posito quod habeant hypothecæ jus; an vero illud ex conventione an ex lege iis quæsitum sit, non ibi, sed aliis in legibus definitum est. Si dicas, Romanos non ignaros fuisse, ad reipublicæ utilitatem etiam navium exercitionem pertinere, *l.* 1. §. *licet autem* 20. *ff. de exercitor. act.* respondeo, ideo quoque fuisse motos, ut credentibus inter chirographarios tribuerent prælationem, non tamen hypothecam. Confer Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 4. Bronchorst *enant. cent.* 2. *assert.* 76. Ast usu hodierno contra placuit, æque illis, qui in navis refectionem crediderunt, hypothecam competere in navem ipsam, ac in ædes illis, qui in earundem crediderunt instaurationem; dum penes nos navium numero ac robore salus publica defenditur, exercentur cum gentibus longe dissitis ultra Garamantas & Indos commercia unde potissimum pecunia, belli nervus, & præcipuum firmandorum imperiorum adjumentum, Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 14. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *num.* 35. Simon van Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 9. *num.* 7.

30. Sed & dominis mercium, per magistrum navis urgente necessitate distractarum, pro earundem æstimatione navis devincta est, sed, non ultra annum & diem, si navis aliena sit, *Wisbuysce Zee Rechten art.* 40. 41. Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 25. 26. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 58. *ante med. & in paræm. Belgarum Jurisc. paræmia* 7. *num.* 13. *fere in fine.* Sociis etiam nauticis in Indiam Orientalem aut Occidentalem navigantibus in navem, cui operam navant, & merces ea vectas, usque adeo, ut nave cum mercibus pereunte, mercedis quoque exactio evanescat, *Artikel. Brief. van d'Oost-Indische Compagnie*, *ann.* 1672. *art.* 40. *&* 42. *volum.* 3. *placit. pag.* 316. *Artikel Briefnan de West Indische Compagnie*, *ann.* 1675. *art.* 18. *d. vol.* 3. *pag.* 1348. quod generaliter sociis nauticis quocunque navigantibus jam ante tributum fuerat à Grotio *d. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 24.

31. Adhæc universitati agrorum aggeribus inclusorum aut munitorum in prædia singula istius universitatis pro impensis in refectionem aggerum, aquæductuum, molendinorum, similiumque jam repræsentatis aut exsolvendis. Neostadius *Curia Holl. dec.* 24. *&* 35. Grotius *d. lib.* 2. *cap.* 48. *num.* 13. Matth. *d. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 12. *&* 58. *in med.* Respons. Jurisc. Holland. *part.* 1. *consil.* 197. Redemtori in bonis ejus, quem a Turcis aut aliis Barbaris captum redemit, quemadmodum jure Romano redemtus ipse quodam quasi pignoris jure redemtori devinctus erat, sic ut & ipse sibi per redemtorem non inutiliter legaretur, *l. senatus* 43. §. *ult. ff. de legatis* 1. *l. qui testamento* 20. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss. l. ab hostibus* 2. *l. Fratres* 8. *l. si liberum* 11. *C. de postlimin. revers. & redemt.* Vid. *l'ordonance de Louis XIV. de l'ann.* 1681. *touchant la marine livr.* 3. *tit.* 6. *art.* 15. Ant. Matthæus *d. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 40. Illis quoque, qui vendiderunt ac cesserunt seu transcripserunt emtori partem suam in societate Indica Orientali aut Occidentali, in ipsam illam partem transcriptam, pro securitate pretii necdum soluti, si de eo fides habita sit, ut variis cautum placitis Ordinum Generalium, quæ collecta *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 155. *& seq. & pag.* 665. 666. & novissime *placito anni* 1677. 16. *Septembr. vol.* 3. *pag.* 1307. Denique etiam insolatoribus seu lineorum candidatoribus (*Linnen en Garen Bleekers*) hypotheca atque prælatio & jus retentionis in Hollandia data sunt pro mercede albedinis procuratæ, sic ut omnibus aliis præferantur creditoribus dominorum, ad quos linea pertinent, sive pro illis li-

neis, quæ etiamnum tenent, sive pro aliis jam domino redditis merces debeatur; nec rescripti moratorii aut cessioni beneficio per dominum impetrato jus illud retentionis ipsis depereat; imo si dominus lineorum jam redditorum, ipsis adhuc debens mercedem, aliis linea albanda locaverit, etiam in his alteri sic commissis jussi sint potiores esse, *Placit. ordin. Holl.* 20. *Jan.* 1614. *vol.* 1. *placitor. pag.* 1222. *& seq. & plac. anni* 1677. 3. *Apr. vol.* 3. *placitor. pag.* 589.

52. Non tamen apud nos publica detentio seu rerum aut personarum arrestatio, ut loquuntur, arrestanti tribuit in jus hypothecæ aut prælationis, ut latius dictum *tit. de in jus vocando num.* 64. Nec recognitio chirographi facta in judicio; licet alibi contrarium servetur, ut notat Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n. ult.* Ant. Faber *de error. pragmat. decad.* 1. *err.* 1. *n.* 17. *& seqq.* Nec judicis sententia ei, cui debitor jam condemnatus est, quamdiu pignora judicati exsequendi causa capta non sunt, *l. in judicati* 61. *ff. de re judicata*, captis pignoribus, is potior est, qui prius ea capi & excussionem fieri curavit, secundum regulam, qua prior tempore potior jure est; si modo recte, & non vitiose fecerit, Ant. Faber *C. lib.* 7. *tit.* 20. *defin.* 5. *& lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 2. *&* 11. Peckius *de jure sistendi cap.* 40. *n.* 3. 4. Respons Jurisc. Holland. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 139. In Hollandia tamen non ex inchoata ante alios sententiæ executione, sed demum ex quo illa ad finem perducta & solutio obtenta fuit, prælationem habere locum, adeoque alios, pendente executione per alium jam inchoata supervenientes, concurrere cum eo debere in captis pignoribus, tradit Groenewegen ad *l.* 10. *ff. qui pot. in pign.* Leeuwegen *cen. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 9. *ult. & cap.* 11. *num.* 1. Ex adverso, victori etiam ante capta pignora privilegium prælationis inter chirographarios statuta quædam tribuere, & si debitoris judicio conventi bona arresto detenta sint, in ea protinus ex lata sententia pignoris jus nasci creditori victori, docet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *num.* 11. *et* 17. Wassenaar *pract. jud. cap.* 22. *num.* 65. *in med. et num.* 76. Quæ tamen, si non statutis aperte cauta inveniantur, aut inveterato fori usu probata, admittenda non videntur; cum pignori capta judicati exsequendi causa intelligi nequeant, quæ tantum jurisdictionis fundandæ aut ad summum rei servandæ gratia actor publica fecit sisti auctoritate, & in quæ nulla executio dirigi potest, nisi elapsis illis dilationibus, sive longioribus sive brevioribus, quæ condemnatis lege vel more concessæ sunt.

53. Similiter nec dominis rei furto ablatæ, quæ non apparet, & ideo vindicari nequit, legalis hypotheca moribus data est pro æstimationis recuperatione in bonis furis aut raptoris; uti nec in rebus ex pecunia furtiva per furem comparatis; adeo ut ne privilegium quidem inter chirographarios ei tribuendum videatur, de quo latius *tit. qui pot. in pign. n.* 37. Et quamvis in ipsis rebus societatis socii reliqui potiores sint; ubi sociorum unus foro cessit, qui jam totam suam partem, quæ jure societatis ei competebat, quacunque fuerat ratione consecutus, per rationes expositas *tit. pro socio n.* 22. in reliquis tamen socii illius bonis neque jus taciti pignoris, neque ullam inter chirographarios prælationem habent pro consequendis iis, quæ socius foro cedens, supra suam partem exegerat nec communicaverat, & ita ceperat societati debere; cum neque hypotheca neque personale privilegium uspiam iis in jure datum sit, neque ulla prælationis ratio ex societatis natura possit derivari. Esto enim, quod societas sit quoddam jus confraternitatis, non tamen inde prælationem deduxeris; cum nec veris fratribus, nec parantibus, liberisve creditoribus, ex sanguinis propinquitate jus ullum prælationis in bonis proximorum tributum sit. Vide Ant. Matthæum *de auct. l.* 1. *cap.* 19. *n.* 59. Denique nec ille hypothecam aut prælationem in fundo habet, cui reditus annuus, ex certo fundo præstandus, divenditus est, si non specialiter, & hodiernis moribus solemniter coram lege loci, fundus pro tali annua præstatione devinctus sit, *arg. l. ult.* §. *Lucius Titius* 1. *ff. de contrah. emt. l. quidam testamento* 96. *pr. ff. de legatis* 1. *Paulus Callinico* 27. §. *ult. ff. de legatis* 3. Jacob. Thomingius *decis.* 17. *num.* 11. Brunnemannus *ad d. l. ult.* §. *ult. de contrah. emt.* Dissent. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12 *defin.* 8.

34. Ceterum in quæstione, utrum legalis hypotheca alicui competat, nec ne; in mobilibus quidem spectanda lex loci, in quo debitor, de cujus bonis hypotheca afficiendis quæritur, domicilium solvet, cum illic mobilia ejus, ubicunque reperta, existere intelligantur, ut dixi *tit. de constit. Princip. parte altera, de statutis num.* 11. at immobilibus spectanda magis lex loci, in quo immobilia quæque debitoris bona sita sunt; cum certum sit, lege unius loci jus reale in alterius loci immobilia situm non mutantia, non posse constitui. Quæ prolixius discussa vide apud Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 35. *& seqq.* Rodenburch *de jure conjugum tract. prælim. de statutor. diversitat. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 16. *pag.* 90. *& seqq.* Carpzovium *defin. for. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 9. Paulum Voet *de statut. sect.* 9. *cap.* 2. *n.* 8.

TITULUS III.

Quæ res Pignori vel Hypothecæ datæ obligari non possint.

SUMMARIA.

1. *Quæ res pignori dari possint? Ubi de rebus extra commercium, & de iis, quæ sunt in commercio mobilibus, immobilibus, nominibus, instrumentis emtionalibus, militia, servitutibus, jure pignoris, emphytheusi, agris adscriptitiorum, feudis tum olim tum hodie pignori obligandis.*
2. *An res litigiosa, arresto jam tenta, arma militum, spes præmiorum athletis constitutorum? An bona pupilli sine decreto? An boves, aratores & instrumenta aratoria?*
3. *Non res aliena. An, & quo usque res communis obligari possit, ac post divisionem obligata maneat, sive privato sive fisco obligata sit?*
4. *Recensentur casus, quibus subsistit pignus alienæ rei. Convalescit utiliter, si is, qui pignori dedit, dominium acquisiverit, licet creditor sciverit, rem alienam fuisse. Quid juris, si diversis temporibus res eadem pluribus a non domino obligata sit, & is postea dominus fiat? Si nunquam res aliena oppignorata acquiratur obliganti, quale jus creditor habeat?*
5. *An convalescat pignus, si testator obligaverit rem Titii, & is postea testatoris heres extiterit?*

6. *Quo usque nostris moribus convalescat pignus rei alienæ, ubi postea per obligantem dominium acquisitum est; tum in immobilibus, tum in mobilibus?*

7. *Recensentur casus, quibus velut pignus alienæ rei, licet dominus non consentiat, nec obligans dominium acquirat, ubi de procuratore rem domini, administratore reipublicæ rem reipublicæ obligante; domino dominium suum callide dissimulante; cum alius obligaret; item ex moribus de eo, qui rem alienam mensæ fœnebri obligavit; de marito rem uxoris, vidua dimidiam partem feudi, stante matrimonio & communione inter conjuges emti obligante. Quid juris, si quis rem sibi commodatam, locatam, apud se depositam pignori obliget?*

1. CIrca res pignori obligandas regulam Gajus tradidit in *l. sed & quod* 9. §. 1. *ff. de pignorib. & hypothecis*, cum ait, *id, quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere posse*. Cui respondet regula Marciani contraria, *eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipi ab eo non posse*, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* Unde nec sacræ nec religiosæ res recte pignori obligantur, *l. si monumento* 3. *C. h. t. l. sancimus* 21. *C. de sacrosanct. Eccles.* nec liber homo; cum ob æs alienum liberos homines servire creditoribus compelli, inhumanum sit; pœnis in eos constitutis, qui filiumfamilias a parente scienter pignori acceperint, *l. ult. ff. h. t. l. qui filios* 6. *C. h. t. ob æs alienum* 12. *& auth. imo C. de oblig. & auction.* Adeo ut & aliena pecunia redemtus ab hostibus redemtori pro lucro non vere, sed *velut* naturalis pignoris jure & *vinculo quodam* dicatur teneri, *l. qui testamento* 20. §. 1. *ff. qui testam. fac. poss. l. ab hostibus* 2. *C. de postliminio reversis.* De cetero pignori dari possunt res mobiles & immobiles, corporales & incorporales, veluti nomina & actiones, sic ut creditor, cui nomen obligatum est, utiles actiones habeat, *l. si convenerit* 18. *ff. de pignorat. act. l. nomen* 4. *C. h. t. l. cum convenit* 20. *ff. de pign. & hypoth.* adde *tit.* 1. *num.* 17. instrumenta emtionalia, quibus obligatis ipsæ res iis comprehensæ obligatæ censentur, *l. cum emtor* 2. *C. h. t.* arg. *l.* 1. *C. de donation.* militia venalis; *novell.* 97. *cap. quia vero* 4. (Cujacius *ad novell.* 53. *part.* 4.) jus emphyteuseos aut superficiei, *l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pignore, l. tutor* 16. §. *ult. ff. de pignorat. act. l. grege* 13. §. *& in superficiariis* 3. *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor. & hypoth.* jus ipsum pignoris, dum creditor pignus pignori dat. *tit. C. si pignus pignori datum sit*, jus ususfructus sive constituti sive constituendi, *l. si is, qui* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* Castillo Sotomaj. *de usufructu cap.* 70. Bachovius *de pignorib. lib.* 2. *cap.* 6. servitutes prædiales, secundum distinctiones traditas *in tit. communia prædiorum num.* 8. Et quamvis feuda secundum scriptas fundorum consuetudines sine domini directi consensu non potuerint pignori vel hypothecæ obligari *lib.* 2. *feud. tit.* 55. ac hoc jus in feudis rectis etiamnum duret, ac in agris adscriptitiorum quoque, quasi feudis quibusdam, pignus sine domini consensu constitui non posse, testetur Fredericus a Sande *de Feudi Gelriæ tract. præliminari cap.* 1. *num.* 4. Lam. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 13. *num.* 14. *vers.* 3. tamen in nostratibus feudis hereditariis (*Onversterfelyke Erf. Leenen*) consensus domini necessarius non est; si modo oppignoratio solemniter apud Curiam feudalem facta sit, secundum ea quæ *tit.* 1. *n.* 9. dicta.

2. Non tamen recte pignori obligatur res litigiosa, nisi quatenus & vendi posset, pignore saltem nihil operaturo in præjudicium illius, qui de ea litem movet, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Longe minus res, quæ in executione jam publica auctoritate sequestrata est; vel etiam arresto tenta cum interdicto de non alienando. Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 15. & 27. Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 85. nec arma militum, arg. *l. qui commeatus* 14. §. 1. *ff. de re militari. Krygs Ordonnantie van de Grave van Lycester* 14. *Feb.* 1586. *art.* 21. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 165. *Militairen Artikel Brief* 13. *Aug.* 1590. *art.* 71. 72. *d. vol.* 2. *pag.* 178. *Artikel-Brief ter Zee* 27 *April.* 1629. *art.* 63. *d. vol.* 2. *pag.* 196. Nec spes præmiorum athletis constitutorum, *l. spem eorum* 5. *C. h. t.* licet ipsa præmia jam obtenta judicati exsequendi causa pignori capi possint, *l. commodis* 40. *ff. de re judicata*, quod & de militum ac sacerdotum stipendiis, nonnullis placet, arg. *l. stipendia* 4. *C. de executione rei judicatæ.* Cujacius *ad novell.* 53. *par.* 4. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 34. Nec bona pupilli sine decreto, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura sunt sine decreto non alienand.* nisi mobilia sint, & nummi, pro quibus obligata, in rem pupilli re ipsa versi; secus si eos in utilitatem tutoris versos appareat, *l. tutor, lege* 16. *ff. de pignorat. act.* junct. *l. pen.* C. *si res aliena pign. data sit.* Nec boves aratores aut villici aut instrumenta ad culturam agri pertinentia, *l. executores* 7. *l.* 8. *& auth. agricultores C. h. t.* quæ tamen in subsidium, deficientibus aliis, judicati exequendi gratia potuisse capi, probabile est, Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *defin.* 16. Groenewegen *ad l.* 7. *C. h. t.* quod & nominatim a Zelandis cautum, *Instructie voor de Deurwaarders van Zeelant* 29. *Junii* 1607. *art.* 19. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1134. Quemadmodum etiam nihil vetat, hæc omnia per colonum domino locatori prædii rustici pro pensionibus obligari expressa conventione, cum ita minor subsit metus agriculturam desertum iri, arg. *l. certi juris est* 5. *C. de locato.* Quin & cum prædiis ipsis obligatis aratoria quoque instrumenta, velut accessiones, pignori recte obligata fuisse, paret ex *l. debitor pactus* 32. *ff. de pignor. & hypoth.* Denique nostris & aliorum moribus hæc, æque ac res alias quascumque, pignoris vinculum admittere, tradit Gothofredus *ad d. l.* 7. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *n. ult.*

3. Rem alienam quod attinet, ea invito domino obligari nequit, *l. quæ prædium* 6. *C. si aliena res pign. data sit*, arg. *l. & quæ nondum* 15. §. *quod dicitur* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* In quo pignus a venditione distat, cum & aliena res vendi possit, *l. rem alienam* 28. *ff. de contrah. emt.* Etsi enim id quod venditionem recipit, quia in commercio est, etiam pignorationem recipere possit, *d. l.* 9. §. 1. *de pign. & hypoth.* junct. *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* non tamen ab omni eo, qui rem vendere potest, etiam jure oppignoratur. Nam cum ex pignoris aut hypothecæ constitutione creditori nasci debuerit jus pignoris adeoque jus in re, necesse fuit, ut jus in re haberet, qui jus pignoris alteri constituere vult: at venditor emtori nul-

lum constituit jus in re, sed tantum ex contractu venditionis suam personam ad rem tradendam obligat; ad quod non opus est, ut ullo jure in re munitus sit. Proinde, si quis rem sibi cum alio communem pignori obligaverit creditori suo, ea sola pars, quæ debitoris est, obligata intelligitur, *l. unic. C. si communis res pignoris data sit*, *l. creditor* 3. §. *ult. ff. qui pot. in pignore*, sive privato, sive ipsi fisco obligata sit res, quæ debitori cum extraneo communis erat: nam etsi fisco datum sit jure singulari, ut rem sibi cum alio communem distrahere in solidum possit, adeoque cum sua etiam socii partem, *l. 2. C. de commun. rerum alienat. l. unic. C. de vendit. rerum fiscal.* quin & vendere pignus, quod antiquiori creditori nexum erat, & ex cujus pretio nihil fisco cedere debebat, nisi post dimissum illum creditorem tempore anteriorem, *l. res, quæ in* 22. §. *res autem* 1. *ff. de jure fisci*, hæc tamen ad rem debitori fiscali cum aliis communem ac fisco obligatam porrigenda non sunt, nec fisco quicquam amplius præter eam partem, quæ ad debitorem pertinet, distrahere permittendum; tum quia privilegia strictam recipiunt interpretationem, ac ne ad similia quidem, longeque minus ad disparata, trahi debent; tum quia fiscus non plus potest, quam is in cujus locum succedit, & a quo jus habet, ac proinde, uti debitor non nisi suam potuisset partem distrahere, ita nec fiscus, quippe qui in jus privati succedens privati jure utitur, *l. fiscus, cum* 6. *ff. de jure fisci*. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *num.* 25. Interim in rerum communium obligatione Romanis placuit, creditori in tota re pro parte indivisa pignus competere, usque adeo, ut ne per divisionem quidem inter socios factam ea sola pars, quæ debitori cessit, obligetur, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia devincta maneat, *l. si consensit* 7. §. *ult. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* arg. *l. is, qui fundum* 31. *ff. de usu & usufr. legato*, *l. rem hereditariam* 65. *ff. de eviction.* imo etiam post rei totius adjudicationem, uti socio factam, nihilominus in re tota pro parte dimidia indivisa pignus perduret, *l. si quis putans* 6. §. *si fundus* 8. *ff. communi divid.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 23. *defin.* 31. *n.* 6. 7. etsi contra judicatum commemoret Annæus Robertus *rerum judicat. libr.* 3. *cap.* 19.

4. Plane domino consentiente aut ratum habente quin jus pignoris constitui a non domino possit, dubium non est, *l. aliena res* 29. *ff. de pignorat. act.* sive expressus sive tacitus domini consensus intercedat, secundum ea quæ *tit.* 7. *num.* 1. dicta sunt. Sed & sub conditione res aliena utiliter obligatur, si debitoris facta fuerit, *l. si fundus* 16. §. *aliena res* 7. *ff. de pignor. & hypoth.* qualis etiam conditio subauditur, si quis alteri obliget rem necdum suam sed sibi debitam; quam ab eo, ad quem dominium perventurum est, obligari posse, palam est ex *l. creditor* 3. §. *cum ex causa* 1. *ff. qui pot. in pign. l.* 1. *ff. de pignor. et hypoth.* sicut & fructus nasciturі obligantur ita, ut utilis actio regulariter ad eorum persecutionem detur, *l.* 1. §. *cum prædium* 2. *ff. de pign. et hypoth.* Quid, quod etiam ex post facto convalescere possit pignus alienæ rei sine ulla conditione pignori datæ, ut utilis saltem actio competat; puta si is, qui pignori obligavit, acquirat deinceps dominium rei, *l. cum res* 5. *C. si alien. res pignorat. sit*, *l. rem alienam* 41. *ff. de pignorat. act.* sive vero rei domino heres extiterit, *item si filiusfam.* 7. §. *sed et si filiusfam.* 2. *ff. ad Senatusc. Macedon.* sive ex particulari titulo dominus rei effectus sit. Nec interest, sciverit creditor tempore obligationis, an ignoraverit, rem alienam esse, si modo postea vere dominium obliganti quæsitum sit, cum confirmato jure stantis etiam jus accipientis confirmetur, arg. *l. cum vir* 42. *ff. de usurpat. et usucap. l. pen. ff. de fundo dotal.* Nam etsi *difficilius* creditori, qui non ignorabat alienam, utilis actio detur secundum Papinianum, sed facilior possidenti retentio sit, *l.* 1. *pr. ff. de pignor. & hypoth.* tamen & ea, quæ *difficilius*, ac *vix* dantur, conceduntur, permittuntur, adhuc dari ac permitti, patet, *l.* 1. §. *deinde* 9. *in fine, et* §. 10. *ff. de postulando*, arg. *l. nonnunquam* 8. *in fine ff. de collation.* junct. *l. ult. C. de repudianda heredit.* & arg. §. *item is* 2. *Instit. de usu et habitat.* in verbo *vix* junct. *l. cui usus* 2. §. 1. *l. plenum autem* 12. §. 1. *in med. ff. de usu et habitat.* & arg. *l. vix certis* 53. *ff. de judiciis.* Errant sane, qui *difficilius* in *d. l.* 1. *ff. de pign. et hypoth.* interpretantur, per *non* seu, *nullo modo*, adducta in finem, *d. l.* §. *ff. de collation.* & *l. venditi actio* 6. *C. de action. emti*, *d. l.* 1. §. 9. *ff. de postulando.* Etenim, quamvis in *d. l.* 6 rescriptum sit, venditi actionem *non facile* ad rescindendam venditionem dari; si non ab initio aliter convenerit, tamen & citra conventionem talem dari aliquando emti venditi actionem ad resolvendam venditionem, patet ex *l. ex emto* 11. §. *si quis virginem* 5. *ff. de act. emti.* Et quod attinet *d. l.* 8. *ff. de collation.* quæritur illic, an filius emancipatus, qui de conferendo cavere noluit, sed postea mutato consilio cautionem offert, audiendus sit? & ait Papinianus, quosdam putasse eum audiendum esse, quia nonnumquam prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur; & quamvis responderi posset, videri eum possessionem repudiasse, qui formam possessionis conservare noluit; benigniorem tamen esse diversam sententiam, maxime, cum de bonis parentis inter fratres disputetur. Subjungens tamen, se existimare, filium talem *facilius* admittendum esse, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat: nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, *difficilius esse.* Est nempe *difficilius*, quatenus non tanta benignitatis ratio in hoc militare videatur, qui ultra annum voluntariam moram cautionis produxit; sed cum modi, quibus quis ad cautionem interponendam compelli solet, conquiescant, ubi id, quod præstandum erat, offertur, atque ita oblata cautione legatorum vel damni infecti nomine, aliave simili, ob quam ab initio denegatam missio in possessionem facta fuerat, is, qui missus erat, de possessione jubetur decidere, *l. si pecunia* 6. §. 1. *ff. ut in possess. legat. etc. esse liceat*, *l. si Legatarii* 11. *ff. ut legat. seu fideic. etc. cav.* junct. *l. is cui* 5. *pr. ff. ut in possess. leg. etc. esse liceat*, ac fructuario, cui cavere nolenti hereditariæ denegatæ fuerant actiones, eædem permittantur, ubi cavere paratus est *l. si cujus* 13. *pr. ff. de usufr. et quemad. quis utat.* nulla ratio est, cur non eodem modo frater post annum morator respectu cautionis, admittatur adhuc ad cautionis oblationem, si legitime intra annum agnoverit ipsam bonorum possessionem; prout & generaliter absque ulla temporis distinctione, Ulpianus

scripsit, *si per contumaciam*, (id est propter contumaciam cavere detrectantis) *actiones* (hereditariæ scilicet) *denegatæ sunt*, *oblata cautione recipi pristinum jus*, *l.* 1. §. *si frater* 10. *ff. de collation.* licet verum sit, minus benignitatem juris mereri eum, qui diutius, quam qui breviore tempore in contumaci cautionis præstandæ detractatione perseveravit; adeoque illum quidem difficilius, hunc facilius, sed tamen utrumque adhuc audiendum esse, dum prætor variantem non repellit, & consilium mutantis non aspernatur, ut habet principium *d. l.* 8. §. *de collation.* Denique etiam cum in *d. t.* 1. §. 9. *ff. de postulando* dicitur *difficile* impetranda restitutio, non omnem restitutionis impetrationem excludi, sed a principe concedi posse, licet non tam facile concedatur, manifestum est ex *tot. tit. ff. de sententiam passis et restitutis*, ubi in metallum damnati, & ita servi pœnæ facti, & deportati, adeoque capitalis judicii damnati, proponuntur restituti. Porro, sicut in superioribus, ita & in nostro casu rei alienæ pignori datæ dicendum, *difficilius* quidem creditori, qui non ignoravit alienum, utilem actionem dari, sed *faciliorem* esse possidenti retentionem, *d. l.* 1. *pr. ff. de pign. et hypoth.* nec tamen ideo actione eum utili totum destitui, quatenus non quidem adversus omnes, sed tamen contra ipsum debitorem, qui obligavit, jam dominum factum, & adversus eos, qui a debitore illo, jam domino effecto, causam seu rem illam habent, ab eoque tanquam auctore defendi debent, quoties ipsis ea de re lis moveatur, actionem habet: quia qui ita oppignoravit, suum utique factum præstare debet, ne ex suo mendacio arguatur: & ideo quoque improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur, ut argumentatur Paulus Jurisc. in *l. rem alienam* 41. *in fine ff. de pignorat. act.* ita post alios Meyerus *Coll. Arg. h. t. n.* 2. Parum faciente eo, quod creditor sciënter accipiens pignori rem alienam, non debeat ex improbitate sua actionem consequi, arg. *l. itaque falso* 12. §. *sed furti* 1. *ff. de furtis*, *l. non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.* cum id de actionibus pœnalibus, ex quibus lucrum captatur, verum sit, non item de rei persecutoriis, quas & furi ac prædoni rerum furtivarum intuitu competere, patet ex *l. commodare* 15. *l.* 16. *ff. commodati.* Nec hisce obest *l. qui balneum* 9. §. *ult. ff. qui potiores in pign.* Quippe cui legi ut sua constet ratio, & Jurisconsulti ipsius ratiocinium, necesse fuerit, eam accipi de casu, quo mulier Titio prædium alienum pignori dedit, post Mævio, sed non simpliciter Mævio, verum sub conditione, si prædium illud desierit Titio teneri; juxta conventionem, quæ proposita est in *l. creditor* 12. §. *a Titio* 8. *ff. qui potiores in pignore*, quod & Glossa voluit *ad d. l.* 9. §. *ult.* Nam si postea Mævio simpliciter idem prædium a muliere necdum domina devinctum fuisset, ratio nulla reddi potest, cur non æque Mævio ac Titio protinus ab acquisito per mulierem dominio jus pignoris firmatum esset; ita tamen ut prior Titius potior esse debeat, si forte pignus utrique non sufficeretur, *l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pign.* Ut enim tunc, cum verus dominus diversis temporibus eandem rem duobus pignori dat, non dissimulato apud posteriorem nexu priore, utrique jus pignoris statim nascitur, licet prior tempore potior jure sit, *l. creditor* 12. *si simpliciter* 7. *ff. qui pot. in pign.* ita quoque protinus a tempore acquisiti dominii in re per non dominum duobus oppignorata convalescit utrique pignoris jus, sed salva inter eos temporis ratione: quod jus semel utrique quæsitum sive fortius sive debilius, non potuit deinceps adimi per factam a muliere in dotem dationem. Cui difficultati cum neque Cujacius satisfecerit *tract.* 8. *ad Africanum ad d.* 9. §. *ult.* neque Bachovius *tractat. de pignoribus ult.* 2. *cap.* 4. *num.* 7. standum magis erit opinioni glossatoris terminos habiles legi secundum ante dicta concipientis. Sane, si ei, qui rem alienam pignori dedit, postea acquisitum non sit dominium, creditorem, qui bona fide ab eo, quem dominum esse putabat, cum non esset, sed tamen ejus conditionis ut Publiciana uti potuerit, sic Prætor tuetur per Servianam adversus alios jure debiliori munitos, quemadmodum debitorem per Publicianam, *l. si ab eo* 18. *ff. de pignoribus et hypoth. l. si non dominus* 14. *ff. qui pot. in pignore.* Adde *tit. de Publiciana act. num.* 6. *post med.* & præcipue *tit. qui pot. in pign. n.* 31.

5. Quod si testator obligaverit rem Titii, qui postea testatori successit, an & hac ratione pignus utiliter convalescat, incertum est, cum id Modestinus affirmare videatur in *l. si Titio* 22. *ff. de pignorib. & hypoth.* Paulus vero negare, in *l. rem alienam* 41. *ff. de pignorat. act.* Sunt qui distinctione inter æquitatem & strictum jus dissidium hoc tolli posse putant; accipientes *d. l.* 41. de juris rigore; de æquitate vero *d. l.* 22. Sed sine fundamento, cum in *d. l.* 41. non de rigore juris, sed tantum de æquitate quæsito concepta fuerit, an scilicet utilis actio pignoratitia creditori detur, secundum verba prima *d. legis* 41. & hoc ipsum negetur. Aliis placuit, ipsum quidem pignus directo non convalescere eo casu, sed tamen utilem pignoratitiam contrariam creditori dari adversus heredem debitoris qui dominus rei est, ad id quod interest rem alienam a defuncto pignori datam esse, juxta *l. si rem alienam* 9. *pr.* & *l. cum debitore* 32. *ff. de pignor. actione.* Sed nec hac ratione difficultas sublata est, dum eandem *utilem* pignoratitiam, quam Modestinus dedit in *d. l.* 44. quamque Paulus in *d. l.* 41. etiam dandam censuit in casu, quo res aliena pignori data erat, cujus dominium postea ad debitorem pervenerat, idem tamen Paulus negat, si Titius cujus res per debitorem pignori data erat, debitori heres factus sit. Ne dicam, pignoratitiæ actioni ad id quod interest non modo locum fore contra heredem debitoris rem alienam obligantis, si verus rei dominus debitori heres sit, sed & si quilibet alius; eodem modo, quo debitor ipse vivus ob datam rem alienam ad id quod interest fuisset damnandus. Nec est, quod regeras, hereditatem, si rei dominus sit, actione pignoratitia contraria ad id compelli, ut sua conventione pignus confirmet, quia heres præstare debet factum defuncti. Etenim, etsi adeundo se obliget, ut præstet defuncti factum, non tamen etiam, ut nova conventione, contractu novo firmet illud, quod a defuncto non recte atque ordine factum est. Quæ cum ita sint, magis est, ut inspiciamus, utrum testator rem Titii, qui postea testatori heres existit, obligaverit simpliciter ignorante eo, an vero invito eo & prohibente: ut, si quidem eo ignorante id factum sit, utiliter saltem pignus convalescat; convenienter *d. legi* 22. quæ expresse meminit *domini ignorantis*: sin eo invito & prohibente, ne utiliter quidem pignus ex post

facto sustineatur, idque secundum *d. l.* 41. in qua nulla *ignorantis* mentio est, sed ejus, qui rem Titii, postea succedentis, obligaverat *sine Titii voluntate*, adeoque intelligens satis, se id invito domino facere, eumque, si intellexisset, non promissurum, uti in materia furti Imperator loquitur, § *placuit* 7. *Instit. de obligat. quæ ex delicto.*

6. Nostris tamen moribus non per omnia servantur ea, quæ de rei alienæ pignore per acquisitum postea a debitore dominium convalescente, dicta sunt; sed in solis mobilibus alienis pignori datis locum habent. Nam si quis immobilia aliena, utcunque sibi jam debita, veluti jam sibi vendita sed necdum tradita, solemniter coram lege loci specialiter pignori obligaverit tanquam sua, ac post eorum acquisiverit dominium, non aliter ea pignoris vinculo tenebuntur creditori, quam quatenus sub clausula generalis hypothecæ futura quoque continentur, ac ita generaliter creditori incipiunt obligata esse. Cui consequens est, ut, si debitor post acquisitum dominium eandem rem immobilem rursus alteri coram lege loci specialiter obligaverit, posterior creditor hac speciali munitus hypotheca potior futurus sit in Hollandia ac locis aliis, ubi generalis anterior postponitur speciali posteriori; uti & judicatum refert auctor appendicis decisionum *post respons. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 21. *in med.*

7. Restant enarrandi casus nonnulli, quibus tum jure Romano tum nostris moribus effectum sortitur pignus in re aliena constitutum, etsi neque consensus domini accesserit, neque obliganti postea dominium quæratur. Si enim procurator sine domini voluntate rem pignori dederit, licet frustra dedisse videatur, tamen, si pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio quod numeratum est exsolvi desideranti, *l.* 1. *C. si aliena res pignori data sit.* Præterea, qui bona reipublicæ jure administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiens rem ejus obligare potest, *l. si is, qui* 11. *ff. de pignor. & hypoth.* illis scilicet in casibus, quibus & civitatem jure potuit obligare, arg. *l. civitas* 27. *ff. de reb. creditis.* Adde *tit. de reb. cred. n.* 11. Sed &, si domino rei sciente ac callide dissimulante, res ejus a non domino obligata fuerit creditori ignoranti, pignus tenet in pœnam fraudis, qua creditoris ignorantiam circumscripsit, *l. si probaveris* 2. *C. si aliena res pign. data*, *l. mulier* 11. *C. de distract. pignorum.* Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 6. Schwartseuthaler *de pignoribus cap.* 37. *num.* 9. Nostris quoque moribus id datum ex privilegio illis, qui mensam fœnebrem exercent, quod res alienas sibi pignori obligatas veris dominis supervenientibus, ac res suas persequentibus, restituere non compellantur, nisi receptis nummis a se bona fide numeratis; Groenewegen *ad rubric. Cod. si aliena res pign. data sit.* Adhæc licet maritus jure civili fundum dotalem ne consentiente quidem uxore obligare potuerit, *pr. Instit. quib. alien. licet vel non*, nunc tamen jure maritalis potestatis uti rem mulieris invita ea alienare, ita & obligare apud nos potest, etiamsi inter conjuges statutaria bonorum omnium communio exclusa sit. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 151. Confer Neostadium *de pactis antenupt. observ.* 16. *in notis.* Denique & mulier vidua saltem dimidiam feudi stante matrimonio emti, & jure communionis uxori quæsiti, recte obligat; etsi feudum ipsum, velut individuum quid, in universum penes maritum aut ejus heredes remaneat, dimidiata pretii parte uxori refusa; in quantum scilicet mulieris creditor in parte illa pretii necdum soluta, sed adhuc solvenda, ceteris mulieris istius creditoribus potior futurus est. Licet enim vulgo pretium pignoris non succedat in pignoris locum, nec pignori esse intelligatur, ut dictum *tit.* 1. *num.* 5. id tamen de pretio jam numerato tantum verum est, sed in numerando adhuc individuæ rei pretio, quod ex judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo sociorum alteri obventurum est, contra dicendum videtur, si ea rei communiter emtæ natura sit, ut res uni, alteri pretium pro rata cedere debeat, uti id in feudis nostratibus hereditariis stante matrimonio coemtis receptum est; quasi ea, quæ pretio contenta esse tenetur, non tam rem quam jus suum pro pretio rei consequendo videretur devinxisse. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *vol.* 2. *consil.* 98. Quod si extra causam pignorum mensæ fœnebri obligatorum privatus quispiam rem sibi commodatam locatamve, apud se depositam, tanquam suam pignori obliget, in Hollandia pignus regulariter non tenere, judicatum refert Leeuwen *cons. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7. *n.* 15. 16. 17. refutans Groeneweghum dissentientem. Adde statutum Leydense *art.* 140. Sane, quibus in locis alienatio rei per commodatarium depositarium aliosque sine domini voluntate facta impedit ipsi domino alienatæ rei vindicationem, ibi & oppignoratæ repetitionem domino denegandam esse, verius est; nisi dominus pignus luat, secundum ea, quæ plenius a me tradita *tit. de rei vindicatione n.* 12.

TITULUS IV.

Qui potiores in Pignore vel Hypotheca habeantur, & de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

SUMMARIA.

1. *Quid sit actio Serviana & quasi Serviana, seu hypothecaria? An, & quando detur, si pro debito conditionali pignus pure, aut vice versa, aut pro debito conditionali sub alia conditione pignus obligatum sit?*
2. *Datur contra quosvis bonæ vel malæ fidei possessores. An & contra eum, qui cum debitore litigavit de proprietate ac victor evasit? Per distinctionem inter pignus in specie & hypothecam explicatur.*
3. *Jure novo tertius possessor conveniri nequit, nisi excusso debitore & fidejussoribus ejus. An id obtineat, si quis sciens pignus emat, vel post litem debitori de pignore motam, vel res non generaliter sed specialiter obligata sit? Nostris moribus reductum in immobilibus jus antiquum & electio. Si prædibus cautum, prius pignora excutienda, dein fidejussores. Ultrajecti & in Flandria prius pignora immobilia penes tertium existentia excutienda, antequam debitor personali actione conveniatur. Quid juris, si mobilia pignora a tertio possideantur?*
4. *Cum res plures pro uno debito obligatæ sunt, vel res una, sed postea inter plures coheredes divisa, vel uni adjudicata, creditor res singulas & singulas partes,*

a quocumque possessas, pro solido debito potest excutere, nec cogi potest, ut dividat actionem.

5. *Si unus ex pluribus heredibus solidum solverit debitum hypothecarium, quibus actionibus ei contra coheredes consultum sit? An & tertiis tum justis tum non justis pignorum possessoribus actiones cedi debeant per creditores adversus ceteros possessores rerum aut partium pro eodem debito obligatarum, si hypothecaria conventi solidum debitum solvere parati sint?*

6. *Qui hypothecaria conventus solidum solvit, non solidum sed pro rata a reliquis aliorum pignorum possessionibus repetit. Si pignus iterato alienatum sit, hodie primus emtor ex aequo conveniri potest de pretio, quod ipse rursus ex venditione redegit, si constet, ultimum possessorem de evictione actionem adversus eum habiturum.*

7. *In quo intersit, utrum creditor hypothecario agat contra debitorem, an vere contra tertios possessores?*

8. *Si res eadem pluribus eodem tempore per partes vel in solidum obligatus sit, quo modo singuli agere possint tam contra tertios quam inter se, tum jure Romano tum moribus?*

9. *Quamdiu olim, & jure novo Justinianeo duraverit actio hypothecaria? An usucapione rei pignoratae jus pignoris evanuerit? & quid nunc apud nos obtineat?*

10. *De judicio concursus & praelationis inter creditores. An, & quando pendente vel jam finito concursus judicio creditores alii supervenientes adhuc audiendi sint? an tunc per eos, qui jure debiliori gaudent, cum sorte accepta etiam medii temporis usurae reddendae sint?*

11. *An pecunia ex pignorum venditione redacta pendente judicio concursus foenori collocari possit in usum creditorum? Quibus creditoribus ante finitum hoc judicium solvi possit? Quo modo cogi possint graphiarii & similes ad nummos secundum sententiam praelationis distribuendos?*

12. *Quo in loco judicium concursus & praelationis agitandum sit?*

13. *Omnibus creditoribus anteponuntur domini habentes rerum suarum vindicationem, quales plurimi recensentur. Quid si quis aurifabro, sartori &c. aurum dederit, ut inde vasa, vel pannum, ut inde vestis fieret? An si res nostra culpa vel dolo commodatarii, conductoris & similium perierint, privilegium nobis inter chirographarios pro aestimatione competat? An rei furto subductae dominus pro rei aestimatione privilegium habeat in bonis furtivis, vel rei furtivae venditae pretio adhuc debito, vel rebus ex pecunia furtiva emtis?*

14. *De his qui apud mensam publicam nummos deposuerunt, an in bonis mensulariorum foro cedentium praelationem habeant? An & hi qui hodie pecuniam in graphejo deposuerunt, si graphiarius eam in suos usus converterit, ac solvendo non sit?*

15. *An, & quando praelationem habeant, quando ex adverso ne concurrant quidem in pretio domini, qui res suas, pro alieno debito per errorem subhastatas, vendi passi sunt, nec se opposuerunt, per distinctiones explicatur.*

16. *Hypothecarii creditores praeferuntur chirographariis; nisi quis in venditionem ac proscriptionem rerum debitoris & similia iis annexa, vel in inventari. confectionem vel in funus defuncti crediderit. Quid juris, si sint hypothecarii privilegiati & non privilegiati, magis & minus privilegiati, aeque privilegiati?*

17. *Plerumque illos, qui specialem in re singulari hypothecam habent cum privilegio, potiores esse illis, quibus in omnia bona jus hypothecae datum est. Et quo ordine materia praelationis commodissime videatur explicanda?*

18. *Praefertur omnibus qui in militiam emendam credidit cum pacto pignoris in scripturam redacto. An id hodie adhuc obtineat in iis, qui ad munus venale emendum crediderunt? Quale jus habeat, qui credidit in emtionem rerum cum pacto, ut sibi res emtae pignori sint? Et quid si venditor rem immobilem vendiderit fide de pretio habita, si ipso solemnis traditionis instrumento, vel postea ex intervallo, res illa ei pro residuo pretio obligetur?*

19. *Qui in refectionem aedium aut navis crediderunt, habent in navi vel domo privilegium cum hypotheca; item locatores praediorum in invectis & illatis praeclusis, domini directi & similes pro canone, solario, censu; Universitas agrorum aggere munitorum, in praedio singulorum pro impensis aggerum molendinorum, & plures alii.*

20. *Quid juris, si cum illis, qui in emtionem domus aut navis crediderunt, quive de pretio praedii venditi cum pacto solemni pignoris contendunt, concurrant qui postea crediderant in refectionem? Quid si alii prius alii postea crediderint in refectionem domus aut navis? Quid, si domini directi pro solario, canone &c. concurrant cum iis, qui in reparationem aggerum & molendinorum crediderant?*

21. *Mulier, sponsa, uxor putativa habet hypothecam cum privilegio in omnibus mariti bonis pro dote & argumento ejus. An & pro paraphernis? An & pro arrhis sponsalitiis? Quid moribus?*

22. *Post mulierem fiscus agens ex causa primipilari, & pro tributis in omnia civium bona. Quid sit causa primipilaris? An jus causae primipilaris extendendum ad eos, qui stipendia militum in castris procurant, inter milites distribuenda?*

23. *Quale jus nostris moribus habeat fiscus pro tributis et vectigalibus?*

24. *In quibus debitoris bonis fiscus hypothecam cum privilegio habeat, si ex contractu agat?*

25. *Quo usque hoc fisci jus adhuc moribus usum inveniat? Pupillos, minores, civitates, ecclesias, fiscum in bonis tutorum administratorum hypothecam quidem, at non privilegium habere.*

26. *Si statuto quaedam personae aut causae enumerentur privilegiatae, an praecise eo veniant ordine, quo nominatae? et an non nominati intelligi debeant privilegio destituti, si jure civili privilegiati sint?*

27. *In simplicibus hypothecariis qui prior est tempore potior est jure, tum in pignore, tum in accessionibus: et tum pro debito principali, tum pro usuris, et poena in conventionem deducta, si et pro his pignus obligatum sit; item pro impensis necessariis in pignus factis. Quid moribus obtineat circa usuras?*

28. *Regula, quae prior tempore potior jure est, locum habet in pignore expresso, tacito, judiciali, sive*

ejusdem sive diversi generis hypothecarii creditores sint. An, et quatenus in pignore prætorio? An, et quatenus in generali? et quid si alius generale alius speciale habeat, tum jure Romano tum moribus?

49. *Prælatio non tantum ex diei sed & horæ prioritate æstimanda est. Quid si duabus simul res eadem obligetur? Quid si duobus separatim eodem die, nec hora utrique vel alterutri obligationi addita sit? Quid, si quis domum locatam vendiderit cum pacto, ut primi anni pensiones venditori, sequentium annorum emtori cedant, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque sequatur? Quid si hodie duæ immobilium hypothecæ eodem die in acta publica relatæ sint?*

50. *Quid juris in prælatione, si hypotheca uni sub conditione, alteri dein, pendente illa conditione, res eadem pure obligata sit? Quid juris, si pro debito conditionali hypotheca constituta sit pure, & pendente debiti conditione, eadem res alteri pro debito puro obligetur, per distinctionem & exempla explicatur. Et quid, si pro debito incertæ quantitatis adhuc nascituro pignus obligatum sit?*

51. *Quid juris, si res uni a non domino, alteri ab eodem jam domino facto obligetur? Quid si eadem res ab eodem non domino diversis alio atque alio tempore obligetur, & is postea dominium acquirat? Quid si a diversis non dominis res eadem diversis creditoribus obligata sit?*

52. *Novatione facta & pignoribus renovatis, durat temporis prioris prærogativa in pignoribus.*

53. *Quid si antiquior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam? vel suum jus pignoris callide dissimulaverit? vel priori per privatum, posteriori per publicum instrumentum res obligata sit?*

54. *Hypothecarii posteriores creditores priori etiam invito offerentes debitum, in jus ejus succedunt; chirographarii, & extranei non aliter, quam si id actum sit; vel pro debitore fiscali fisco solutum sit; vel possessor pignoris hypothecariæ conventus offerat debitum.*

55. *Oblationes invito hypothecario factæ habuerunt quandam iniquitatem, & tamen simul necessitatem. Cur nostris moribus cessent tales oblationes? Quo modo hodie creditum hypothecarium alteri cedi possit? An præter hypothecam alia privilegia transeant in cessionarium?*

56. *Quid juris, si chirographarii magis & minus privilegiati vel æque privilegiati concurrant? An non privilegiati debita exacta restituere teneantur chirographariis privilegiatis?*

57. *Recensentur privilegiati chirographarii, civitates in bonis eorum quibuscum contraxerunt; famuli & ancillæ pro mercede. An domini pecuniæ furto ablatæ in rebus ea pecunia emtis, vel in pretio ex rebus furtivis per furem venditis adhuc debito? Quid, si alii ex oneroso, alii ex lucrativo titulo creditores sint?*

58. *Cujus loci statuta circa jus prælationis observanda sint, per distinctiones traditur.*

1. Etsi vulgo actiones a creditoribus adversus debitores intentari solent, tamen ubi debitor solvendo esse desiit, accidit frequenter, ut creditores, omisso debitore, in se invicem ruant, ac magnis inter se animis disputantes de prælatione in bona debitoris, seu, πρωτοπραξία mutuis sese tenent vulneribus conficere. Antequam autem de ipso agatur prælationis jure, consultum fuerit præmittere actionis hypothecariæ pleniorem tractationem. Sciendum enim ex jure pignoris actionem nasci in rem, prætoriam, arbitrariam, tum Servianam de rebus coloni illatis invectis in prædium rusticum & expresse pro pensione locatori obligatis, tum quasi Servianam, quæ & *hypothecaria* & *utilis Serviana*, quandoque etiam simpliciter *Serviana* appellatur, §. *item Serviana* 7. *Instit. de action. l.* 1. §. 2. *l. vel quæ* 7. *l. si debitor* 10. *l. si inter in* §. 1. *ff. de pign. & hypoth.* qua generaliter creditores pignora & hypothecas expresse vel tacite vel lege sibi devinctas persequuntur, si sibi a debitore vel pignorum possessoribus haud satisfiat, *l. si fundus* 10. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pign. & hypoth.* Nec quicquam inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, præter diversum nominis sonum interest, *d.* §. 7. *Inst. de action. l. res hypotheca* 5. §. 1. *ff. de pignor. & hypoth.* Interest tamen, utrum pro debito puro pignus sub conditione, an pro debito conditionali pignus pure, an denique pro debito conditionali pignus sub alia conditione obligatum sit; primo namque casu non ante creditor hypothecaria experiri potest, quam si conditio hypothecæ extiterit, sed officio judicis possessor rei sub conditione obligatæ cavere jubetur, se restituturum hypothecam, si conditio extiterit, nec pecunia soluta sit, *l. grege* 13. §. *pen. ff. de pign. & hypot.* Secundo quo casu ante conditionis existentiam non recte agitur, quia nihil ante debetur, *d. l.* 13. §. *pen.* Tertio vero casu non ante conditionis utriusque eventum huic actioni locus est, cum, una tantum existente, vel debitum principale etiamnum defuturum sit, vel hypothecaria necdum sit nata. Adde *tit. de judiciis n.* 28. & *tit. de in jus vocando num.* 20.

2. Intentari potest hæc actio non tantum contra ipsum debitorem, eumve, qui pro debitore rem suam obligavit, sed & contra tertium quemvis bonæ vel malæ fidei possessorem, eumque, qui dolo malo possidere desiit, *l. si fundus* 15. §. *in vindicatione* 3. *ff. de pignor. & hypoth.* Cum enim jus pignoris non personæ, sed rei annexum sit, debitor neque donando, neque vendendo, neque permutando, neque ullo alio modo alienando, illud creditori auferre potuit, *l. si dominum* 9. *l. debitorem* 15. *C. de pign. & hypoth. l. l. sicut.* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* Quid, quod & his recte hac convenitur actione, qui de proprietate res pignori obligatæ cum debitore obligante litigavit rei vindicatione aut petitione hereditatis, & victor evasit, si modo pignoris obligatio lite illa antiquior sit, maxime si debitor creditorem non monuerit, *l. si superatus* 3. *pr.* & §. 1. *ff. de pignor. & hypoth. l. judicatæ quidem* 29. §. 1. *ff. de except. rei judic.* & res tantum hypothecæ obligata fuerit, adeoque possessio apud debitorem manere debuerit: quippe quo casu debitor cum alio de proprietate experiri quidem jure potuit, nec in eo a creditore impediri, utpote ex natura hypothecæ sibi possessionis & detentionis jus salvum habens ac valens asserere atque tueri, §. *item Serviana* 7. *Instit. de action.* sed nec creditori extra culpam posito res inter alios acta vel judicata obesse debuit, quo minus

ipse novam faceret ex jure pignoris persecutionem. Sive enim ignoraverit, litem debitori cum alio de pignoris proprietate intercedere, ignorantia ei jus suum agendi abunde tuebitur; sive contra sciverit, id agi a debitore, culpa tamen caret, dum ipse neque de proprietate per rei vindicationem aut hereditatis petitionem contendere cum extraneo possessore potuit, neque possessionem, quam debitor sibi secundum hypothecæ naturam reservaverat, a tertio avocare, nisi postquam debitor in mora solvendi esse cœpit, & ob id executio pignoris facienda est; si tamen non modo sciverit, litem debitori motam esse sed & liti adstiterit, dubium esse non potest, quin tunc ei nocitura quoque sit sententia contra debitorem lata, *l. ab executore* 4. §. *idque* 4. *ff. de appel.* Et de eo casu, quo tantum hypothecæ jus creditori constitutum erat, tractari a Papiniano in *l. si superatus* 3. *ff. de pignorib. & hypoth.* inde colligi potest, quod in ea lege debitor inter alia etiam *victus dicitur vindicans hereditatem*, ac asseritur, *judicem actionis Servianæ, neglecta de hereditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debere*; quia fieri potest, ut pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo debitore lis bene instituta. Qua enim, obsecro, ratione debitor concipi posset ex pignoris causa tradidisse creditori res hereditarias, de quarum possessione acquirenda demum postea per hereditatis petitionem expertus est adversus tertium, tanquam pro herede vel prô possessore possidentem? Diversa causa est, si creditori res ex contractu pignoris tradita fuerit, isque deinceps passus sit sciens, debitorem de pignoris proprietate cum extraneo experiri, ac debitor ea in lite superatus sit: tunc enim ei scienti sententia inter debitorem & extraneum lata præjudicat, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est; cum ipse ex facta sibi pignoris traditione jus possidendi adeptus, inde potuerit etiam adversus tertium rei possessorem de recuperanda possessione amissa experiri ante debitorem, allegans, sibi de ea re primum actionem competere aut defensionem, *l. sæpe constitutum* 63. *ff. de re judicata*, quam legem de pignore in specie creditori tradito accipiendam esse, conjicere ex eo licet, quod creditor, patiens debitorem experiri de pignore, ibidem jungitur marito patienti socerum vel uxorem experiri de proprietate rei in dotem datæ, & possessori seu emtori patienti venditorem contendere de rei proprietate. Plane si debitorem cum adversario collusisse, atque ita succubuisse, creditor probare possit, sententiam contra debitorem latam creditori non nocituram, rescriptum est, *l. præses* 5. *C. de pignor. & hypoth.* Non desunt interim, quibus magis placet, sine distinctione inter pignus & hypothecam ex sola scientia aut ignorantia creditoris petere *d. l.* 3. *& d. l.* 63. conciliationem, quasi sententia contra debitorem lata noceat creditori *scienti*, ut habet *d. l.* 63. non item ignoranti debitorem experiri; ad quem casum restringunt verba generaliora *d. l.* 3. Bachovius *de pignorib. libr.* 3. *cap.* 15. *num.* 1. Petrus Barbosa *ad l. qua dotis* 34. *ff. soluto matrimon. num.* 160. Sed vix est, ut demonstrari possit, quo modo creditori, nudam hypothecam in specie habenti, actio aut defensio pignoris primo loco competeret ad debitoris exclusionem.

3. Licet autem jure veteri electio creditori competierit, utrum prius debitorem principalem aut fidejussores ejus an pignora excutere vellet, postquam prius debitores præsentes denunciationibus conventi & ita non satisfacientes in mora constituti sunt, *l. persecutione* 24. *C. de pignor. & hypoth.* junct. *l. debitores* 10. *C. eod.* & ea electio etiam num jure novo remanserit, quoties ipse debitor etiam simul res pignoratas tenet; adeo ut non electione unius actionis sed demum solutione, reliquæ pereant, *l. grege* 13. §. *etiam* 4. *ff. de pign. & hyp.* tamen, si a tertio res obligata possideatur, a Justiniano constitutum est, excutiendum esse prius debitorem & fidejussores ejus, antequam tertius pignoris possessor conveniatur, *novell.* 4. *cap. sed neque* 2. Quod & ex jure veteri peculiariter rescriptum fuit in casu, quo bona conductricis vectigalium pro pensione fisco ex lege devicta ac in plures alienata fuerant, cum conductricis heres pro reliquis fisco debitoris idonei essent, *l. Mosehis* 47. *ff. de jure fisci* Non tamen huic juris novi dispositioni & ordinis beneficio locus videtur relinquendus, si tertius, sciens pignoris vinculum, pignus nihilominus emerit, cum jura deceptis non item scientibus subvenire ac parcere soleant, nec si tertius comparaverit demum rem obligatam post litem de re obligata contra debitorem jam inchoatam, arg. *tot. tit. ff. & Cod. de litigiosis*, & *novell.* 112. *cap.* 1. *in pr.* nec si res *specialiter* pignori obligata a tertio possideatur: non enim improbabilis est eorum opinio, qui putant, *novellam* 4. *cap.* 2. quandam adhuc ab ipso emendationem passam esse per *nov.* 112. *cap.* 1. *versu*, *ut si quidem speciales*, dum ibi constituit, posse quidem debitorem vendere res mobiles aut immobiles *nominatim* hypothecæ suppositas, sed si creditori ex pretio pignoris per debitorem divenditi satisfactum non fuerit, licentiam ei competere vindicandi rem venditam sibi hypothecæ suppositam, donec ei satis pro debito fiat. Cui consequens est, in sola generali hypotheca remansisse jure novissimo necessitatem excutiendi debitorem ante tertios rei generaliter obligatæ possessores. Nec deest speciosa quædam mutationis ratio, quod nempe, vendita re specialiter obligata, magis noceatur creditori, rem aliam sibi obligatam non habenti, quam debitor teneret; in generali autem hypotheca omnis debitoris bona devincta sint, unde post quarundam distractionem adhuc de reliquis a debitore possessis hypothecaria ipsi potest debitori moveri. Ita post Huberum *ad Pand. tit. de pignor. & hypoth. n.* 9. Brunnemannum *ad l.* 24. *C. de pign. & hypothec.* aliosque, clariss. Juris antecessor D. Pagenstecher *in Irnerio suo injuria vapulante, collatione* 8. *ad auth. hoc si C. de pign. & hypoth.* §. 3. *& seqq.* Interim nostris moribus longe major hac in parte mutatio facta fuit, dum in immobilibus specialiter vel ex lege pignori obligatis, & ab ipso debitore possessis, liberum creditori est intentare simul personalem actionem & hypothecariam, ac uno utramque libello cumulare, ut dictum *tit. de edendo n.* 14. *in med.* iisdem vero ab externo possessis, iterum electio creditori restituta est, utrum prius actione personali debitorem, an hypothecaria tertium pignoris possessorem convenire malit, *Politic. Ordonn. van. Holland. art.* 36. Imo, si prædiis simul ac prædibus creditori cautum fuerit, sancitum in Hollandia, personalem adversus fidejussores actionem quiescere debere, donec pignus excussum fuerit; ac tum demum ad eam, quæ adversus fidejussores competit, velut subsidia-

etiam in id quod restat exsolvendum, transeundum esse, si non aliud expresse in contrarium actum sit, *Edicto Philippi Hisp. Regis in usum Hollandiæ* 21. *Februarii* 1564. *vol.* 1. *placitor. Holl. pag.* 319. *& seqq.* repetitum *vol.* 3. *pag.* 587. Consuetud. Amstelod. *part.* 2. *cap.* 5. *num.* 2. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 3. *num.* 63. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 4. *in fine*. Groenewegen *ad l.* 47. *ff. de jure fisci* & *ad l.* 22. *C. de pign. & hypoth.* Abr. a Wesel *ad novellas consti.. Ultrajectin. art.* 20. *n.* 37. Quid, quod in Flandria & diœcesi Ultrajectina invaluit, ne ipsum quidem debitorem principalem actione personali per creditorem conveniri posse, nisi postquam pignus, penes tertium existens possessorem, excussum est, nec inde solidum creditor est consecutus, ut testatur Burgundus *ad consuetud. Flandriæ tract.* 1. *num.* 30. & a curia Ultrajectina judicatum in causa Nicolai Ruysch contra Nicolaum de Meyer 26. *Febr.* 1649. Quod si mobilia pignori data possideantur a tertio, nulla pro eorum persecutione hypothecaria moribus competit; cum mobilia sequelam non habeant; Groenewegen *ad l.* 1. *C. de precario*. Parens p. m. Paulus Voet *ad §. ult. Instit. quib. mod. re contrah. obligatio num.* 9. Adde *tit.* 1. *n.* 13.

4. Ceterum, ut creditor hypothecariam actionem sibi competentem dividat, & plures pro parte conveniat, neque jure Romano neque nostris moribus invitus compelli potest, cum individua censeatur esse pignoris causa. Sive enim res una obligata sit, &, cum plures ejusdem debitoris heredes essent, illa uni adjudicata, vel inter eos in partes divisa fuerit, vel pars pignoris per debitorem aut heredes ejus alienata concipiatur, liberum creditori est & rem totam uni adjudicatam, & partem illam, quæ uni ex divisione vel alienatione obvenit, pro solido debito excutere, adeo ut possessor excussionem impedire nequeat sive solidi sive partis a se possessæ, utcunque debiti partem pro rata solvere paratus sit, vel etiam re ipsa jam præstiterit, *l.* 1. 2. *C. de luit. pignoris, l. pro hereditatis* 2. *C. de heredit. action. l. anus* 16. *C. de distract. pignor.* arg. *l. si consensit* 7. *§. ult. ff. quib. mod. pign. vel hyp. solvitur, l. si quis putans* 6. *§. si fundus* 8. *ff. communi divid. l. rem hereditariam* 65. *ff. de evictiòn. l. iis, qui fundum* 31. *ff. de usu & usufr. legato*. Hugo Grotius *manud. ad Jurispr. Holl. libr.* 2. *cap.* 48. *num.* 53. Ant. Faber *Cod. libr.* 8. *tit.* 6. *defin.* 5. Negusantius *de pignoribus membro primo octava partis num.* 48. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 11. & *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 114. Sive ex adverso res plures simul pro uno eodemque debito specialiter devinctæ sint, ac quædam ex his ex lucrativo vel oneroso titulo ad tertios fuerint possessores translatæ, singuli cujusque rei immobilis obligatæ possessores non pro modo substantiæ singularum rerum, sed in solidum conveniri possunt pro creditoris electione, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant; *l.* 2. *C. si unus ex plurib. hered. creditoris et debitoris part. suam solv. vel accep. l. Mercbis* 47. *ff. de jure fisci* in verbis *possessorem omnem*. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 4. *in fine*. Sande *de cessione auction. cap.* 6. *num.* 61. Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 47. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 13. *art.* 31. *num.* 8. *in notis additis*. Ant. Faber *Cod. libr.* 3. *tit.* 6. *defin.* 40. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *consil.* 240. *num.* 1.

5. Quod si unus ex pluribus hæredibus ob individuam pignoris ab eo possessi causam solus in solidum creditori hypothecaria agenti satisfecerit, non dubium, quin ei adversus coheredes ceteros actio pro rata cedi debeat, ut ceditur fidejussori solidum solvere parato adversus reliquos ejusdem debiti fidejussores. Præterquam quod & sine cessione per actionum negotiorum gestorum aut familiæ erciscundæ indemnitatem a ceteris consequi posset, *l. sive pro fratre* 3. *C. de negot. gestis*, de quo latius *ad tit. famil. ercisc. num.* 41. An autem & tertiis pignorum possessoribus, qui partem obligatæ rei, aut unam ex pluribus rebus pro eodem debito obligatis tenentes ad solidi debiti solutionem compelluntur, actiones adversus reliquos partis alterius aut aliarum rerum simul obligatarum possessores pro rata cedendæ sint, non æque expeditum est. Sunt, qui justis quidem, at non injustis rerum obligatarum possessoribus, actionem a creditore debiti solidi solutionem obtinente cedi oportere contendunt, iter quos & Sandius *de cessione actionum cap.* 6. *n.* 63. 64. idque arg. *l. mulier* 19. *ff. h. t.* in verbo, *justus possessor*. Sed magis est, ut generaliter possessori ac detentori quali quali pignoris, si hypothecaria conventus solidum offerat debitum, adversus debitores principales & reliquorum pignorum aut partium possessores actiones pro rata cedi debeant, cum Paulus responderit, eos, qui jure pignoris rem persequuntur, a vindicatione rei removeri solere, *si qualiscunque possessor* offerre velit; neque enim debere quæri de jure possessoris, cum jus petitionis removeatur, soluto pignore, *l. Paulus* 12. *§.* 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*. Et quamvis Sandius *d. loco* post Cujacium *libr.* 11. *observ.* 35. *in fine* excipiat, in *d. l.* 12. *§.* 1. per oblationem a possessore quocunque factam impediri quidem ipsam pignoris vindicationem, non tamen ibi creditori imponi necessitatem cedendarum actionum, vanum tamen illud effugium esse, vel inde patet, quod Papinianus generaliter scripsit, *cum possessor unus expediendi negotii causa tributorum jure* (pro quibus prædia ex lege obligata esse constat) *conveniretur, adversus cæteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conventus est, actiones a fisco præstari, l. cum possessor* 5. *ff. de censibus*. Et sane, si constituentibus pro alio, si fidejubentibus, solidum solvere paratis actiones ex certissimis juris principiis cedendæ sint adversus reliquos simul constituentes aut fidejubentes, rationem non animadverto, cur non & possessori quali quali solidum solventi, & ita actionem ab eo, cui solvit ementi, actio illa cedenda foret; cum ineptum sit, de jure possessoris quæri, ubi reliquorum possidentium intuitu jus petitoris remotum est, secundum verba *d. legis* 12. *§.* 1. Illud quidem haud eundum inficias, extraneum, qui pro debitore sponte sua debitum alienum offert creditori, non jure desiderare, jus obligationis in se transferri, *l. nulla tibi* 5. *C. de solutionibus*, sed contra servatur, ubi quis vel ex contractu, ut in constituto & fidejussione, vel ex metu amittendæ possessionis qualisqualis, maxime ubi jam a creditore tanquam pignoris detentor conveniri cœpit, solutionem offert creditori, non invito neque reluctanti, sed omni modo solutionem sibi fieri postulanti; ac, ni illa sequatur, qualemcunque ablaturo possessionem. Si quæras, cum Sandio, qua fronte cessionis beneficium,

quod juris est, implorare audeat, qui contra jus possidet; respondeo, eo jure, quo & impensas necessarias in rem a se mala fide possessam factas mediante retentione a vero rei domino vindicante recuperat. Stringeret scilicet ista interrogatio, si possessor injustus in leges incurreret per ipsam debiti totius solutionem, propter quam nunc sibi actiones cedi cupit, atque ita locum inveniret, quod est in *l. si plures* 38. *§. ult. ff. de administr. & peric. tut.* Sed non ita est: etsi enim turpiter faciat injustus possessor, quod possessionem apprehenderit nullo sufficiente titulo aut jure munitus, ac alienæ rei conscientiam habens; non tamen turpiter in eo facit, quod exsolvit hypothecario creditori æs illud alienum, pro quo res illa devincta fuit; uti non peccat, qui, dum sciens alienam rem tenet, necessarias in eam impensas facit, licet eam vero domino restituendo potuisset impensis illis se subduxisse, ut dixi *tit. de petit. heredit. n.* 21. Ac pro hac sententia stat post allegatos multos alios Negusantius *de pignor. & hypoth. membro secundo* (vel *membro tertio*) *quintæ partis n.* 26. 27. Nec huic adversatur opinioni *d. l. mulier* 19. *ff. h. t.* quippe quæ non tam restrictionis, quam potius exempli causa, justi possessoris mentionem habet.

6. Illud minus ambiguum est, eum, qui solidum solvit, non solidum a ceteris aliorum pignorum possessoribus recuperaturum, sed tantum pro rata, ut ita paris sit conditionis cum aliis, qui itidem ex eo solo, quod pignorum possessores sunt, conveniri possunt, arg. *l. cum possessor* 5. *de censibus*, Joh. a Sande *d. tract. de cessione action. cap.* 6. *numer.* 65. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 255. Cumque *tit.* 1. dictum fuerit, pretia pignorum regulariter haud esse pignori, nec succedere in locum pignorum, consequens est, ut secundum rigorem juris hypothecaria actio tantum adversus ultimum pignoris possessorem moveri possit, si forte multiplici alienatione per multas manus pignus ambulaverit. Quamvis ex æquo & bono ad evitandas lites superfluas & sumtuum multiplicationem ab Hollandiæ curia judicatum fuerit, adversus primum pignoris venditorem de pretio ex venditione redacto actionem creditori haud esse denegandam, si constiterit, quartum possessorem adversus tertium, & tertium rursus adversus secundum, ac denique hunc rursus contra primum evictionis nomine posse experiri, Neostadius *Cur. Holl. decis.* 16. *quæst.* 2.

7. Licet autem & contra debitorem & contra tertios possessores hypothecaria actio detur, interest tamen, utrum creditor conveniat debitorem ipsum, an alios possidentes. Etenim, si tertium conveniat, probare tenetur, rem tempore obligationis in hypotheca speciali, aut quandocunque a tempore hypothecæ constitutæ in hypotheca generali in bonis debitoris fuisse, *l. & quæ nondum* 15. *§.* 1. *ff. de pignor. & hypoth.* cum tamen nihil horum probare necesse sit, si contra ipsum agatur debitorem, nec alius intercedat; cum utique suum debitor factum præstare teneatur. Sed & secundo, debitor hac conventus actione non tenetur ultra præstare, quam quatenus debet, licet ob contumaciam in plus damnatus esset. *l. si fundus* 16. *§. si pluris* 6. *l. si inter* 21. *§. ult. ff. de pign. & hypoth.* Adde *tit. de condict. indeb. n.* 18. *in fine.* At tertius possessor ad integram rei obligatæ æstimationem tenetur ex contumacia, ex qua id, quod debitum excedit, creditor debitori restituit, *d. l.* 21. *§. ult.* adeo ut & jurijurando in litem ob dolum aut contumaciam possidentis, ac creditori hypothecario debitum non solventis, locus esse possit, *l. si fundus* 16. *§. in vindicatione* 3. *ff. de pign. & hypoth.* arg. *l. qui restituere* 68. *ff. de rei vind.*

8. Quod si pluribus creditoribus simul res eadem eodem tempore sit obligata, si quidem pro partibus, aut etiam nulla partis vel solidi mentione facta, singuli pro parte tantum tam inter se, quam contra tertios possessores, experiri hac actione possunt: & quidem pro dimidia, si æquale utriusque debitum sit; pro rata vero debiti, si inæquale, *l. si debitor* 10. *in fine l. si fundus* 16. *§. si duo* 8. *ff. de pignor. & hypoth.* sin singulis in solidum, contra tertium quidem possessorem in solidum agunt singuli, quippe ex jure sibi in solidum constituto; sed si ipsi inter se contendant, potiorem esse possessoris conditionem Romanis visum est, *d. l.* 10. *ff. de pign. & hypoth. l.* 1. *§.* 1. *ff. de Salviano interdicto*, quod nostris moribus in re mobili, sequelam non habente, haud difficulter admiseris, Ant. Matthæus de *auct. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 100. sed in immobilibus magis est, ut non possidens æquale cum possidente jus habeat, saltem ad id, ut pro rata quisque in rei istius distractæ pretium veniat, quod & Groenewegio placet ad *d. l.* 10. nec ipso forte jure Romano alienum est, si consideremus, in *d. l.* 10. non tam de jure prælationis, quam potius de ipsa actione Serviana ad *apprehendendam possessionem* sermonem esse; circa quam possessionem utcunque melior possidenti conditio videri possit, non tamen ideo prælatio quoque in pretio pignoris possidenti asserenda est. Non enim ex possessione dependet hypothecæ aut prælationis jus; cum & amissa, imo ne acquisita quidem possessione, potior in pignore quis esse possit, *l. creditor* 12. *§. ult. ff. h. t.* Scilicet, ut apertius dicam, singulis in solidum res eadem obligata est, &, si neutri creditori solutum sit, ex necessitate per concursum partes faciunt, atque ita singulis ex pretio pignoris distracti facienda debiti solutio pro rata; eaque fiet ratione, ut, re pluribus simul obligata, æqualis omnium causa sit, ut Paulus voluit in *l. aliena res* 20. *§.* 1. *ff. de pignorat. act.* Sed si alteruter eorum sine pignoris distractione per solutionem aut aliter dimissus sit, alteri adhuc tota res pro suo debito obligata manet: eo fere modo, quo id in re eadem duobus conjunctim legata contingit, juxta *§. si eadem* 8. *Inst. de legatis.*

9. Durationem hujus actionis quod attinet, olim quidem debitore aut herede ejus possidente, non videtur ullo temporis lapsu evanuisse, *l.* 1. 2. *C. si advers. creditorem præscript. oppon.* multoque magis id obtinuit, ubi creditor ipse pignoris possessionem ex contractu nactus fuerat, & possessioni incumbebat. Quod si extraneus pignus tenuisset bona fide & justo titulo per tempus usucapionibus ex lege veteri ante Justinianum præfinitum, puta biennii in immobilibus, aut anni in mobilibus, distinctio videtur adhibita fuisse inter pignus in specie, cujus possessio in creditorem translata fuit, & hypothecam, quæ penes debitorem manet. Si enim pignus creditori traditum, deinde ab extraneo usucaptum fuerit, usucapionem illam etiam in creditoris præjudicium impletam fuisse, verius est: tum quia creditor ipse pignoris possidendi jus habens, illud ab iniquo possessore debuisset

avocare, ac id omittens, suæ debuit negligentiæ acceptum ferre, quod usucapio pignoris impleta fuit, atque ita ipsi quoque periit pignoris jus, *l.* 1. *C. si advers. credit. præscr. pign. oppon.* tum etiam, quia in *l. ult. ff. de usurpat. & usucap.* scriptum est, si debitor id, quod creditori pignori dederat, surripuerit, eam quidem rem furtivam esse, *sed simulatque in creditoris potestatem venerit*, *usucapi posse*; qualis usucapio ex eo tempore non poterat incipere locum habere ratione proprietatis, (nam non proprietatis, sed tantum possessionis apud creditorem constitutæ, vel juris & securitatis creditori in re competentis intuitu, furtum factum erat, arg. *l. certe si* 6. §. *ult. ff. de precario*, & §. 1. junct. §. *aliquando* 10. *Instit. de oblig. quæ ex delicto*, ibique Vinnius & Paulus Voet; ut proinde nec quantum ad proprietatem videri potuerit vitium subesse, aut ob id usucapio impedita fuisse) sed tantum ratione possessionis & juris quod habebat creditor in re; quippe cujus solius intuitu cum furtum factum esset, purgabatur furti vitium, quum primum res venerat in creditoris potestatem, ac eo quoque ipso usucapio pignoris, jam nulla ex parte vitiosi, procedere potuit in creditoris præjudicium, si is secundum artedicta rem deinceps ab alio per tempus lege definitum possideri passus esset. Quibus accedit, æquissimum esse, ut tanto temporis spatio jus pignoris ex negligentia creditoris, possessionem pignoris adepti, pereat creditori, quanto dominium domino perit ex domini negligentia: quomodo de usufructuario circa amissionem ususfructus id constitutum invenitur, qualis fructuarius eo fere modo habet jus possidendi res fructuarias, quo creditor res sibi ex pignore traditas, *l. pen.* §. 1. *in fine C. de usufructu.* Diversa hypothecæ ratio fuit, cujus possessio cum apud ipsum debuerit remanere debitorem ex natura hypothecæ, debitori magis quam creditori imputandum fuit, quod pignus, per negligentiam ejus a tertio possessore non mature avocatum, usucaptum fuit; imo perinde id habendum fuit, ac si debitor pignus vendidisset; eo quod vix est, ut alienare non intelligatur, qui patitur usu capi, *l. alienationis* 28. *ff. de verb. sign.* cui consequens erat, etiam post usucapionem impletam durare creditori (qui negligentiæ accusari non poterat, arg. *l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.*) pignoris jus & persecutionem, ac quæstionem & conventionem pignoris ab intentione dominii separari, uti aliquoties responsum & rescriptum fuit, *l.* 1. §. 2. *in fine ff. de pign. & hypoth. l. usucapio* 7. *Cod. eod. tit. l. justo errore* 44. §. *non mutat* 5. *ff. de usurpat. & usucap. l. misso* 12. *ff. pro emtore*, *l. cum postulassem* 44. §. 1. *ff. de damno infecto*, quæ leges omnes commodissime de hypotheca accipi possunt: nam in *l.* 1. §. 2. *ff. de pign. & hyp. & l.* 44. §. 1. *ff. de damno infecto*, tractatur de prædii ac ædibus pignori obligatis, in quibus plerumque hypotheca magis quam dignus est, §. *item serviana* 7. *in fine Inst. de act.* Porro in *l.* 7. *C. de pign. & hyp. & l.* 44. §. 5. *ff. de usurp. & usucap.* pignoris *conventionem* usucapione non extingui, & *sola conventione constituti* pignoris persecutionem non perimi, legitur, quod proprie ad hypothecas spectat, *l.* 1. *pr. ff. de pignorat. act.* denique in *l.* 12. *ff. pro emtore* de legatariis in possessionem missis agitur, qui ex missione non consequuntur possessionem rerum, sed tantum custodiam, nec expellendi heredem jus habent, sed simul cum eo possident, ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueant cautionem, *l. is cui* 5. *pr. ff. ut in possess. legat. causa*, sic ut & hæc pignoris prætorii species magis ad hypothecam in omnia bona defuncti constitutam, quam ad pignus in specie videatur pertinere: licet verum sit, ipsos missos debuisse admissos esse, ut pignoris prætorii jus nascatur, ac missi valeant custodire, *l. non est mirum* 26. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Si tamen non usucapta tantum, sed & longo tempore possessa fuisset a tertio res oppignorata, præscriptio longi temporis excludebat creditorem; atque ita efficiebat id, quod anni aut biennii usucapio efficere non potuit; licet alioquin in aliis, ac præcipue in dominii directi adjectione, major olim usucapionis vis fuerit, quam præscriptionis, *d. l.* 1. *&* 2. *C. si adversus credit. præscript. oppon.* Confer Ant. Fabrum in *rational. ad d. l.* 1. §. 2. *ff. de pign. & hyp* Sed jure posteriori Romano duravit hæc actio hypothecaria creditori annis quadraginta tam adversus debitores & eorum heredes, quam contra tertios possessores & creditore posteriores rem possidentes vivo debitore: eo enim defuncto, posterior creditor potuit annis triginta a morte debitoris excludere priorem, *l. cum notissimi* 7. *pr. &* §. 1. 2. *C. de præscrip.* 30. *vel* 40. *annor.* Quæ ita obtinebant, præsupposito, quod principalis obligatio annis quadraginta durat, dum forte in judicium deducta est: nam cum tempore istius *l.* 7. actiones litis contestatione perpetuæ efficerentur, *l. ult. ff. de fidejussor. & nominat. & hered. tut.* donec per Justinianum constitutum fuit, eas in judicium deductas annis quadraginta durare a novissimis actis, *l. ul. C. de præscr.* 30. *vel* 40. *annor.* non mirum fuit, ad annos quadraginta extendi potuisse actionis hypothecariæ durationem. Sed cum novissima Justiniani *lege* 13. *C. de judic.* dispositionem *d. legis ult. Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann.* mutatam esse plenius adstruxerim *tit. de judic. num.* 55. dicendum videtur, regulariter actionem hypothecariam, tanquam accessoriam, non ultra vitam actionis principalis produci. Quin imo, ex moribus hodiernis non improbabile est, actionem hypothecariam ad instar alterius cujusvis actionis triente seculi excludi, Ant. Matthæus *Parœm. Belgar. Jurisc.* 9. *n.* 7. *pag.* 319. *in med.* Quo facit, quod ab Hugone Grotio traditum *lib.* 3. *manud. ad jurispr. Holl. cap.* 46. *num.* 8. præscriptiones actionum apud nos fieri triente seculi, qui tamen *lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 5. *& seqq.* plane probat in actione hypothecaria præscriptionem triginta aut quadraginta annorum, secundum distinctionem supra propositam ex *d. l.* 7. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, in quam sententiam etiam ab Hollandiæ Curia judicatum refert Neostadius *Curiæ Holl. dec.* 8. *&* 15. *in fine.* Licet debitor usuras annuumve reditum suis solvisset temporibus, ac propterea deficiente mora, creditori occasio quoque defuerit interpellandi tertium pignoris possessorem, arg. *l. Pomponius* 29. *ff. quib. mod. ususfruct. amitt.* Cujus tamen contrarium aliquando in Hollandia judicatum fuisse, sic ut ne quadraginta quidem annorum quieta possessio hypothecariam potuerit actionem elidere, exemplis adductis commemorat auctor consilii inter respons. Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 264. Quam etiam sententiam tuetur Chassanæus ad *consuetud. Burgund. rub.* 22. §. 2. *num.* 40. 41. ac pro ea facit argumentum a

fidejussore desumtum, quem obligatum manere, licet totis triginta annis interpellatus non fuerit, si modo debitor ipse præscriptione non sit liberatus, dicetur *tit. de fidejussorib.* arg. *l. ult. Cod. de duob. reis*, *l. si servum* 91. §. *nunc* 4. *ff. deverbor. obl.* Sane si creditor possessori intra tempora præscriptioni præfinita denuntiaverit, rem ab eo possessam pro tali debito pignoris jure devinctam esse; ne annorum quidem quadraginta præscriptionem metuere debet, ut monet Neostadius *d. dec.* 8. *in fine.* Ut ti nec, si possessor sit heres debitoris, utcunque tunc neque denunciatio ei facta fuerit, neque ulla in solvendis usuris annuis mora commissa, ut notat Groenewegen ad *d. l.* 7. *C. de prascript.* 30. *vel* 40. *annu. num.* 2.

10. Præter hypothecariam hactenus tractatam, non inconsultum fuerit de ipso prælationis aut concursus judicio, inter creditores agitando, pauca subnectere. Brevissima quidem & expeditissima hujus judicii ad finem perducendi via est, si creditores verbis rem agant apud judicem isti judicio delegatum, communicatis inter se documentis, quibus unusquisque suum asserere vult prælationis jus; sed si qui creditores morosiores sint, scriptis hoc judicium agitandum est (*ereeb van preferentie*) ut tamen liberum sit illis, qui se ista litigandi ratione ac protelatione læsionem subituros arbitrantur, de sumtibus damnis eoque quod interest protestari, vide van Alphens Papegay *part.* 1. *cap.* 30. *pag.* 481. 482. Quod si jam inter quosdam creditores hoc judicium inchoatum sit, alii recte petierint, se ad idem admitti judicium; quin imo judicio jam finito ac nummis ex venditione bonorum redactis jam secundum sententiam prælationis inter creditores distributis, creditoribus aliis judicii prioris ignaris, aut tunc absentibus, aliave causa probabili impeditis (non promiscue omnibus), adhuc liberum est, saltem mediante in integrum restitutione, iteratam desiderare de prælatione disceptationem; nisi id nominatim statutis inveniatur inhibitum, aut non nisi usque ad certum tempus modicum ex statuto permissum, Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 13. 14. Appendix decision. post responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 35. *in med.* van Alphens Papegay *d. cap.* 30. *pag.* 481. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 51. 52. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 299. Quam etiam ob causam apud nos & vicinis multis in regionibus obtinuit, creditores post finitum prælationis judicium non aliter adjudicatæ sibi quantitatis solutionem accipere, quam si de restituendo sufficientem præstiterint cautionem, si forte emergerent in posterum creditores alii potiora jura habentes, arg. *l. procuratoris* 5. §. *ult. ff. de tribut. act.* in dubio quidem sine usuris, si non usu regionis inductum appareat, nominatim etiam de usurarum restitutione oportere caveri, præsertim cum moribus non ita facile usurarum obligatio nasci soleat, neque in nostro casu ulla videri possit culpa aut mora creditoris suum ex sententia recipientis. Quæ prolixius tractata vide apud Ant. Matthæum de *auct. d. lib.* 1. *cap.* 17. *n.* 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10.

11. Pendente autem judicio prælationis, nummi ex bonorum distractione redacti per curatorem bonis datum aliosque similes, apud acta publica in usum jus habentium asservandi deponi debent; nisi ob litem prælationis diutius protelandam, communi creditorum consensu constituatur, nummos interim apud Rempublicam fœnori collocandos esse, in creditorum utilitatem, Van Alphens Papegay *part.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 481. *in fine* & 482. Quin & subinde nonnullis ante finitum prælationis judicium solvi quod debetur, æquum est, veluti si creditoris unius jus plane sit liquidum, reliquorum debita illiquida, si modo caveatur de restituendo, ut ante dictum; maxime, si creditor talis sit, cui ob paupertatem aliunde non suppetit, quo se exhibeat ac alat, citatis tamen creditoribus reliquis, si forte justam putent subesse causam contradicendi, arg. eorum quæ cauta *edicto Caroli V.* 26. *Maji* 1544. *art.* 40. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 528. Neostadius *Curiæ suprem. decis.* 53. Ant. Faber *Cod. lib.* 7. *tit.* 32. *defin.* 18. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 25. *num.* 5. & *cap.* 17. *n.* 3. Quibus vero modis compelli possit sive curator sive graphiarius ad id, ut nummos secundum sententiam prælationis distribuat, puta civili custodia, comminatione judicis, vide dictum Alpheni formularium *d. par.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 479. & *seqq.*

12. Quo in loco concursus aut prælationis judicium ventilandum sit, ambiguum satis est. Rigorem juris si spectemus, in loco quidem domicilii debitoris obærati non nisi de pretio redacto ex rebus mobilibus omnibus ubicunque constitutis, nec non immobilibus in ipso domicilii loco sitis, judicium inter creditores agitandum fuerit; de immobilium vero reliquarum pretio in locis singulis, in quibus immobilia quæque obærati sita sunt; sic ut tot sint futura de prælatione judicia, quot locis diversis alii atque alii judici subjectis immobilia reperta fuerint, cum extra territorium jus dicenti impune non pareatur, *l. ult. ff. de Jurisd.* & is, qui possidere jubetur, eo loci jussus videatur, cujus cura ad jubentem pertinet, *l. cum unus* 12. §. *is qui* 1. *ff. de rebus auctorit. jud. possid.* Confer quæ scripsi *tit. de constit. Princip.* parte altera, *de statutis num.* 5. & *seqq.* Plane, ut apud eundem supremum unius territorii judicem, vel etiam apud ordinarium judicem domicilii debitoris obærati, de prælatione inter creditores disputetur ratione pretii, quod ex immobilium sub diversis inferioribus judicibus eidem Principi supremo parentibus sitorum venditione redactum est, non modo constitui summo jure potest, sed & ita constitui suadet æquitas, ne continentia causæ dividatur; prout etiam ab Hollandiæ Ordinibus constitutum est, non apud Curiam provincialem, sed apud judicem ordinarium loci, in quo curator bonis obærati, aut hereditati cum beneficio inventarii aditæ, datus fuit, judicium prelationis ad finem perducendum esse, *Placit. Ordin. Holl.* 10. *Julii* 1677. *vol.* 3. *Placitor. pag.* 672. 673. Rerum vero cæterarum alio sub Principe sitarum intuitu quo minus id fiat, non modo rationes superius adductæ evincunt satis, sed & firmat manifesto, quod id, post varia discussa, tandem speciali conventione inter Hollandiæ ac Ultrajectinæ Diœcesios Ordines definitum ac circumscriptum fuit, secundum placitum Ultrajecti promulgatum 18. *Aprilis anni* 1619. cujus hæc sententia est, potestatem curatoris bonorum in alterutra Provincia constituti sese extendere ad omnia bona in utraque ditione sita; curatorem constituendum esse in loco domus mortuariæ, vel domicilii postremi ejus qui solvendo non est, licet major creditorum pars alio in loco domicilium foveret, vel alibi sita esset major bonorum pars; in eodem in-

super loco, in quo curator creatus est, etiam universale concursus judicium inter creditores agitandum esse; orta quæstione de domicilio, judicem istius controversiæ competentem fore eum, in cujus territorio is, qui defunctus est aut non solvendo existit, ultimo commoratus fuit; denique bona in alia provincia sita vendi oportere auctoritate judicis, qui curatorem dedit, sed more loci, in quo venditio fit. Confer Rodenburch *de jure conjugum tract. prælimin. de statutorum diversitat. tit. 2. cap. 5. n. 16. fere in pr. pag. mihi* 92. Parent. p. m. Paulum Voet *de statutis sect.* 10. *num.* 4. 5. & quæ scripsi *ad tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 17.

13. Ut autem distinctius tractetur materia prælationis, sciendum est, creditoribus aliis, utcunque maxime privilegiatis, potiores illos esse, qui dominium rei inter bona debitoris repertæ a se pertinere docent. Qua ratione is, qui rem suam vendidit & tradidit, non habita fide de pretio, quandoque etiam fide habita, & dominus rerum furto sibi ablatarum, & proprietarius nudus, fideicommissarius, deponens qui deponendo in creditum non abiit, commodans, precario concedens, pignori dans, aliique his similes, pro rebus venditis atque ita traditis, aut fructuariis, aut fideicommissariis, aut depositis, aut pignori vel precario vel commodato concessis, in tributum cum ceteris creditoribus ejus, qui res tales possidet, vocandi non sunt; non utique illis in casibus, quibus secundum leges aut mores talium rerum vindicandarum potestas ipsis denegata non est, quod latius tractatum *tit. de rei vindicat. num.* 5. *et seqq. usque ad num.* 22. Idemque est, si institor ex mandato alterius ex mandantis nummis rem emerit pro mandante, & cum foro cederet, res adhuc inter ejus bona existat; ut dictum *tit. de institoria actione n.* 7. vel si quibus aurifabro, sartori, tinctori, fulloni, aurum dederit ut inde vas fieret, vel vas argenteum reficiendum, vel lanam tingendam, pannumve poliendum, aut vestem sarciendam, ac ipsa corpora, artifici sic tradita, appareant in bonis ejus. Confer *d. tit. de rei vindicat. num.* 12. *in fine.* Plane, si argentum pusulatum fabro datum fuerit, ut vasa fierent, vel aurum ut annuli, magis est, ut auri talis aut argenti dominium in fabrum translatum, adeoque istius auri intuitu in creditum itum sit, *l. in navem* 31. *ff. locati*, cui consequens est, ut is, qui aurum dedit, cum chirographariis tantum creditoribus in fabri bona concurrere debeat. Quemadmodum & is, qui pecuniam apud aliquem deposuit, si eam neque clausam neque obsignatam tradiderit, sed simpliciter adnumeravit, arg. *d. l.* 31. *ff. locati*, & *l. Lucius Titius* 24. *l.* 25. §. 1. *ff. depositi*, junct. *l. procuratoris* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tribut. act.* Sed &, si corpora ipsa commodata, deposita, pignori data obærato, non amplius reperiantur in bonis ejus, vel inveniantur quidem, sed deteriora per talem obærati culpam, quam is ex natura contractus, ex quo res penes eum constituta fuerat, præstare debet; pro rerum istarum pretio aut æstimatione deteriorationis uti non nisi personalem ex contractu actionem intentare potest, ita cum aliis simplicibus chirographariis pro rata tantum concursurus est; cum nuspiam leges ullam eo casu tribuant prælationem. Quin imo, si furto subductæ res in bonis furis non ultra existant, ne in pretio quidem, quod ex aliis furis bonis redactum est, ullam prælationem ante alios furis creditores sibi vindicare potest qui furtum passus fuit, sed magis illud inter rerum furto subductarum dominum & reliquos chirographarios furis creditores pro rata dividi oportere, a suprema Hollandiæ curia judicatum memorat Neostadius *Curiæ supr. decis.* 36. *fere in pr.* Quod enim a Negusantio *de pignoribus quarto membro secundæ partis princip. num.* 124. Carpzovio *defin. for. part.* 4. *constit.* 59. *defin.* 10. aliisque traditum est, bona delinquentis esse tacite obligata pro male ablatis, id neque jure civili convenit, ut ipse Negusantius agnoscit, neque textu ullo juris canonici aut æquitate canonica firmatur. Et quamvis aliquando in Hollandia judicatum fuerit, in pretiis rei furtivæ per furem distractæ adhuc furi debitis, præferendos aliis esse ipsos rerum furtivarum dominos; uti & in rebus, quas per furem ex pecunia furtiva comparatas constat; teste Neostadio *Curiæ Holl. decis.* 19. *vers. domini singulis*, & *Curiæ supremæ decis.* 36. tamen vix est, ut illa sententia generalibus juris definitionibus satis respondeat, utcunque ab æquitate videri posset commendanda, uti id ex iis colligi potest, quæ scripsi ad *tit. de rei vindicatione num.* 10. *et* 11.

14. Illud jure singulari placuit, quoties foro cedunt nummularii, in omnibus nummulariorum fraudantium facultatibus primo loco rationem haberi eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas fœnore apud nummularios, vel per ipsos exercuerunt, vel ab initio vel postea, sed quas apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt, eosque ante privilegia venturos, Ulpianus docet *l. si hominem* 7. §. *quotiens* 2. *ff. depositi.* Quod ita propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum esse, Papinianus auctor est, *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi.* Ut tamen nullus spectandus sit ordo temporis depositionis in illis, qui ita deposuerunt, sed simul omnes deponentes admittendi sint, *d. l.* 7. §. *ult. ff. depositi*, arg. *l. privilegia* 32. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* Quibus non adversatur ejusdem Ulpiani responsum in *l. si ventri* 24. §. *in bonis* 2. *ff. de reb. auctorit. jud. possid*, cum ait, *in bonis mensularii vendendis post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Sed enim, qui depositis nummis usuram a mensulariis acceperunt, a cæteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.* Etenim dum ibi Ulpianus dicit, *post privilegia potiorem eorum causam esse, qui pecunias deposuerunt etc.* deponentes non refert in ordinem simplicium chirographariorum, sed ipsis adhuc prælationem tribuit, asserens *potiorem eorum causam esse*, quod de chirographariis simplicibus dici nequit, & ideo hos deponentes, quorum post privilegia venientium potiorem dixit causam esse, separat ab illis, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, quos ob usuras acceptas in creditum abiisse, & ideo a ceteris creditoribus separandos haud esse monet. Sed ut facilius Ulpianus cum Ulpiano concilietur, sciendum est, præter creditores vulgo dictos privilegiatos, adhuc esse quosdam maxime privilegiatos, puta, qui necessarios fecerunt sumtus, veluti explicandarum venditionum gratia erogatos, *l.*

quod privilegium 8. *in fine ff. depositi*, junct. *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad leg. Falcidiam*, aut in funus, *l. pen. ff. de religios. et sumt. fun.* ac jure novo in inventarii confectionem & similia, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure delib.* Quo posito, si deponens usuras acceperit a mensulariis nomine pecuniæ apud mensam publicam depositæ, omnibus creditoribus tum maxime privilegiatis tum minus privilegiatis postponendus est, & ab aliis simplicibus creditoribus nummulariis chirographariis haud separandus, quia non tam deposuisse, quam potius mutuum dedisse, ac in creditum abiisse intelligitur, uti id ab Ulpiano tum in *d. l.* 7. §. 2. *ff. deposit.* tum in *d. l.* 24. §. 2. *ff. de reb. auctor. jud. possid.* traditum est. Si vero usuras deponens non acceperit, si quidem nummi depositi adhuc extent in bonis mensularii (obsignati forte traditi, sic ut reliquæ nummularii pecuniæ mixti non fuerint) Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. *in fine* ait, deponentem nummos istos vindicare posse, *et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia*, id est, ante creditores maxime privilegiatos; adeo ut nummi illi depositi nec propter impensas, explicandarum venditionum aut funeris aut inventarii conficiendi gratia factas, ullam patiantur diminutionem. Sed si nummi ipsi depositi non amplius extent in bonis mensularii, ab Ulpiano in *d. l.* 7. §. 2. scriptum est, *et ante privilegia habendam esse rationem depositariorum* seu deponentium; quibus verbis significatur, ante vulgatos creditores privilegiatos satisfieri debere his, qui mensæ publicam secuti fidem nummos suos apud mensam publicam sine usurarum conventione deposuerant. Et his convenienter rursus idem Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. asserit, *potiorem eorum causam esse, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt*. Sed quia bona cujusque foro cedentis non intelliguntur, nisi deductis impensis necessariis superius enumeratis, puta in venditionem rerum nummularii, in repertorium bonorum, in funus, sic ut demum his deductis quantitas patrimonii æstimetur, & bonorum calculus subduci soleat *d. l.* 72. *ff. ad leg. Falcid. d. l.* 8. *in fine ff. depositi*, *d. l. pen. ff. de religiosis*, *d. l. ult.* §. 9. *C. de jure deliber.* hinc a Papiniano observatum fuit, eos, qui nummos deposuissent apud mensularios, hoc quidem privilegium prælationis exercere in omnibus mensularii fraudatoris bonis, sed tamen *causam sumtus, qui necessarie factus est, semper præcedere, quia subducto eo bonorum calculus subduci solet*, *l. quod privilegium* 8. *ff. depositi*. Ad hujusmodi autem credita maxime privilegiata, seu sumtum necessarium, respicit Ulpianus in *d. l.* 24. §. 2. cum ait, in bonis mensularii vendendis *post privilegia potiorem* esse causam eorum, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt. Atque ita superatas puto difficultates illas, quæ Antonio Fabro in *rational. ad d. l.* 7. §. 2. prope inexplicabiles visæ sunt, & ad quas tollendas conjectura inani, cui ipse minus fidit, usus est. Possuntque hæc ipsa de privilegio deponentium apud mensam moribus hodiernis extendi ad eos, qui pecunias publice deposuerunt in graphejo seu apud acta, si graphiarius, actuarius, aliique similes his asservandis publice præpositi, eas in suos usus converterint, ac postea desierint solvendo esse; cum certum sit, necessarium ac publice utilem esse usum depositionis in graphejo, & ita deponentes publicam fidem sequi, atque adeo eandem plane inveniri prælationis rationem.

15. An autem & domini, qui res suas tanquam ad alium debitorem obæratum pertinentes solemniter sub hasta vendi & emtoribus ex decreto tradi sine oppositione passi sunt, in pretio inde redacto creditoribus ceteris potiores esse debeant, quasi pretium successerit in locum rei, dubium est. Sane, quoties rerum suarum venditioni ac traditioni solemni ex decreto faciendæ non intercesserunt, quia vel minorennes erant, vel absentes & subhastationis ignari, vel ob aliam quandam causam justam, ex qua majoribus adversus talem rerum suarum venditiones per in integrum restitutionem succurri jura moresque ferunt, prælatione in pretio eos gaudere æquum est. Cum enim vi restitutionis potuissent res ipsas emtoribus avocare, longe magis, si pretio contenti esse velint, nec hastæ fiscalis fidem convellere, potiores esse debent in pretio, quod utique creditoribus ceteris deberet decedere, si, re ipsa evicta, emtor numeratum a se pretium repeteret, ut latius a me traditum *tit. de minor.* 25. *annis n.* 16. & *tit. ex quib. caus. majores n.* 10. Adde Resp. Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 324. Sed si nullam neglectæ intercessionis seu oppositionis causam in promptu habeant, ob quam ipsis restitutio indulgenda foret, non nisi cum aliis chirographariis simplicibus ad pretia rerum debitoris obærati reique propriæ distractæ concurrere possunt; si modo ante prælationis sententiam inter creditores latam expergefacti, sibi vigilaverint, ac de suo docuerint jure. Nam si sententia prælationis semel transierit in rem judicatam, non modo rei suæ dominio, sed & omni actione, qua de rei suæ distractæ pretio contendere potuerant tanquam chirographari, eos excidisse verius est, juxta formulam sententiæ inter creditores latæ inseri solitam, & statutis pluribus ea de re tractantibus comprehensam; quorum quædam recenset Ant. Matthæus, quem vide *de auction. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 31. & *cap.* 18. *num.* 4. 5.

16. Porro circa veros creditores illud in genere constat, hypothecarios præferri chirographariis in rebus sibi pignoris jure devinctis, *l. eos qui* 9. *C. h. t.* eo excepto, quod quidam chirographarii hypothecariis, maximo licet privilegio munitis, anteponendi sunt, veluti si quis in rei distrahendæ proscriptionem, venditionem, traditionemque crediderit; quo & reducendi sumtus a curatore bonis dato vel executore necessario facti in conservationem rei; ut & impensæ bona fide factæ per unum ex creditoribus pro impetratione decreti, etiam ob id quod forte ejus interpositioni sese alius opposuit, arg. *l. quod privilegium* 8. *in fine ff. depositi*, *l. quantitas patrimonii* 72. *ff. ad legem Falcid.* Vide Van Alphens Papegay *par.* 1. *cap.* 30. *pag. mihi* 478. *n.* 3. Christin. *ad Leg. Mechl. tit.* 13. *art.* 15. Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 1. 2. 3. 4. 5. His proximæ sunt impensæ in inventarii confectionem, testamenti insinuationem, aliaque necessaria, erogatæ per eum, qui adhibito inventarii beneficio adivit, *l. ult.* §. *in computatione* 9. *C. de jure deliberandi*. Similemque fere prærogativam ei competere, qui in funus credidit, etsi nuspiam hypotheca ei data appareat, plenius a me traditum, *tit. de relig. & sumt. fun. n.* 9. & *seqq.* Inter hypothecarios privilegiati non privilegiatis, & magis privi-

legiati minus privilegiatis potiores sunt, habita non temporis sed causæ ratione. Si plures eodem gaudeant privilegio, privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utitur privilegio, sed prior tempore potior jure est, *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t. nov.* 97. *c.* 3. Cum enim æque privilegiati inter se non utantur isto privilegio, non alio inter se possunt loco haberi, quam quo simplices hypothecarii privilegio destituti; cui consequens ut qui prior est tempore, etiam jure potior in hypotheca sit, arg. *l. si decreto* 2. *C. h. t. l. si & jure* 10. *l.* 11. *ff. h. t. l. cum oportet* 6. §. *ult. C. de bonis quæ liberis.* Nec huic contrarius est Paulus in *l. privilegia* 32. *ff. de reb. auctor. jud. possid. & vend.* Cum lex illa intelligenda sit de chirographariis ejusdem tituli, seu pari privilegio munitis, in quibus non temporis ratio habenda fuit, quia & chirographarii plures privilegiati ejusdem tituli suo inter se privilegio non utuntur; quo fit, ut privilegio inter ipsos cessante, considerari debeant tanquam simplices chirographarii, inter quos simplices chirographarios concursus est, licet diversitates temporis intercedant, *l. si hominem* 7. §. *ult. ff. depositi.*

17. Ordinem privilegiatorum creditorum hypothecariorum quod attinet, cunctis plenius examinatis, considerandum puto, alios esse, quibus in re tantum certa jus hypothecæ cum privilegio quæsitum est: esse ex adverso & tales, qui generalem in omnia debitoris bona hypothecam & privilegium habent, & si non semper, at saltem plerumque illos, quibus in re singulari hypotheca cum privilegio competit, in pretio ex illa re redacto præferri aliis generalem in omnia debitoris bona habentibus hypothecam privilegio prælationis munitam. Qua de causa etiam ex hoc creditorum labyrintho & tortuosis ac salebrosis Jurisconsultorum in hac materia anfractibus, non aliter felicius me evasurum credidi, quam si primo loco illos recensuerim, quibus in singulari hypotheca cum privilegio nata est, simulque, quoad ejus fieri potest, definiverim, quid juris sit, si forte plures concurrant, qui in eadem re ex causis diversis hypothecam specialem habent ac prælationem.

18. Maxime privilegiatus inter hypothecarios in re singulari hypothecam habentes, ex Jure Romano est, qui in militiam emendam credidit, addito pacto in scripturam redacto, ut in militia omnibus potior sit, adeo ut etiam ipsi mulieri de dotis restitutione contendenti præferatur, *novell.* 97. *cap. quia vero* 4. cum militiæ decus & commodum etiam ad uxorem redundet, quippe quæ mariti dignitatem sequitur, *l. fœmina* 8. *l. ult. ff. de senatoribus*, adeo ut ob id etiam uxor marito recte donet adipiscendæ dignitatis gratia, licet alioquin inter maritum & uxorem donationes reprobatæ sint, *l. quod adipiscendæ* 40. *& seqq. ff. de donat. inter vir. & uxor.* Quæ an ad munera nonnulla quibusdam in locis hodie venalia produci debeant, si quis in eorum emtionem nummos cum expresso pignoris pacto in scripturam redacto, (ac forte nostris moribus coram lege loci soluta quadragesima inito) crediderit, incertum est. Negantem sententiam amplectitur Ant. Matthæus, tum quia munera ista veteribus Romanorum militiis dissimilia sunt; tum quia illa munerum publicorum nundinatio odiosa ac contra bonos mores est; tum denique, quia novæ constitutiones, qualis est & illa de militiis pignori obligatis, non admittunt extensionem *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 22. 23. 24. 25. 26. Si tamen non conniventia quadam, sed aperta lege vel statuto, munerum quorumdam nundinationes receptæ sint, atque ita quodammodo hereditariæ factæ, ratio non est, cur non eo saltem prælationis jure gaudeat, qui in munus tale emendum credidit cum pacto solemniter interposito, ut munus illud pignori sit, quo gaudent ex jure aut more illi, qui in emtionem rerum aliarum cum expresso, & quantum ad immobilia attinet, coram lege loci solemniter celebrato pignoris pacto, ipsi instrumento traditionis immobilium inserto, crediderunt. Hos enim jure Romano ante alios emtoris creditores hypothecarios anteriorem hypothecam generalem expressam aut tacitam habentes, prælationem, & æquales cum muliere de dote contendente jus habuisse, patet ex *nov.* 97. *cap.* 3. *l. licet* 7. *C. h. t.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *const.* 28. *defin.* 107. Aliter quam obtineret, si demum post solemnem rei traditionem ei, qui venditori pro emtore pretium numeravit, jus pignoris in re emta constitutum esset: cum enim eo casu dominium emtori sine onere imposito obvenerit, & ita creditoribus aliis, anteriorem generalem hypothecam ex conventione vel lege habentibus, primo acquisiti dominii momento natum fuerit pignoris jus, nec dici possit; dominium emtori aut jus hypothecæ creditoribus ex eo, quod alius simpliciter pretium emtori mutuum dedit, sed magis ex solemni venditoris traditione, quæsitum esse; consequens est, illos tanquam tempore priores etiam jure potiores esse eo, cui in pretii crediti securitatem res emta post traditionem pignori specialiter obligata est; illis saltem in locis, in quibus hypotheca generalis anterior adhuc secundum præcepta juris civilis speciali posteriore potentior est, arg. *l. quamvis* 17. *C. de pign. & hypoth. l. licet* 7. *Cod. h. t.* in verbo *statim*, Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 6. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 28. *defin.* 108. Nam &, si ipse venditor rem immobilem vendiderit, ac, fide de pretio habita, solemniter emtori coram lege loci tradiderit; non aliter emtoris creditoribus legalem aut conventionalem hypothecam generalem emtione vetustiorem habentibus anteponendus est, quam si in ipso solemni traditionis actu res illa emta ei pro pretio residuo solemniter devincta fuerit, quasi tunc non alia lege voluerit dominium in emtorem transferre, quam ut in re emta (quam pignoris jure pro pretio retinere potuerat, *l. Julianus* 13. *ff.* §. *offerri de act. emt.*) omnibus aliis, quibus ex acquisito per emtorem dominio jus pignoris nasci posset, potior esset, arg. *l. sed hic* 2. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura, l. ult. in fine Cod. de pactis inter emt. & vend. l. legem* 10. *C. de pactis.* Alioquin, hypotheca post traditionem demum constituta, venditor pretii residui intuitu tantum ex hypothecæ constitutæ tempore prærogativam sibi arrogare potest, solisque posterioribus, non item anterioribus specialem, aut generalem pari cum speciali passu ambulantem, hypothecam habentibus præferri, arg. *d. l. licet* 7. *C. h. t.* Sande *dec. Frisic. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 16. *in med.* Negusantius *de pignorib. par.* 4. *princ. num.* 33. *& seqq.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 12. *n.* 4. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 49. Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *c.* 19. *n.* 69. *&* 70.

19. Præterea hypothecam cum privilegio habent, qui crediderunt in refectionem ædium; uti & secun-

dum mores nostros, in navis refectionem; idque in ipsis illis aedibus navigiisque refectis, non item in ceteris domini bonis; vide latius *tit* 2. *in quib. caus. pign. vel hypoth. n.* 28. 29. Adhaec domini praediorum locatorum in invectis & illatis, quoties ea praecludi curaverint, *d. t.* 2. *n.* 3. & ut brevis sim, generaliter omnes illi, quos vel legibus vel moribus hypothecam in rebus singularibus aut retentionis jus habere, in *d. tit* 2. *n.* 28. 30 31. adnotatum est. Qui proinde singuli in rebus singularibus sibi lege vel more devinctis, vel jure retentionis ante reddita impendia facta non restituendis, potiores erunt aliis tum chirographariis tum hypothecariis, utcunque hypotheca conventionali expressa vel legali sive generali sive speciali anteriore munitis (si paucos casus excipias de quibus in *seqq. h. t.*) veluti dominus directus in fundo emphyteuticario pro canone aut solario, dominus antiquus in fundo censuali pro censu; venditor in praedio vendito ac tradito solemniter ea lege, ut pro pretio residuo obligatum sit; universitas agrorum aggeribus munitorum in singulis praediis pro rata pro impensis in aggerum, molendinorum aquaticorum, aquaeductuum, similiumque reparationem factis. Idemque de ceteris *tit.* 2. enumeratis judicium esto.

20. Quod si cum iis, qui crediderunt in emtionem navis aut aedificii cum expresso pacto solemniter interposito, ut domus aut navis empta pignori sit, aut fidem habuerunt de pretio domus a se venditae cum simili solemni pignoris pacto tempore traditionis apposito, contendant illi, qui deinceps in emtae domus aut navis crediderunt refectionem, potiores in illa navi aut domo erunt, qui in re refectionem ac conservationem ejus crediderunt, licet tempore posteriores; quia horum pecunia creditoribus anterioribus salvam fecit totius pignoris causam, *l. interdum* 5. *l.* 6. *ff. h. t.* Imo, si alii prius, alii postea crediderint in refectionem, non sine ratione contendi posset, posterius refectionis creditum potius atque potentius esse oportere, quam prius, quia & hic verum est, ex posteriore credito salvam esse causam totius pignoris, quod pro anteriore refectione jam ex lege devinctum erat, arg. *d. l.* 5. *&* 6. *ff. h. t.* Ita saltem inter eos, qui magistro navis crediderunt *op Bodemeriye*, posterius creditum priori praeferri ex inveterata Hollandiae consuetudine, tradit auctor Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 56. Roseboom *costuymen van Amsterdam c.* 52. *art.* 9. Nisi eodem in loco plures ita magistro credidissent intra continuos octo aut decem dies, quo casu eos ex consuetudine simul concurrere pro rata ad navis pretium, testatur Roseboom *d. c.* 52. *art.* 10. Quemadmodum etiam inter eos, qui diversis temporibus in ejusdem domus crediderunt refectionem, concursum esse oportere, quasi omnes in eandem crediderint causam, rei nempe conservationem, judicatum refert Neostadius *Curiae Holl. decis.* 35. Sed &, si cum eo, qui in aggeris & molendinorum ac aquaeductuum similiumque refectionem credidit, disceptent domini directi pro canone vel salario, magis est, ut praeferatur domino directo is qui credidit in refectionem, secundum mores nostros hypothecam legalem habens; eo quod & hic salvam credito suo fecit ipsam dominii directi causam, ex quo dependet canonis aut salarii petendi jus; arg. *d. l.* 5. *&* 6. *ff. h. t.*

21. Vidimus de privilegiatis rerum singularium pignoribus. Sunt & qui generalem hypothecam cum privilegio in omnibus debitoris bonis habent. Ita namque jure Romano mulieri pro recuperanda dote & dotis augmento a die augmenti hypotheca cum privilegio ante alios exigendi fuit, sic ut ei soli cedere debuerit qui in militiam emendam credidisset cum expresso pacto in scripturam redacto, ut militia pignori sit, ac paris fuerit juris cum eo, qui in rem emendam cum expressa pignoris conventione nummos subministravit, *novel.* 97. *c. his consequens* 3. 4. quod & ad sponsam ac uxorem putativam porrigendum fuit arg. *l. quaesitum* 17. *§. si sponsa* 1. *ff. de reb. auct. jud. possid. l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. si cum dotem* 22. *§. ult. ff. soluto matrimon.* Et quamvis extraneis heredibus hypotheca sola, non item privilegium praelationis inter hypothecarios, competat, *§. fuerat* 29. *Inst. de action.* liberi tamen ex eo matrimonio progeniti perinde praelationem habent, ac si mater eorum adhuc vivens ipsa egisset, adeo ut etiam ex temporis praerogativa novercae suae praeferendi sint, nisi res ipsae, per novercam in dotem datae, adhuc existant in patrimonio mariti, *l. ult. §.* 1. *in fine C. h. t.* junct. *l. in rebus* 30. *C. de jure dot. nov.* 91. *cap.* 1. Negusantius *de pign. & hypoth. membro quarto partis secundae num.* 86. Gudelinus *de jure noviss. lib.* 4. *cap.* 18. *vers. praeter jus, in fine*, seu *n.* 11. D. Someren *de jure novercarum cap.* 8. *n.* 6. *in fin.* Quod autem dictum de hypotheca pro dotis augmento a die augmenti, id primo quidem eo pertinet, ut, si mulier anno ab hinc octavo dotem dederit, augmentum ante quatuor annos, sed si tertius ante sex annos marito crediderit in emtionem fundi Corneliani cum pacto, ut fundus ille pignori sit; mulier pro dote recuperanda primum in fundo Corneliano locum obtentura sit, dein is, qui ante sex annos in fundi illius emtionem cum expresso pignoris pacto credidit, ac tandem ex eo, quod superest ex illius fundi pretio, dotis augmentum mulieri reddatur. Sed & secundo id efficit, ut, si extraneus heres mulieris, ad quem hypothecae quidem jus, at non privilegium ante alios hypothecarios tempore priores exigendi transit, pro dotis augmento postponi debeat omnibus illis mariti creditoribus, quibus inter primam dotem datam & dotis augmentum jus pignoris conventionalis vel legalis in bonis mariti quaesitum fuit. Pro bonis paraphernis mulieri quidem datam fuisse hypothecam a lege, ut & marito pro dote promissa exigenda, ac pro recuperanda propter nuptias donatione, *tit.* 2. *num.* 20. probatum fuit: sed privilegium ante alios exigendi nuspiam apparet in hisce concessum, ut post multos alios Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 3. Quo usque vero nostris moribus praelatio ratione dotis mulieribus supersit, jam ante *d. tit.* 2. *n.* 20. adnotatum est. Porro quibus in casibus mulier ratione dotis praelationem habet, iis & arrham sponsalitiam (*den Trouw Fenning*) ei jure praecipui cessuram, in Frisia judicatum est, Sande *dec. Frisic. lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 8.

22. Fisco quoque agenti ex causa primipilari hypotheca cum privilegio data fuit in omnia bona ejus, qui ex causa primipilari devinctus erat, *l.* 1. *C. de condict. ex lege*, *l. utilitas* 3. *de primipilo*, nec non in bonis civium pro tributis, (in quibus nervos reipublicae esse Ulpianus dixit *l.* 1. *§. in causa* 20. *ff. de quaestion*), praecipue quidem in ipsis praediis tributo obnoxiis, sed tamen etiam ex jure Romano in omnibus bonis eorum, qui in tributi tum rebus tum per-

sonis impositi solutione cessarunt, *l.* 1. *C. si propter public. penit. vend. celebrata sit*, *l.* 1. *C. in quib. caus. pign. vel hypotheca tac. contrah.* Quod enim olim fiscus ex hisce causis potior fuit mulieribus de dote repetenda agentibus, adeo ut & ipsæ mulierum dotes non item parapherna, de quibus accipienda *l.* 1. *C. de privil. fisci*, in subsidium fisco tenerentur, excussis omnibus mariti & nominatorum bonis, *l. satis* 4. *C. in quib. caus. pignus tac. contrab. d. l.* 3. *C. de primipilo*, ejus illa ratio est, quod ante Justiniani tempora uxores nullam ex lege hypothecam pro dote habuerunt, sed tantum inter chirographarios prælationem. Sed ex quo per Justinianum sic aucta fuerunt jura dotium, ut & hypotheca & prælatio inter hypothecarios tributa fuerit, & uno solo in casu mulier cedere jussa fuerit, ei scilicet, qui in militiam emendam cum solemni pacto pignoris credidisset, *nov.* 97. *cap. quia vero* 4. *§. fuerat* 29. *Instit. de action.* ac denique in vindicandis ipsis rebus dotalibus existentibus creditores omnes cedere mulieri debuerint, *l. in rebus* 30. *C. de jure dot.* consequens fuit, fiscum quoque postponi mulieri de dote contendenti. Est autem causa primi pilaris causa annonæ militaris, quæ olim centurioni primipili committebatur inter milites distribuenda, Cujacius ad *l.* 3. *C. de cohortalibus &c.* Confer Calvinum, in *lexico*, *verbo*, *primipilus*, licet postmodum & alii primipilares fuerint, puta Rectoris provinciæ officiales, qui ad pascendos milites ad limites provinciæ destinabantur; & omnes alimonias susceptas ad limites devehebant, *l. solita* 3. *Cod. de cohortalibus &c. l.* 5. *Cod. Theodosiani, de cohortalibus &c.* de quibus Jacobus Gothofredus ad *d. Cod. Theodos. in paratitlis libr.* 7. *tom.* 2. *pag.* 260. *& seqq.* Nec sine ratione interpretes ea quæ de debito ex causa primipilari dicta, ad eos extendunt, qui stipendia militum in castris procurant inter milites distribuenda, ut post alios observat Perezius *tit. Cod. de Primipilo num.* 7.

23. Quo autem Jure fiscus hodie pro tributis & oneribus ad sublevandas fisci angustias gaudeat, quoque inter creditores loco collocandus sit, difficilis determinationis est. Realium quidem onerum intuitu, quæ scilicet non personis sed prædiis ac rebus aliis imponuntur, veluti tributa prædiorum (*Verpondingen*), quadragesima ex venditionibus, vicesima hereditatum, centesima aut ducentesima realis patrimoniorum, vix dubium, quin in rebus ipsis tali tributo obnoxiis fiscus convenienter juri Romano prælationem habiturus sit. De centesima sane & ducentesima id apertissimum ex placito *Ordin. Holland.* 15. *Junii* 1673. *vol.* 3. *pag.* 1055. *columm.* 2. *in med.* quod repetitum 8. *Octobr.* 1673. *&* 22. *Decembr.* 1673. *d. vol.* 3. *pag.* 1061. *columm.* 1. De tributis prædiorum judicatum exstat in appendice decisionum *pag.* 24. *in fine*, *& pag.* 25. *post. resp. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1. Et quamvis antea de quadragesima ex venditionibus ac oppignorationibus immobilium fisco pendenda dubitatum fuerit, ac decisum commemoretur in *d. appendice decisionum p.* 24. 25. creditores hypothecarios, jus, in quibus ante venditionem constitutum fuerat hypothecæ rei distractæ pretio potiores esse, rarius tamen est, ut nunc illa quæstio locum inveniat, dum nulla nunc alienatio immobilium aut obligatio rata est, nec solemnis traditio aut oppignoratio coram lege loci permissa, nisi postquam constiterit de quadragesimæ solutione, secundum edictum de quadragesima & vicesima, 16. *Aprilis* 1671. *art.* 28. *&* 32. *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1010. 1011. Pro tributis personalibus, qualia sunt *Hooft Gelt. Familie-Gelt*, *personele Quotisatien van den hondersten en andere Penningen*, *personele Lasten van consumtien*, *en diergelijke*, Ultrajectinis quidem placuisse testatur Ant. Matthæus, citatis edicti Ultrajectini verbis, nullam pro his hypothecam fisco competere in bonis eorum, qui ista debent, sed tantum inter chirographarios prælationem, *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 16. In Hollandia tamen jus Romanum, quod generaliter pro tributis hypothecam in bonis cessantium & prælationem dedit, eo usque abrogatum non esse, patet ex parte ex iis, quæ *tit.* 2. *num.* 8. scripta sunt. Quamvis verum sit, multa nunc tributa pro rebus in antecessum ante importationem & exportationem, ut & ante delationem in domum, solvenda esse, quo fit, ut de prælatione disputatio supervacua sit; & in ceteris magis ex usu quotidiano cujusve regionis ac fori addisci, quam præceptis certis tradi posse in tanta tributorum multitudine ac variatione, quo jure fiscus in singulis tributi speciebus utatur. Confer Carpzovium *defin. for. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 48. Berlichium *concl. pract. part.* 1. *conclus.* 64. *n.* 106. 107.

24. Illud constat, jure Romano fiscum in bonis eorum, quibuscum contraxit, ante contractum quæsitis hypothecam quidem, at non inter hypothecarios privilegium prælationis habere; in iis vero, quæ post contractum cum fisco initum quæsita sunt, potiorem esse aliis, quibus de jure Romano generalis anterior hypotheca ex conventione vel lege data erat, sic ut hisce post quæsitis fiscus reliquos in pignoris causa prævenisse intelligatur, *l. si qui mihi* 28. *ff. de jure fisci.* Negusantius *de pignoribus quarto membro secunda partis n.* 113. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *c.* 19. *n.* 81. 83. 84. sive vectigalia locaverit publicanis, sive aliter contraxerit, Matthæus *d. cap.* 19. *num.* 14. Nec obstat *l. ult pr. ff. h. t.* Licet enim Antonius Matthæus *d. n.* 81. 82. 83. refutatis plerorumque responsionibus tandem ad dissensum veteres inter Jurisconsultos confugiendum putet, non tamen animadverto, cur non responderi possit, Sejam in *d. l. ult.* fisco præferri in rebus post priorem quidem obligationem Sejæ, sed tamen ante contractum cum fisco celebratum quæsitis, Titius scilicet in summam, in quam Seja ex judicio tutelæ damnatus erat, obligaverat pignori omnia bona sua præsentia ac futura; postea idem Titius a fisco mutuatus pecuniam sua ei bona pignori obnoxia reddiderat; cumque deinceps partem debiti Sejæ intulisset, & novatione facta reliquam Sejæ summam promisisset cum repetita pignoris conventione, ac inde quæreretur, *an Seja præferenda sit fisco & in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus quas post priorem obligationem acquisivit, donec universum debitum suum consequatur*; responsum fuit *nihil proponi, cur non præferenda.* Optimo sane jure; non enim propositum erat, bona fuisse quæsita post contractum cum fisco initum, sed *post priorem obligationem*; quibus verbis non obscure inclusum erat, ea bona ante contractum cum fisco initum fuisse quæsita; cum alioquin non præcise de bonis *post priorem contractum quæsitis*, sed generaliter de bonis quandocunque, etiam post contractum secundum quæ-

sitis, quæstio formanda fuisset: & ideo Scævola simpliciter ac paucis respondens ad quæstionem, uti formata erat, ait, nihil in ea fuisse propositum, cur Seja non sit præferenda. Nec recte *d. legem* 28, *ff. de jure fisci*, superius adductam, explicueris de casu, quo debitor jam ante contraxerat cum fisco, ac postea sua bona, quæ habet habiturusve esset, privato obligaverat. Quamvis enim Ulpianus in *d. l.* 28. testetur, id, quod ex Papiniano proposuerat, etiam ita constitutum fuisse, & in *l.* 2. *C. de privil. fisci* rescripserit, *jus fisci causam uxoris prævenisse* (formula eadem, quæ in d. l. 26.) si priusquam mariti res uxori obligarentur, maritus cum fisco contraxerit, sed si post bona uxori pro dote obligata maritus rationibus fisci cœperit obligatus esse, in ejus bona cessare privilegium fisci; non tamen existimandum est, ad hanc legem respexisse Ulpianum, cum id, quod in *d. l.* 28. tradiderat, etiam *constitutum* asserit. Primo enim inspicienti d. legem 28. patebit facile, verba ejus ita concepta esse, ut non nisi magna ac violenta cum detorsione capi possint de fisco, qui ante constitutum privato pignus contraxerit, cum dicatur *si, qui mihi obligaverat &c.* (in præterito plus quam perfecto) *cum fisco contraxerit &c.* (in præterito perfecto, ut loquuntur) & proprietas verborum exigat, ut prius factum intelligatur, quod verbo temporis *plus quam perfecti*, quam quod verbo *temporis perfecti*, factum narretur, sed & secundo, si cum fisco prius contractum statuas in d. l. 28. inepta prorsus esset restricta illa legis definitio, *in re postea acquisita fiscum potiorem esse*; cum utique ex jure hypothecæ legalis, tempore prioris, fiscus non modo in rebus postea quæsitis, sed & in ante quæsitis, debuisset potior esse illis, quibus postea bona omnia præsentia ac futura obligata fuerant. Ao proinde verum quidem est, si cum fisco contraxerit maritus, priusquam sua bona uxori pro dote obligavit, fiscum in omnibus mariti bonis sive ante sive post contractum cum fisco initum quæsitis, potiorem esse, quia anterioris hypothecæ jure munitus erat; verum quoque ex adverso, si demum post constitutum pro dote pignus contraxerit cum fisco maritus, fiscus in bonis antea uxori pro dote devinctis, privilegium prælationis exercere non potuisse, juxta *d. l.* 2. *C. de privil. fisci*, sed id non impedit, quo minus fiscus, qui post constitutum uxori a marito pignus pro dote, contraxerat cum eodem marito, prælationem habeat ante mulierem in bonis mariti, post initum demum cum fisco contractum quæsitis, ut habet *d. l.* 28.

25. Ut autem hæc Romani juris definitio hodie nullum potest habere dubium illis in locis, in quibus hypothecæ generales conventionales anteriores cedunt specialibus conventionalibus posterioribus & generalibus legalibus, quippe in quibus fiscus etiam in bonis ante contractum cum fisco initum quæsitis, ac generaliter per conventionem antea privato creditori devinctis potior nunc esse debet ex hypothecæ legalis obligatione; ita utilitatem & usum adhuc plenissimum obtinet, si cum fisco alii concurrant hypothecam generalem anteriorem ex lege, aut specialem ex conventione habentes, uti & posita juris Romani dispositione de generali hypotheca conventionali speciali hypothecæ circa prælationem exæquata, & quibusdam in locis (veluti Amstelodami, & in Diœcesi Ultrajectina respectu bonorum eodem sub judice sitorum) etiamnum servata. Unde, si pupilli ratione tutelæ administratæ concurrant in bonis tutoris cum fisco ex contractu agente, dicendum foret, in bonis post contractum quæsitis fiscum pupillis anteponi oportere, non item in bonis ante quæsitis, quoties tutelæ delatio antiquior est contractu fiscali. Considerandum enim, pupillis, minoribus, civitatibus, ecclesiis, orphanotrophiis, similibusque, quin & ipsi fisco, in bonis tutorum curatorum & administratorum jure Romano ac moribus hypothecam quidem legalem competere, uti id ex iis, quæ *tit.* 2. *num.* 8. dicta, apertum est; sed privilegium prælationis inter hypothecarios, quod non ex tempore sed causa æstimandum foret, nuspiam legibus civilibus tributum, aut moribus nostris vel statutis inductum esse. Jure certe civili fisco non aliam quam ex tempore inter hypothecarios prærogativam competiisse, evidens est ex *l. si pignus* 8. *ff. h. t. l. res, quæ* 22. §. *res autem* 2. *ff. de jure fisci, l. quamvis* 2. *C. de privilegio fisci*, uti & ex eo, quod jure singulari fiscus in bonis eorum, quibuscum contraxit, post contractum quæsitis prælatus fuit, ut ante traditum ex *l. si, quis mihi* 28. *ff. de jure fisci*, qualis exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. Cumque tale in fisco jus sit, & pupillorum non melior quam fisci debeat esse conditio, quippe qui ne legalem quidem alioquin hypothecam habent in bonis eorum quibuscum contraxerunt, & ita minore, quam fiscus, favore gaudent, consequens est, ut ratione bonorum tam ante quam post susceptam tutelam per tutores quæsitorum solam habeant ex tempore, non ex causa, prælationem. Quod enim pupillis similibusque subinde in Pandectis *privilegium* tribuitur, *l. dabimusque* 19. §. 1. & *ll. seqq. ff. de reb. auct. jud. possid.* id ad jus vetus pertinet, secundum quod pupillis nulla legalis hypotheca, sed tantum privilegium inter chirographarios competebat, ut latius probavi *t.* 2. *n.* 19. cui privilegio non tam addita per Principum posteriorum constitutiones legalis hypotheca, quam potius in ejus locum surrogata fuit. Unde, cum olim pupilli omnibus hypothecariis, etiam tempore posterioribus, cedere deberent, jure posteriori cum iisdem concurrere cœperunt, & ex temporis prærogativa sibi locum vindicavere. Nec quemquam turbare debet, quod fisco privilegium videatur tribui in *l. quamvis* 2. *C. de privileg. fisci, l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctorit. jud. possid.* Etenim in *l.* 2. per privilegium nil nisi jus hypothecæ, per modum privilegii fisco a lege concessæ, designari, ex ipsius legis verbis manifestum est. Et in *l.* 34. proprie non fisco, sed credenti in navim fabricandam aut instruendam privilegium tribuitur, quippe qui dicitur *habere privilegium post fiscum*; id est, venit post fiscum, quia fiscus hypothecam habet, quam non habet in navem credens, sed tantum dimissis hypothecariis, inter chirographarios prælationem. Stantque pro hac sententia Cujacius *in paratit. l. C. de privil. fisci.* Costadius *ad l. ult. ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *num.* 42. 43. 44.

26. Quod si statutis quædam enumeratio fiat personarum aut causarum privilegiatarum, non præcise eo intelligi debent ordine potiores, quo recensiti sunt; nec alii, qui non enumerati, censendi sunt privilegio aut prælatione destituti, cum illos ex jure communi privilegiatos esse, in aperto esset; nisi ex cir-

cumstantiis, aut verbis taxativis alia statuentium mens colligatur, cum alioquin præsumendum magis sit, exempli tantum causa quorundam mentionem factam esse, ac potius voluisse statuentes se juris communis conformare decisioni, dum id per eos abrogatum non apparet. Ant. Matthæus *de auction. libr.* 1. *cap.* 21. *num.* 19. 33. 34. Confer Carpzovium *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 12.

27. Ceterum in creditoribus hypothecariis simplicibus qui prior tempore est, potior est jure; *l. si decreto* 2. *C. h. t. si permittente* 4. *C. ad Senatusc. Maced. l.* 2. *l. creditor* 12. §. *ult. ff. h. t.* non tantum in re principali sibi oppignorata, sed & in accessionibus ejus, quatenus illas simul devinctas intelligi, *tit.* 1. *num.* 3. 4. 5. dictum fuit; idque tam usurarum quam sortis intuitu, si modo in usuras quoque pignus obligatum sit; licet post obligationem secundam alteri factam demum cesserit dies usurarum, quæ priori accedunt obligationi, *l. creditor* 3. §. 1. *l. Lucius Titius* 18. *ff. h. t.* junct. *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act. l. grege* 13. §. *ult. ff. de pignor. & hypoth.* Quod si obligationi principali stipulatio pœnæ subjuncta fuerit, non in fraudem usurarum legitimarum, & in hanc quoque pignus nominatim obligatum sit, etiam pœnæ intuitu prælatio ex tempore tribuenda foret, *l. grege* 13. §. *ult. ff. de pign. & hypoth.* uti & ratione impensarum, si quas urgente necessitate creditor in pignus fecerit, adeo ut hæ in summa debiti simul computandæ sint, sive propter possessiones pignori datas ad collationes viarum muniendarum, sive ad quodlibet aliud obsequium necessarium præstitisse creditorem constiterit, *l. in summa* 6. *C. de pignor. & hypoth.* sive alias in pignoris conservationem necessario erogatum sit, arg. *l. si necessarias* 8. *l. si servis* 45. *ff. de pignorat. act. l. creditor* 7. *in fine C. hoc tit.* Nostris tamen moribus circa usuras magis placuit, non omnium annorum, sed tantum triennii intuitu prælationem dari, pro reliquis annis non nisi cum chirographariis simplicibus concursum esse; ne alioquin creditores anteriores cum posteriorum detrimento nimium in exigendis usuris negligentes essent, atque ita posterioribus in dies suum extenuaretur, ac tandem in nihilum abiret, pignoris jus; nisi pro usuris ulterioris temporis, quarum dies jam cesserat ante pignoris constitutionem, pignus solemniter obligatum inveniatur. Groenewegen *ad l.* 18. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 11. Excipiunt quoque nonnulli usuras pretii residui, Mollerus *semestrium lib.* 1. *cap.* 28. & eas, quas fidejussor una cum sorte solvit pro debitore; Mævius *ad jus Lubecens. lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *num.* 23. Sed sine fundamento; cum fidejussor plus juris pro usurarum a se solutarum recuperatione habere non debeat, quam is, cui solvit, & in cujus locum quodammodo subintravit, & venditor pretii intuitu, de quo fidem habuit, in creditum abiisse intelligatur, atque ita vere desierit pretium, qua tale, debitum esse, arg. *l. procuratori* 5. §. *sed si dedi* 18. *ff. de tribut. actione.* Amstelodami tamen non nisi pro sesquiennii usuris in pignore creditor prælationem habet *Willekeurem van Amsterdam, derde deel* 1. *boek. tit.* 34. *num.* 6. *pag.* 290. *col.* 2. Lubecensi quoque jure non nisi unius anni usuras prælationem habere cum ipsa sorte, testatur Mævius *ad jus Lubecense libr.* 3. *tit.* 1. *art.* 12. *num.* 79. & 80. Quid, quod ne triennii quidem aut temporis alterius brevioris statutis definiti usuræ prælationis jure gaudent, quotiens earum intuitu novatio facta est, dum in stipulationem deductæ aut in cautionem scriptam ad instar sortis, relatæ sunt, cum certum sit, novatione perimi jus pignoris, quoties illud non nominatim repetitum est, *l. solutum* 11. §. *novata* 1. *ff. de pignorat. act. l. novatione* 18. *ff. de novation.*

28. Nihil autem interest quantum ad hanc regulam, qua prior tempore jure potior est, utrum expressa sit hypotheca, an tacita; nam & tacitam seu legalem anteriorem præferri posteriori, patet ex *l. cum oportet* 6. §. *ult. C. de bonis quæ liberis, l. etiam* 15. *ff. h. t.* & arg. *l. ult.* §. 1. *in fine C. h. t.* Appendix decisionum *post Respons. Jurisc. Holl. part.* 3. *vol.* 1 *pag.* 22. *fere in med.* & tacitam seu legalem non privilegiatam posteriorem cedere conventionali speciali antiquiori uti vice versa, conventionalis posterior antiquiori legali, alibi dictum est. Adde Ant. Matthæum *de auction. libr.* 1. *cap.* 19. *n.* 46. Sed & in pignore judiciali temporis prærogativa servatur, ut potior sit, in cujus gratiam post rem judicatam pignus in causa judicati ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, prius captum est, *l. si & jure* 19. *ff. h. t.* sive quæstio sit cum aliis, quibus postea itidem judiciale pignus quæsitum fuit, sive alterius generis pignus recentius constitutum sit. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 59. & 62. Confer Mævium *de arrestis cap.* 19. *num.* 26. & *seqq.* & de nostris moribus Groenewegium *ad d. l.* 10 Quin imo, licet in pignore prætorio, quod ex missione in possessionem a prætore factam nascitur, non prosit temporis prioritas, in quantum postea missi rei servandæ causa concurrunt cum prioribus itidem rei servandæ causa missis, ac legatorum nomine prius missi cum illis, qui itidem legatorum nomine postea demum venerunt in possessionem, *l. cum unus* 12. *ff. de reb. auctor. jud. possid. l. is cui* 5. §. *si plures* 2. & 3. *ff. ut in possess. legat. causa esse liceat*; tamen, si alius judiciale vel conventionale vel legale pignus habeat, potior erit illis, quibus post demum ex missione pignus natum est; uti vice versa potiores erunt a prætore missi, si post missionem alius ex lege vel conventione vel judicati exsequendi causa captis rebus hypothecam adeptus sit; *l. si decreto* 2. *C. h. t. l. si postquam* 3. *C. ut in possess. legat.* Denique jure Romano in generali quoque hypotheca regulæ locus est, ut nempe generalem habens anteriorem præferatur habenti tum generalem posteriorem tum specialem posteriorem, nisi generalis anterior tantum in subsidium constituta sit, *l. qui generaliter* 2. *ff. h. t. l. quamvis* 2. *C. de pignor. & hypoth. l. si generaliter* 6. *C. h. t.* Nec dubium, quin & nostris moribus generalis anterior conventionalis potior sit generali posteriore, quæ itidem ex conventione coram lege loci inducta est, adeoque generale pignus idem operetur circa generalia, quod speciale circa specialia, *Politike Ordonnantie van Holl. anno* 1580. *art.* 35. *in fine*, sive bona ante primam pignoris constitutionem, sive inter primam & secundam, sive etiam post solemnem demum secundam hypothecæ conventionem debitori quæsita sint. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 16. & 25. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 48. *n.* 44. 45. quod & Negusantio placuit, aliisque ab eo citatis, *de pignoribus membro secundo quintæ partis*

num. 39. An autem generalis anterior conventionalis præferatur generali legali posteriori, vel speciali conventionali posteriori; tum in immobilibus tum in mobilibus, colligendum ex iis, quæ *tit.* 1. *num.* 15. 16. dicta sunt.

29. Ceterum non ex dierum tantum, sed & horarum distantia prælatio in pignore censenda est; cum leges generaliter loquantur, ac definiant, tempore priorem jure potiorem esse, nullam adhibentes inter annos, menses dies aut horas distinctionem, ut proinde sufficiat, unam obligationem pignoris aliquo tempore perceptibili antiquiorem esse. Bachovius *de pignoribus libr.* 4. *cap.* 1. *num.* 4. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 25. *num.* 3. Tuldenus *ad tit. C. qui pot. in pign. n.* 2. Joachimus a Beust *ad l. admonendi de jurejurando pag. mihi* 659. Quod si duobus simul res eadem pignori obligata fuerit, magis est, ut simul in eam rem concurrant pro rata debiti, sive res illa tempore obligationis fuerit in bonis obligatis, sive postea demum ei quæratur, *l. idemque* 7. §. *ult. ff. h. t. l. si fundus* 16. §. *si duo pariter* 8. *ff. de pignor. & hypothec.* Donellus *de pignoribus cap.* 12. *vers. ex quibus intelligi.* Idemque est, si duobus separatim res eadem eodem die devincta sit, nec appareat, utri prius jus hypothecæ sit constitutum, *d. l.* 16. §. 8. *in fine ff. de pign. & hyp.* qnod & non apparere videtur, cum uni obligationis instrumento hora invenitur inserta, alteri non, nec quicquam de hujus hora probatur. Tuldenus *d. n.* 2. Bachovius *d. lib.* 4. *cap.* 1. *n.* 5. *Plane si quis insulam locatam vendiderit, ac pactus sit, prioris anni pensionem sibi, sequentium pensiones emtori cessuras, pignorumque ab inquilino datorum jus utrumque secuturum,* deinde vero pignora ad utramque pensionem non sufficiant, verisimile est, id actum ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur, atque ita jus omnium pignorum primum pertineat ad venditorem, *l. insulam* 13. *ff. h. t.* Sed &, si ex nostris moribus hypotheca in immobilibus eodem die coram eodem judice creditoribus duobus separatim constituta sit, is prior tempore intelligitur, cujus hypotheca loco priore in acta publica relata apparet, arg. *l. si quis habens* 24. *ff. qui & a quibus manumiss. liberi non fiant.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 16. *ante med.* Negusantius *de pignoribus secundo membro quintæ partis num.* 45. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 66. & 72. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *c.* 11. *n.* 8.

30. Quia vero non pure tantum, sed & sub conditione hypotheca constitui potest, ac non modo pure pro debito puro, sed & pure pro debito ex conditione vel die suspenso; sciendum ante omnia est, tunc, cum hypothecæ conditio invenitur apposita, non ex tempore existentis conditionis, sed magis ex hypothecæ constitutæ die prælationem competere, adeo ut is, cui sub conditione vel ex die res obligata est, potior sit futurus eo, cui pendente eadem conditione jus pignoris eadem in re pure constitutum fuit, *l. creditor* 12. §. *si primus* 2. *in fine ff. h. t. l. grege* 13. §. *si sub conditione* 5. *in fine ff. de pign. & hypoth.* arg. *l. & quæ* 15. *in pr. l. si fundus* 16. §. *aliena* 7 *ff. de pign. & hypoth.* junct. *l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* Donellus *de pignorib. cap.* 12. *versu, unde num idem,* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 28. *defin.* 100. Negusantius *membro primo quintæ n.* 14 Sed & secundo observandum, non existentis diei aut conditionis, principali obligationi adjectæ, sed hypothecæ constitutæ tempus inspiciendum esse, si modo ea principali obligationi inveniatur apposita, quæ invito debitore impleri potest, *l. qui balneum* 9. §. *amplius* 1. *ff. h. t.* Qua ratione si heres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset, &, cum postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedisset, deinde conditio legatorum extiterit, tuendum eum, cui prius pignus datum esset, responsum fuit, *l. qui balneum* 9. §. *sed & si* 2. *ff. h. t.* Idemque in pignore legali, quod jure novo legatariis in bona defuncti competit, statuendum esse, patet ex iis, quæ *tit.* 2. *n.* 21. 22. alibique dicta sunt. Similiter, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, & eandem accepit hypothecam, tunc deinde stipulationis prioris existat conditio, potior non erit, qui postea credidit; quia in his similibusque aliis casibus conditio existens perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, *l. potior est* 11. §. *videamus* 1. *ff. h. t.* Nec dubium, quin, quæ de debito ex conditione suspenso & hypotheca munito dicta sunt, etiam longe magis obtineant, si pro debito in diem veluti pro pensionibus ædium aut fundorum in futurum exsolvendi pignus constitutum sit, & ante diei existentiam alteri idem pignus pro puro debito pure obligetur, *l. qui balneum* 9. *pr. ff. h. t.* arg. *l. quæsitum est* 14. *ff. de pign. & hypoth.* Quod si ex adverso ea obligationis, cui dies aut conditio adjecta fuit, natura sit, ut invito debitore nasci nequeat, contra dicendum fuerit, eum potiorem fore, cui pignus tempore posteriore pro debito puro constitutum, antequam conditio prioris obligationis extitisset; veluti, si cum alio ante convenerit, *ut, si ab eo pecunia acciperetur, res ei obligata esset: vel alius pignus acceperit ad eam summam, quam intra certum diem numeratus esset,* & forte prius, quam numeraretur, alii res pignori data sit: poterat enim is, qui ita priori pignus obligaverat, non accipere ab eo pecuniam, ac sua habebat in potestate, an accipiendo se ei obstringat, adeoque eo invito neque conditio impleri potuisset, neque debitum nasci, *l.* 1. §. 1. *l. qui balneum* 9. §. *amplius* 1. *l. potior* 11. *pr. ff. h. t.* junct. *l. qui pecuniam* 30. *ff. de rebus creditis, l. pen. ff. quæ res pignori &c. data oblig. non poss.* Quin imo ante numerationem tempore medio neque pura neque conditionalis obligario principalis suberat, sed tantum spes fore, ut principaliter contraheretur; ac proinde necesse erat, pignus quoque inane esse; quippe quod sine pura aut conditionali obligatione præcedente subsistere non poterat, *l.* 2. *C. pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit.* Ex quo fundamento etiam ab Hollandiæ Jurisconsultis responsum fuit, domo coram lege loci obligata per cauponem pro cerevisiis aut vinis incertis, quæ in futurum per œnopolam aut cerevisiarium cauponi venderentur aut traderentur, non nisi ex tempore, quo vini aut cerevisiæ venditio atque traditio secuta fuit, nasci pro rata hypotheca jus & prælationem, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 291. & *par.* 4. *consil.* 154. Quanquam secundum recentiora Hollandiæ edicta non videatur hypotheca talis pro debito incerto contrahendo firmitatem habitura in immobilibus, nisi certa quantitatis in futurum in obligationem deducendæ facta designatione etiam quadragesima istius quantitatis fisco de-

pensa fuerit, *dict. Ordin. Holl.* 5. *Febr.* 1665. *vol.* 3. *pag.* 1005. quod & *tit.* 1. adnotatum est. Nec supra dictis adversatur responsum Papiniani in *l.* 1. *pr. ff. h. t.* cum ibi facti species proponatur, qua alius pro muliere dotem promiserat, & cum dote reddi pactus esset, in restitutionis securitatem pignus a marito constitutum fuerat; quo casu, licet prima facie videri posset, in arbitrio mariti esse, an & quo usque dotem accipiendo velit de dote reddenda obligatus esse, exemplo ejus, cui pecunia ex mutuo numeranda erat; contra tamen placuit, eum non posse dotem promissam non acceptare; neque enim marito permittendum erat id efficere, ut mulier minus dotata sit, atque ita non suo tantum juri (uti quidem in pecunia ex mutuo numeranda) sed & uxoris favori renunciare: unde, cum hæc obligatio talis esset, ut & invito marito nasci posset, merito ex ipso pignoris constituti momento jus prælationis pro dote tributum fuit. Donellus *de pignoribus cap.* 12. *vers. prioris autem generis.*

31. Diximus hactenus, qui potiores sint, si pluribus res eadem a domino hypothecæ obligata fuerit. Quod si priori a non domino pignus devinctum sit, posteriori autem illud ipsum ab eodem, sed jam domino facto, adhuc prior potior est: eo quod ipso primo dominii acquisiti momento firmatum priori fuit pignoris jus, *l. creditor acceptis* 3. §. *cum ex* 1. *ff. h. t.* arg. *l. si a Titio* 2. *ff. de except. rei vend. & trad.* Plane, si utroque tempore, & cum primo, & cum secundo creditori jus pignoris constituebatur, debitor constituens dominus non fuerit, sed postea demum dominium adeptus sit, videndum, utrum obligans habuerit jus possessionis & Publicianam in rem actionem, an vero sine justo titulo ac bona fide rem nactus etiam usucapiendi facultate ac Publiciana destitutus fuerit. Si enim justo titulo & bona fide rem ita consecutus sit, ut usucapere potuerit, is, cui priori rem ita possessam obligavit, potior erit. Nam etsi proprietatem obligare debitor non potuerit, potuit tamen jus possessionis fictumque dominium, ex quo ei Publiciana competebat; eo modo, quo & fructuarius recte suum obligat jus ususfructus juxta *l. si is, qui bona* 11. §. *ususfructus* 2. *ff. de pignor. & hypoth.* cui consequens erat, eum quoque, cui priori jus pignoris in ipso illo possessionis jure constitutum erat, ex tempore prælationem habere; quippe quem ita tunc prætor tuetur per Servianam, uti debitorem per Publicianam, *l. si ab eo* 18. *ff. de pign. & hypoth.* Et ad hunc casum, quo debitor Publicianam habuit, restringendum, quod simplicius a Paulo traditum, *si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, priorem potiorem esse*, *l. si non dominus* 14. *ff. h. t.* quod & a Gothofredo innuitur *in notis ad d. l.* 14. Cumque ista ratio, superius adducta, non militet in casu, quo duo rem ab eodem non domino emerunt, aliove quo titulo ad acquirendum dominium idoneo adepti sunt, nemo me mihi contrarium arbitrari debet, cum ad *tit. de Publiciana in rem act. num.* 6. scripsi, eum in Publiciana potiorem esse, qui possideat, etiam cum ab eodem non domino uterque emit. Sane enim in Publiciana nemo actionem & jus suum ex jure auctoris, a quo rem nactus est, sed ex suo tantum capite metitur, si scilicet ipse justo titulo ac bona fide rem ita adeptus sit, ut usucapere possit; ac proinde, si posterior justo emtionis titulo ac bona fide & usucapiendi facultate æque munitus inveniatur ac prior, fas erat, eum in pari causa ex possessione potiorem esse. At in pignore creditoris jus ac potestas æstimatur ex jure debitoris; unde, cum debitor creditori priori jus pignoris prius constituisset in re, in qua jus possessionis ac fictum seu prætorium dominium habebat, etiam ex temporis prærogativa potiorem eum esse oportere, regula in pignoribus probata suadet. Aliud dicendum foret, si debitor rem alienam, cujus intuitu Publicianam non habebat, alio atque alio tempore duobus obligaverit: tunc enim magis est, ut, acquisito deinceps per obligantem dominio, neuter potior esse, sed pro rata concurrere debeat. Nam cum, initio inspecto, neutri creditori quicquam obligatum fuerit, debitore nullum dominii aut possessionis jus habente in re illa singulari, quam specialiter obligavit; acquisito deinceps per debitorem dominio, jus pignoris utrique creditori eodem momento firmatum fuit, incepitque res duobus, in solidum singulis, eodem momento devincta esse: quo casu eos ad pignoris pretium pro rata concursuros, supra dictum est *num.* 8. Hæc ita quoties ab eodem non domino res eadem duobus oppignorata est diversis temporibus; si vero a diversis non dominis id factum sit, meliorem possidentis conditionem esse, Paulus respondit in *l. si non dominus* 14 *ff. h. t.* Cujus ea ratio est, quia, ubi a diversis non dominis pignus duobus constitutum est, uterque in ea incipit causa esse, ut ita prætor eum tueatur, uti debitorem, qui pignori obligaverat, tuiturus esset, arg. *d. l.* 18. *ff. de pignor. & hypoth.* atqui, si duo diversis temporibus rem justo titulo & bona fide nacti sint, potiorem possessoris causam esse, in *tit. de Publiciana actione n.* 7. dictum fuit.

32. Quamvis autem, novatione debiti principalis interposita, etiam pignoris vinculum ipso jure evanescat, *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. solutum* 11. §. *novata* 1. *ff. de pignorat. act.* tamen si novationis tempore pignus repetitum fuerit, superioris temporis ordo creditori manet, perinde ac si in suum ipse locum successisset, idque ratione ejusdem quantitatis ac rerum earundem, quæ priori obligatione comprehensæ erant: non item in quantum debitum auctum, aut alia prioribus pignora adjecta sunt, *l. creditor* 3. *pr. l. creditor, qui* 12. §. *Papinianus* 5. *ff. h. t.* junct. *d. l.* 11. §. 1. *ff. de pignorat. act.* Gothofredus *ad d. l.* 3. Cujacius *lib.* 11. *observ.* 32. *in pr.* Neostadius *Curia Holland. decis.* 9. *versu, daar ook by gevoegt.* Negusantius *tertio membro partis sextæ n.* 7. Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 30. *num.* 10. Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 23. 24.

33. Non tamen tempore prior jure potior est, si prior consenserit in obligationem pignoris posteriori faciendam, *d. l. creditor, qui* 12. §. *si tecum* 4. *ff. h. t.* Nec si prior callide apud creditorem secundum dissimulaverit suum pignoris jus; quod multis adstruit Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 86. Nec denique si priori per privatum tantum instrumentum, tribus testibus haud munitum, posteriori vero per publicum, aut privatum quidem, sed trium testium fide firmatum, hypotheca constituta sit, *l. scripturas* 11. *C. h. t.* quæ, quo usque apud nos locum habeant, ex iis, quæ *tit.* 1. dicta sunt, petendum est.

34. Altera tituli parte de iis agitur, qui in hypothecariorum priorum locum succedunt: circa quos sciendum est, hypothecarios quidem creditores posteriores priori etiam invito ac reluctanti offerre potuis-

re, quod ei erat debitum, atque ita in prioris dimissi locum successisse tum sortis tum usurarum intuitu, etiamsi in istam successionem debitor haud consentiret, *l.* 1. *l. prior* 5. *l. diversis* 8. *l. cum tibi* 10. *C. h. t. l. secundus* 22. *C. de pignor. & hypothecis*, *l. potior* 11. §. *ult. l. creditor* 12. §. *sciendum* 6. & 9. *ff. h. t. l. ult. C. de his qui in priorum creditorum locum succedunt.* Reliquos quod attinet sive debitoris ejusdem chirographarii creditores sint, sive plane extranei, quibus nihil debetur, offerendo creditori hypothecario id, quod ei debitum, in jus ejus non aliter succedunt, quam si conventione inter offerentem & debitorem, vel offerentem & creditorem interposita, nominatim id actum fuerit, ut in hypothecarii sua pecunia dimissi locum subintrent, *d. l. creditor* 12. §. *a Titio* 8. *ff. h. t. l. Aristo* 3. *ff. quæ res pignori oblig. non poss. l.* 1. 2. 3. *C. de his qui in priorum credit. locum succedunt*, *l. cum alter* 11. *C. de fidejussoribus*, aut publica judicis auctoritate jus pignoris in eum, cujus pecunia creditor hypothecarius dimissus est, transcriptum fuerit, *l. si eum* 3. *l. ult. C. de privilegio fisci.* Licet enim regulariter illud inter creditores hypothecarios posteriores & alios sive chirographarios sive plane extraneos intersit, quod hypothecarii posteriores invitis prioribus offerre potuerint, ut supra dictum, alii vero non nisi creditore aut debitore consentiente in id, ut offerens in jus pignoris creditoris hypothecarii dimissi succedat, dum conventione opus est, quæ consensum requirit atque supponit, *l. nulla tibi* 5. *C. de solution.* tamen, si quis pro fiscali debitore fisco solverit, impetrare poterit, in se transcribi pignoris jus: idque fisci favore sic videtur constitutum, ut tanto magis unusquisque ad debita fiscalia fisco pro debitore fiscali solvenda invitetur, arg. *d. l.* 3. & *l. ult. C. de privil. fisci*, ac de illo pignoris transcripti casu accipiendum Antonini rescriptum in *l.* 2. *C. de his qui in prior. credit. locum succed.* Sed &, si chirographarius, vel extraneus qui creditor non erat, pignus possideat, ac hypothecaria per creditores hypothecarios conveniatur, audiendus est, si his suum creditum exsolvens, jus pignoris in se transcribi desideret; ita pariter sibi suam firmans possessionem, *l. mulier* 19. *ff. h. t. l. Paulus* 12. §. 1. *ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvitur*, Adde *n.* 5. *ff. h. t.*

35. Habuerunt autem oblationes hæ, per posteriorem hypothecarium anteriori etiam invito factæ, iniquitatem quandam, sed & pariter necessitatem. Iniquitatem quidem in eo, quod summa prudentia ac providentia creditori anteriori quæsitum pignoris jus in crediti & usurarum securitatem, eidem auferebatur, atque ita, quo quis felicius sibi de hypotheca sufficiente prospexerat, eo facilius ab ea per factam a creditore posteriore oblationem depellebatur, non sibi sed aliis vigilando proficiens. Necessitatem vero, quia creditor secundus non poterat, invito priore, pignus efficaciter distrahere, nisi oblatione debiti priori facta, *l. diversis* 8. *C. h. t.* Sed cum nostris moribus creditor posterior invito priore recte desideret faciendam solemniter pignoris distractionem, etiam cessat hactenus illud offerendi jus, ne invito creditori anteriori fiat ad transferendam in pignore prælationem, licet de cetero ex conventione inter primum & secundum creditorem, vel etiam inter creditorem hypothecarium & eum qui creditor tantum chirographarius vel nullo modo creditor sed plane extraneus est, id agi possit, ut crediti pariter ac pignoris & prælationis jus in eum transeat, cujus pecunia hypothecarius dimissus est; si modo immobilium intuitu coram lege loci solemnis fiat cessio crediti hypothecarii, quadragesima debiti apud nos & aliis in locis vicinis fisco illata, *Edict. Ordin. Holl.* 16. *Aprilis* 1671. *art.* 3. & *seqq. vol.* 3. *pag.* 1008. & *seqq.* Groenewegen *ad l.* 1. *C. h. t.* An autem actione cessa præter jus hypothecæ etiam alia privilegia in cessionarium transeant, & qualia, dictum *tit. de hered. vel act. vendita num.* 12.

36. Post hypothecarios creditores chirographarii sequuntur, inter quos etiam privilegiatus non privilegiato, & magis privilegiatus minus privilegiato præfertur. Qua ratione is, qui in funus credidit, iis præfertur, qui in navim reficiendam crediderunt, arg. *l. pen. ff. de religiosis*, & hi rursus alii simplicibus chirographariis privilegio destitutis, *l. quod quis navis* 34. *ff. de reb. auctorit. jud. possidend.* (de quibus alibi latius). Si plures aque privilegiati seu ejusdem tituli creditores sint, concurrunt, licet diversitates temporis intercedant: cum enim privilegiatus contra æque privilegiatum suo non utatur privilegio, perinde jus inter ipsos obtinet, ac si simplices chirographarii essent: in quibus nulla ex tempore prærogativa locum habet, sed cum prius credentibus posteriores concurrunt, *l. privilegia* 32. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. l. si hominem* 7. §. *ult. ff. depositi*, Carpzovius *defin. forens. part.* 1. *constit.* 28. *defin.* 12. *in fine*, Berlichius *part.* 1. *conclus. pract.* 64. *n.* 123. & 130. Vigentque chirographariorum privilegia tantum adversus eos, qui necdum debita exegerunt: nam qui debitum consecuti sunt, cum non essent privilegiati, privilegiatis nihil restituunt; cum id extraordinario jure soli fisco datum sit, *l. pecunia* 5. *C. de privilegio fisci*, & non ita per privilegium personale bona debitorum sint affecta, atque quidem per hypothecam arg. *l. quod autem* 6. §. *sciendum* 7. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* nisi, instante utroque creditore tum privilegiato, tum non privilegiato, debitor non privilegiato solverit, arg. *l. si non expedierit* 6. §. *ult. ff. de reb. auctorit. jud. possidendis*, aut creditores privilegiati jam litem moverint, ac ea pendente solutio non privilegiatis fiat, *l. ex facto* 52. §. *ult. ff. de peculio.*

37. Porro inter chirographarios procul dubio privilegiati sunt, quibus jus retentionis ex lege vel more competit, donec sibi satisfactum fuerit, de quibus alibi actum est. Civitates quoque, licet in bonis eorum, quibuscum contraxerunt, hypothecam non habeant, inter chirographarios tamen privilegio munitæ sunt, ut dictum *tit.* 2. *n.* 26. Sed & famuli ac ancillæ plerisque in locis præter jus Romanum privilegium habent ratione mercedis, si eo tempore, quo dominus moritur aut foro cedit, eidem cohabitent, nec mercedis jam debitæ usuras pacti sint. Confer Carpzovium *defin. for. part.* 1. *const.* 28. *defin.* 24. 25. 33. Mævium *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 1. *art.* 11. *n.* 56. & *seqq.* Berlichium *part.* 1. *conclus.* 64. *num.* 65. & *seqq.* Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 6. Adhæc dominis pecuniæ per furtum ablatæ in res per furem ex pecunia furtiva comparatas, vel in pretium inde redigendum, prælationem inter Chirographarios adjudicatam fuisse, Neostadius commemorat *Curiæ Holl. dec.* 19. *versu, Nopende het twede Point* & *Curiæ supr. decis.* 36. Quæ sententia uti ab

æquitate magnopere commendabilis est, ita, si secundum Romani juris principia ad examen penitius revocanda foret, difficilius defendi posset; cum eo jure res ex pecunia mea comparata mea non fiat, sed nuda mihi personalis actio supersit, quoties non nominatim aliud per modum exceptionis a regula ac ex privilegio cautum invenitur, ut id rebus ex pecunia furtiva comparatis cautum non est, quod plenius exsequitur Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 1. *cap.* 18. *n.* 10. Denique si alii ex oneroso titulo, alii vero ex lucrativo, veluti ex donatione per stipulationem aut pactum celebrata creditores sint, non aliter his id, quod debetur, videtur tribuendum, quod si prius simplices omnes ex causa onerosa chirographarii dimissi sint, cum plus favendum sit repetitioni ejus ex quo quis alioquin damnum passurus esset, quam adventitio lucro, *l. non debet* 41. §. 1. *ff. de reg. juris*, arg. *l. ult.* §. *sin vero* 5. *in fine C. de jur. deliber.* Et sane, si revocanda sint, quæ ex titulo lucrativo jam alienata atque translata erant in donatarios, quoties id in fraudem creditorum factum apparet, dum in pari causa melior est conditio agentium de damno evitando, quam eorum qui de lucro captando contendunt, *l. quod autem* 6. §. *simili modo* 11. *ff. quæ in fraud. creditor. facta sunt ut restit.* Carpzovius *defin. for. part.* 2. *const.* 12. *defin.* 29. 30. longe magis re integra, seu necdum translato in donatarium dominio creditoribus de damno evitando ex causa onerosa agentibus prælatio vindicanda est, Mævius ad *jus Lubec. lib.* N *tit.* 9. *art.* 1. *num.* 4. *& seqq.* nisi donatio remuneratoria sit; quatenus officii atque beneficii præstiti ac per antidora remunerandi mensuram haud egreditur, Mævius *d. loco num.* 7. vel dotis promissio sit ei facta, qui in bona fide est, quippe quo casu, cum dos detur ad sustinenda matrimonii onera, dotis datio aut promissio onerosis potius quam lucrativis titulis accensetur, dum indotatam ducturus non fuisset, *l. ult.* §. 1. *in fine ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.*

38. In quæstione, cujus loci statuta in prælatione tum hypothecariorum tum chirographariorum privilegio munitorum spectari debeant, dicendum videtur secundum fundamenta generalia *in tit. de const. Princip.* parte altera, *de statutis* proposita, in mobilibus debitoris bonis illum observari oportere prælationis ordinem, qui in loco domicilii debitoris probatus est; tum quia mobilia omnia, ubicunque existentia, illic domino suo præsentia esse intelliguntur, ac propterea isto quoque jure regenda sunt; tum quia creditores omnes, qui sequi in agendo debent forum rei, etiam maxime locum domicilii in contrahendo respexisse videtur, quippe in quo præcipue debitor, velut in foro præprimis competente, conveniendus est; tum denique quia, si leges vel loci in quo contractum est, vel fori in quo de creditorum prælatione ac concursu disputatur, observandas censueris, aut inexplicabilibus te difficultatibus implicaturus es, aut ad notabiles delapsurus absurditates. Etenim, si contractuum singulorum loca spectari debere contendas, explicari non poterit, quid fieri debeat, si in Hollandia, Frisia, Anglia, Italia, Hispania diversi per eundem debitorem contractus initi sint, quarum regionum unaquæque diversis ex parte, quin & subinde contrariis de protopraxia legibus utitur, dum in Anglia aut Hollandia contrahentes ex legibus Anglicanis aut Hollandicis præferri desiderabit ei, qui in Frisia contraxit; hic vero ex Frisiæ legis contrariis potior esse velit eo, qui in Hollandia vel Anglia effecit sibi devinctum debitorem. Quod si locum, ubi mobilia proscribuntur, & judicium concursus inter creditores agitatur, spectandum existimes, quasi distributio pecuniarum inter creditores pars & sequela executionis sit, (posito, quod alibi, quam in loco domicilii postremi debitoris obærati mobilia vendi & iis de protopraxia agitari possit, cujus contrarium apud nos tunc obtinere, supra *h. t. num.* 12. dictum est) absurdum illud inde sequeretur, quod tunc non mobilium tantum sed & immobilium intuitu leges loci, in quo judicium de protopraxia agitatur, observandæ forent; cum non minus distributio pecuniæ ex immobilibus, quam ex mobilibus redactæ, dici deberet executionis sequela aut pars; atque ita fieret, immobilia non ex lege situs regi, sed incerti juris subesse dispositioni, prout in hoc vel illo loco, diversis juribus utente, contentio fuerit inter creditores instituta de prælatione. Quin imo, posito illo jure, quod judicium universale concursus creditorum in eo loco ventilari debeat, in quo debitor, cum moreretur aut foro cederet, domicilium habuit, esse in arbitrio debitoris positum, ut migrando de loco in locum creditores non privilegiatos efficeret privilegiatos, hypothecam legalem faceret aliis nasci, aliis interire, prout aliud atque contrarium domicilii prioris aut rei sitæ legibus jus in novissimi domicilii loco viguerit: quod in immobilibus loco certo alligatis, nec arbitrio domini situm mutantibus, ferendum non est; sed potius (cum jam ad immobilia nos deduxerit ratiocinium) in immobilium pretio inter creditores secundum cujusque privilegium distribuendo servandæ erunt leges locorum illorum, in quibus immobilia singula existunt, idque convenienter regulæ in *tit. de const. Princip.* parte altera, de *statut. n.* 12. firmatæ, ac dictanti, immobilia regenda esse jure loci, in quo sita sunt. Confer Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 38. *& seqq.*

TITULUS V.

De distractione Pignorum & Hypothecarum.

SUMMARIA.

1. *Quando creditor possit pignus vendere? Quando secundus creditor, cui pignus pignori datum est? An pignus obligatum pro debito annua bima trima die solvendo, vendere liceat, si primæ pensionis intuitu mora facta sit? prorogato termino solutionis debiti principalis etiam differenda venditio pignoris pro illo debito obligati.*
2. *An pignoris venditio impediri possit ex eo, quod parum restet solvendum? an debitoris denunciatione, aut pœnæ comminatione, aut prohibitione testamento facta, ne res alienetur extra familiam, an intercessione per secundum hypothecarium facta? An decreto opus, si vendenda sit res, quæ vel pupillo vel a pupillo pignori obligata est?*
3. *An ipse debitor possit pignus emere? & quid, si emerit? An, & quando creditor possit emere pignus jure Romano ac moribus?*
4. *Si plures res simul obligatæ sint, creditor eligit, quam vendere velit. An generalem & specialem*

habens hypothecam vendere possit res generaliter obligatas ante speciale pignus distractum?

5. *Quæ solemnia adhibenda fuerint in pignoris venditione?*

6. *An valeat venditio pignoris privatim facta, si id pacto actum sit: cum debitor postea id non pateretur, vel aliorum creditorum interesset, ne id fiat?*

7. *An venditio & subsecuta addictio valeat, si solemnia quædam omissa sint, vel decretum a non competente judice sit interpositum, vel debitori nulla ante venditionem denunciatio facta sit? Et an tunc cum pretio etiam usuræ sint emtori reddendæ?*

8. *Quid juris, si solemnia quidem observata sint, sed vel is vendiderit, qui non habebat vendendi jus, vel, cum id haberet, in vendendo fraudulenter versatus sit? Et quid si apparitores dolo rem vilioris vendiderint? Quid moribus?*

9. *Si fidejussor pignus emerit, vel secundus creditor ab antiquiore, potuit jure Romano debitor reddito pretio pignus ab emtore avocare. Non item moribus Hollandiæ. An venditioni pignoris potuerit apponi pactum, ut intra certum tempus redimere liceat? Quid moribus? An infirmanda venditio pignoris ad abtinendam solutionem fiduciariam facta, si condemnatus deinde per definitivam absolvatur?*

10. *Si pignus solemniter extraneo venditum ac traditum sit, is dominium acquirit, & vindicare rem potest; nec a debitore vel cæteris creditoribus inquietari potest; nec a creditore vendente, licet is ex alia causa agere vellet. Si antiquior creditor privatim a debitore pignus emerit, per reliquos creditores ei pignus evinci potest; sed tunc ipsi primo reviviscit suum pignus & prælationis jus. Quid juris si primus & secundus creditor simul privatim pignus emerint?*

11. *Si posterior creditor pignus vendat, prior contra emtorem hypothecaria agere potuit, paucis casibus exceptis. Hodie agit contra eos, ad quos pretium pervenit, maxime si tempore judicii concursus inter creditores debiti conditio adhuc penderit, et ob id debitum quidem indicatum, sed solutio obtenta non sit.*

12. *An pignora vendenda sint parata pecunia? An debitor liberetur, sit creditor ab emtore pretium consequi nequeat? An pignus iterum periculo primi emtoris vendi? quid moribus, si auctionarius pretium mobilium consequi nequeat? quid si auctionarius vel curator bonis datus fugerit cum pretio?*

13. *De jure dominii a Principe impetrando, si pignus emtorem non inveniat. An illud moribus adhuc in usu sit?*

1. Si debitor non solvat creditori quod debet, liberum est creditori, non primo tantum, sed & secundo, cui pignus pignori datum est, pignus distrahere, si modo primus debitor in mora sit: hoc enim in mora non existente ratione pignoris, dum vel pignus ipsum vel principale debitum tantum sub conditione, quæ nondum extitit, contractum est, uti tunc primo creditori necdum distrahendi facultas nata est, ita nec secundo, qui jus omne suum ex primi creditoris jure metitur, arg. *lib.* 1. *C. si pignus pignori datum sit*, junct. *l. grege* 13. §. *si sub* 5. *ff. de pignor. et hypoth.* Ut tamen vel trina denuntiatio præmitti debeat, facienda debitori, antequam ad pignoris venditionem procedatur, secundum distinctionem quæ est in *l. si convenit* 4. *ff. de pignor. act. l. credi. or* 4. *C. h. t.* de qua plenius actum *tit. de pignor. et hypoth. num.* 21. 22. qua trina vel una denunciatione interposita, etsi quibusdam placuerit, integro adhuc biennio expectandum esse, antequam ad pignoris venditionem procedatur; tamen aliis rectius visum, mox licite fieri distractionem, ac in *l. ult. C. de jure domin. impetit.* non venditioni, sed impetrationi dominii biennium præscriptuum esse, ut videri potest apud Donellum *de pign. cap.* 10. *circa med.* Brunnemannum *ad l. ult. C. de jure domin. impetr. in fine*, aliosque ibidem citatos; frustra dissentiente cum aliis Bachovio de *pign. lib.* 3. *cap.* 23. *n.* 5. Si debitum annua bima trima die solvendum sit, & pro eo pignus datum cum pacto ut distrahere liceat debito non soluto, post moram in prima pensione solvenda commissam procedere licet ad pignoris venditionem, etiam necdum secundæ tertiæque pensionis dies venerit: licet enim una obligatio sit, tamen quia solutio in partes divisa est, & lapso unoquoque anno pars peti potest, §. *at si ita* 5. *Instit. de verbor. oblig. l. si legatum* 3. *ff. de annuis legatis*, imo lapsus ipse diei pro homine interpellat, *l. magnam* 12. *C. de contrah. & emitt. stipul.* atque ita post anni primi lapsum debitor incepit in mora esse, *l. lecta* 40. *ff. de reb. creditis*, sequitur ob moram talem ad pignoris distractionem jure perveniri; quod & Pomponius voluit in *l. si necessarias* 8. §. *si annua* 3. *in fine ff. de pign. act.* cum scripsit, *sed ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competere pacti conventionem*, ut scilicet pignus vendere liceat. Nec repugnant verba priora in *d. l.* 8. §. 3. proposita; eo quod in illis non regula continetur, sed ob verba quædam peculiaria, quibus pactum de pignoris vendendi licentia comprehensum erat, responsio & definitio a generalibus juris fundamentis deflectens ac pacti istius verbis accommodata proponitur: ait enim, *si annua bima trima die triginta stipulatus, acceperim pignus, pactusque sim, ut nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret, placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere, quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur.* Adde Groenewegen *ad d. l.* 8. §. 3. Si pacto certum tempus insertum sit, intra quod non secuta debiti solutione pignus vendere liceret, deinceps autem novo pacto solvendæ pecuniæ dies proferatur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur, *l. cum solvendæ* 4. *ff. h. t. l. solvitur* 5. §. 1. *ff. quib. med. pign. vel hyp. solv.*

2. Hanc vero pignoris venditionem non impedit, quod non multum restet exsolvendum, & res vendenda magni pretii sit, *l.* 2. *C. debitorem venditionem pign. impedire non posse l. quamdiu C. h. t.* ut ut tamen hic æquitati locus esse debeat, si forte ex fructibus aut pensionibus rei obligatæ propediem refici possit exiguum illud, quod in debito remansit, arg. *l.* 1. *C. h. t.* vide Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *cons.* 42. Similiter nec prohibitio per debitorem testamento facta, ne res alienetur extra familiam; aut denunciatio debitoris ne vendatur; aut pœnæ comminatio, ut res fisco cedat, si vendita sit, vendendi licentiam

creditori aufert; cum per talia jus creditoris diminui aut deterius fieri non possit, *l.* 1. *C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse*, *l. filiusfamilias* 114. §. *divi* 14. *ff. de legatis*. Sed nec creditoris hypothecarii posterioris intercessio; quippe cui per debiti offerendi licentiam, etiam invito hypothecario anteriori, abunde consultum fuit, ut titulo praecedente dictum. Nec denique venditionis licentia impeditur ex eo, quod res distrahenda vel pupillaris est, vel pupillo obligata; usque adeo, ut de rigore juris ne decreto quidem opus sit. Licet enim tutius agere dicatur creditor, si ad alienationem rei pignoratae ad pupillum pertinentis ac legitimo modo obligatae, decretum impetret, tamen simul additur, posse creditorem jus suum exequi, *l. si pupillorum* 7. §. *si pupillus. ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura &c.* Et merito, cum frustra videatur implorari decretum, ubi id petenti non potest denegari, arg. *l. pen. C. de praediis & aliis reb. minor.* Sane si pupillus ipse, auctore tutore, non sibi obligatam velit distrahere, decreto opus non est. Si enim pupillus rem non suam, sed testatoris propriam, fideicommisso restituere rogatus, facere restitutionem possit sine decreto, quia testator dominus ita praecepit, *l. magis puto* 5. §. *si fundus* 4. *ff. de reb. eor. qui sub tut. vel cura*, longe magis ei rem sibi pignori datam sine decreto distrahendi facultas asserenda est; tum, quia debitor quoque pignoris dominus expresse vel tacite distractionem permittit; tum quia per restitutionem ex causa fideicommissi recedit a pupillo restituente dominium temporarium; cum ex adverso per pignoris venditionem nihil ei pereat, sed magis ipse effectum pignoris, in quem illud datum erat, consequatur. Qua ratione nec per consilium causa manumissionis probanda est, quando minor annis viginti consentit in servi sibi obligati manumissionem, *l. si pater* 4. §. *ult. ff. de manumissis vindicta*, cum ex adverso proprii servi manumissio non nisi causa apud consilium probata secundum legem Aeliam Sentiam potuerit expediri, §. *eadem* 4. *Inst. quib. ex causis manumit. non licet.*

3. Quamvis autem quilibet regulariter ad distrahendi pignoris emtionem admitti possit, non tamen ipse debitor qui pignus dedit, eo quod nulla rei suae emtio est; adeo ut, si minoris emerit quam erat in debito, & pignus petat, aut dominium vindicet, ei non totum debitum restituenti creditor possessionem restituere non cogatur, omniaque in integro maneant creditori, *l. debitor a creditore* 40. *pr. ff. de pignor. act. l. si debitor* 39. *ff. de contrah. emt. vend. l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris.* Nec ei contrarium est, quod a Paulo traditum in *l. si mandavero tibi* 22. §. *si bi* 3. *ff. mandati*, cum illic non quaeratur principaliter, an emtio subsistat, qua debitor per interpositam personam pignus a se datum emerat, sed potius, an inter debitorem ipsum & interpositam ad emendum pignus personam subsistere potuerit mandati judicium; ac respondetur, mandatum intelligi, licet, quantum ad meram rationem, mandatum non constiterit, quia id, quod mandatum erat, emtio nempe rei suae, in persona debitoris inutile ac nullum erat; ut proinde lex illa sententiam nostram firmare magis quam subvertere videatur; licet alii contra sentiant, ut videri potest apud Ant. Matthaeum de *auction. lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 10. Sed nec creditor ad emtionem pignoris recte accedit, ac ne per interpositam quidem personam; cum is ipse plerumque fuerit, qui pignus vendit; nemo autem a semet ipso emere queat, & simul emtor ac venditor esse. Plane, si debitore vendente creditor pignus comparaverit, consensu perfectam venditionem revocari per debitorem, exemplo grave, cum jam alius emtor alius venditor appareat, *l. & qui sub* 10. *C. h. t. l. Titius, cum* 34. *ff. de pignor. act. l. rescriptum*, 12. *pr. ff. h. t.* (ut tamen secundus creditor pignus avocare adhuc possit creditori primo, cui debitor pignus vendiderat, si ei offerat totum, quod ei est debitum a debitore, *l.* 1. *C. si antiquior creditor pignus vendiderit.*). Idemque est, si judicati exsequendi causa magistratus judiciale pignus vendat; cum enim tunc non per eum, qui judicatum fieri postulavit, sed per officium seu apparitorem ejus, qui venditionem decrevit, res venundari soleant, nulla ratio est, cur non cum aliis ipse quoque creditor ad licitationem, ad instar extranei admittatur, *l. cum in causa* 2. *C. si in causa judicati pignus captum sit.* Cumque moribus nostris pignus omne conventionale eodem modo distrahendum sit, quo judiciale, quatenus creditor a judice petere debet, probato pignoris jure, pignus illud per judicis sententiam pronunciari executabile (ut loquuntur) pro debito consequens est, nunc promiscue a pignoris emtione creditores hypothecarios non esse depellendos, utcunque ipsi petierint distractionem, Groenewegen ad *l.* 10. *C. h. t.*

4. Si plures res creditori uni pignori obligatae sint, creditoris electio est, qua re distracta ad suum velit commodum pervenire, *l. creditoris* 8. *ff. h. t.* An autem is, qui & generalem & specialem hypothecam habet, ante excussam specialem hypothecam bona quaedam generaliter obligata distrahere possit, *tit.* 1. *n.* 15. 16. dictum est.

5. Facienda distractio pignorum solemniter, auctione publica, *l.* 1. *l. ult. C. de jure domin. impetrando*, *l. qua specialiter* 9. *C. h. tit.* praemissa proscriptione in celeberrimis civitatis locis, maxime si immobilia sint, populo per praeconem die auctionis convocato, hasta etiam plerumque posita; ac adhibita licitatione, adjectione, & addictione plus licitanti facta. Quae solemnia pluribus exsequitur ac ex probatis firmat auctoribus Brissonius *select. antiquit. libr.* 3. *cap.* 8. & *de formulis lib.* 6. *pag. mihi* 510. 511. Carolus Sigonius *de antiquo jure civium Romanorum lib.* 1. *cap.* 11. *post med. vers. jus auctionis, & lib.* 2. *cap.* 11. *vers. ad argentariorum*, praecipue Ant. Matthaeus *de auction. l.* 1. *cap.* 2. *n.* 7. *& seqq.* Et quae hodie ad solemnem pignorum venditionem requirantur, ex usu magis cujusque fori, quam certis praeceptis disci potest.

6. Qualiscunque autem lege municipali aut usu inveterato inductus fuerit pignoris vendendi modus, is servandus est, nec ab eo privatis creditorum ac debitorum conventionibus recedi potest, aut ordo mutari. Unde, si pacto id actum fuerit, ut creditori liceat auctoritate privata pignus vendere, tamen non nisi auctione publica ex judicis decreto id recte fiet, quoties aut debitor venditionem privatim ex pacto fieri non patitur, aut aliorum creditorum hypothecariorum interest, ne quid tale fiat; quippe quibus jus suum venditione privata non periret, sed vel emtio nulla foret, vel res cum suo onere emtori quaereretur, Neostadius *Curia supr. decis.* 89. quae incipit *Cornelius*, Groenewegen *ad* §. 1. *Inst. quib. alienare licet vel non.*

Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 11. *in fine*, & *cap.* 16. *n.* 14. 15.

7. Quod si solemnia quædam in pignorum distinctione prætermissa sint, sive dolo sive errore, si quidem notabiliora sint, sic ut ob eorumdem omissionem res vilioris distracta fuerit, non modo debitor, sed & creditores, quorum interest pluris rem vendi, ab illo addictionis decreto appellare possunt, ad id, ut addictione priore rescissa, nova permittatur licitatio novaque addictio sequatur, aut etiam sine nova licitatione res addicatur ei, cui, cum plus obtulisset alius minus offerens in addicendo prælatus fuit, arg. *l. duplex ratio* 2. *C. de fide* & *jure hasta fiscalis*. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 12. *n.* 13. Quin imo, ipso jure nulla erit venditio atque addictio, si vel ex judicis incompetentis decreto facta sit, vel sine præviis denunciationibus domino debitori faciendis interposita, adeo ut res vendita cum fructibus & omni causa vero domino restituenda sit, ac creditor, qui pretium accepit, illud emtori reddere teneatur, velut indebite acceptum, una cum usuris non a tempore solutionis, sed ex quo litis contestatio facta est; tum quia condictione indebiti usuræ ejus, quod indebite solutum, peti nequeunt, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* tum quia nostris moribus regulariter usuræ officio judicis non nisi a tempore litis contestatæ adjudicari solent, ut dicetur *t. de usuris*. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 100. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 3. *consil.* 334. *revera* 234. *pag.* 672. & *seqq.* Sed & aliis pluribus ex causis decretum subhastationis & addictionis nullum esse, pluribus exsequitur Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 2. & *multis seqq.*

8. Non idem per omnia dicendum, si solemnia venditionis ex lege vel more observata quidem fuerint, sed tamen alia ratione in vendendo peccatum sit; dum vel is vendidit, qui non habebat vendendi jus, vel is, cui jus vendendi quæsitum erat, fraudulenter in distrahendo versatus est. Nam si is vendiderit, qui non habebat vendendi jus, inutilis jure Romano habebatur venditio, nec ullum debitori domino inferebat præjudicium; nisi tantum a venditione interposita elapsum fuisset temporis spatium, quo usucapio per leges impleta habebatur; quo casu veteri domino adversus creditorem vendentem actio danda erat, *l. servos* 2. *C. si vendito pignore agatur*, arg. *l.* 1. *C. de commun. rer. alienat.* Caruisse autem intelligitur vendendi jure non ille tantum, qui nullum habuit in re vendita hypothecæ jus, sed & qui, cum pignoris vinculo res ei teneretur, venditionem ad finem perduxit, postquam ei a debitore vel ab alio pro debitore solutio legitimo modo oblata esset, ac ipse eam recusasset acceptare, *l.* 2. *C. debitorem vendit. pign. imped. non posse*, *l. si residuum* 5. *C. h. t. de distract. pign.* arg. *l. ult. C. si antiquior creditor pign. vendid.* Sin ex adverso vendendi jus habens, dum & pignus ei constitutum & in solvendo mora continuata est, fraudulenter in distrahendo versatus sit, venditio quidem subsistit ac rata manet, sed debitor contra vendentem ob dolum agere potest ad id quod interest, fraudem in vendendo haud intervenisse, *l.* 1. *C. si vendito pignore agatur*, *l. si cessante* 7. *C. h. t.* Qua ratione etiam apparitores pignora judicati exsequendi causa capientes ac distrahentes, actione doli teneri domino rerum, quoties dolo eas viliori pretio projecerunt, Ulpianus auctor est, *l. si pignora* 50. *ff. de eviction.* quemadmodum & creditori, cujus negotia gerere videntur, actione negotiorum gestorum, *l. ait prætor* 3. §. *si executor* 8. *ff. de negot. gestis*. Adde *tit. de dolo malo n.* 22. Quod, & in subsidium, quando dominus ex bonis creditoris aut apparitoris dolosi, jam ad id quod interest damnati, indemnis servari nequit, emtor cogi potest, ut res cum fructibus restituat debitori, recepto pretio cum usuris; præcipue quidem, si & emtor fraudis particeps fuerit, *d. l.* 1. *l. cum contra* 4. *C. si vendito pign. agatur*, sed tamen & tunc, cum in bona fide hæsit, ut generaliter rescriptum in *l. si uxor* 3. *C. si vendito pign. agatur*, quo tamen casu de fructibus eum non teneri, magis placuit. Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 20. *defin.* 5. Joh. Papon *lib.* 18. *tit.* 5. *art.* 27. Idemque est, si fisco pro debitis fiscalibus bona debitorum distrahente apparitores ea viliori pretio ex gratia vendiderint, *l. duplex ratio* 2. *C. de fide* & *jure hasta fiscalis*, *l. si quos debitorum* 10. *C. de rescind. vend.* Sed cum difficulter moribus hastæ fiscalis fides convelli soleat, magis est, ut nec his in casibus, quibus vel is vendidit, qui vere non habebat vendendi jus, vel creditores aut apparitores dolum in vendendo adhibuerunt, ac solvendo non sunt, venditio infirmari debeat; cum utique debitori liberum, imo necesse fuerit, sese opponere venditioni per eum petitæ, cui distrahendi facultas nata non est, vel ante addictionem arguere dolum creditoris aut apparitoris, vel saltem ab interposito addictionis decreto propter adhibitam apparitoris aut creditoris fraudem appellare, nisi et emtor fraudis particeps fuerit; cum alioquin ne restitutio quidem ex capite doli adversus tertium, qui dolo caruit, implorari queat, ut dictum *tit. de dolo num.* 10. Confer *tit. de resc. vend. num.* 16.

9. Et hoc ipsum, quod nempe difficilius nunc rescindantur addictiones in auctionibus publicis ex decreto factæ, quam quidem de jure Romano, ex aliis quoque manifestum est. Nam, cum jure civili debitor post plenam in actione publica pignoris venditionem seu addictionem, ac subsecutam traditionem, potuisset emtori offerendo pretium cum usuris recuperare pignus, si non extraneus, sed fidejussor, qui pro eodem debito intercesserat vel secundus creditor, ab antiquiore pignus emisset, vel antiquiori obtulisset debitum, atque ita quodammodo pignus comparasset; quasi fidejussor, ut bonam fidem præstet, non tam emere & sibi negotium gerere debuerit, quam potius debitori, pro quo fidem interposuit, atque ita tum fidejussor tum creditor posterior non tam dominii acquirendi quam pignoris aut crediti servandi causa pecuniam dedisse ac pignora suscepisse viderentur, *l.* 1. *C. de dolo*, *l. si mandat.* 59. §. 1. *ff. mandati*, *l. cum secundus* 5. §. 1. *l.* 6. *ff. h. t.* (quod & in Frisia adhuc servatur. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 18.) nostris tamen moribus neque fidejussor neque creditor, qui auctione publica pignus comparavit, illud pretio recepto restituere debitori compellendus est, Groenewegen *ad l.* 1. *C. de dolo*, & *ad l.* 6. *ff. h. t.* Et quamvis jure Romano creditori licuerit distractioni pignoris pactum adjicere, de re vendita sibi aut debitori restituenda, si ipse aut debitor intra certum tempus pretium reddiderit, adeo ut vi talis pacti debitor vel suo nomine agere potuerit oblata pecunia ad restitutionem, perinde ac si ipse vendidisset & pactus esset, vel saltem a creditore petere, sibi cedi actionem ubi sibi ipsi credi-

tor pacto servaverat pignoris redimendi facultatem, *l. si creditor* 7. *pr.* & §. 1. *ff. h. t. l. si, cum venderet* 13. *ff. de pignor. act.* tamen, cum hodie pignora conventionalia eodem modo distrahantur ex decreto judicis, quo judicialia, & hæc æque Romano ac hodierno jure divendantur sine ulla redhibendi conditione dum omnia omitti debent, quibus emtores absterreri possent, ac venditio difficilior effici, atque ita deterius reddi creditorum jus; consequens est, nec ea ratione emtores ab emtione, semel per addictionem solennem impleta, depelli posse per factam a debitore pretii oblationem. Quæ adeo vera sunt, ut, si fiduciariæ solutionis per interlocutoriam sententiam decretæ intuitu pignora capta atque distracta fuerint, ac deinde per definitivam interlocutoria revocetur, ne tum quidem emtori a debitore pignus emtum auferri possit oblato pretio, sed sufficere debeat vincenti per definitivam, quod adversus victum ad soluti & ejus quod interest restitutionem agere ex cautione possit: eo quod ad distractionis validitatem sufficit, eum rite condemnatum esse, ita post Ant. Fabrum *C. lib.* 8. *tit.* 17. *defin.* 25. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 50.

10. Illud Romano & hodierno juri commune est, quod, si antiquior ac jure potior creditor pignus sollemniter extraneo vendiderit, aut decreto judicis per apparitores distrahi curaverit, extraneus ille emtor neque per debitorem, neque per creditores tempore posteriores aut jure debiliores, ullam oblato pretio soluto pati teneatur emtæ rei oblationem, sed plenissimo & irrevocabili jure dominus fiat, *l. cum prior* 5. *ff. h. t. l.* 1. 2. *C. si antiquior cred. pign. vendid. l. si generaliter* 6. *C. qui pot. in pign.* & contra possessores quoscunque possit in rem actionem exercere, *l. obligatis* 15. *C. h. t.* nec vinci, si conveniatur de proprietate, si modo debitor dominus fuerit, *l. qui a creditore* 13. *C. h. t.* junct. *l. si is* 10. *ff. h. t.* vel ipse creditor, qui vendidit, ejusdem rei ex alia causa vellet quæstionem movere, *l. & si is* 10. *ff. h. t.* Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 18. Uti ex adverso, si creditor antiquior pignus non auctione publica sed privatim a debitore comparaverit, liberum reliquis est adversus eum hypothecaria agere, & pignus evincere perinde ac si extraneo debitor pignus vendidisset, *l.* 1. *C. si antiquior cred. pignor. vend.* Quo tamen casu creditori antiquiori, cui jam per emtionem domino facto desierat res pignori esse, dum rei suæ pignus non subsistit, jus suum pignoris cum prælatione ita reviviscit, quasi nulla pignoris emtio intervenisset; cum etiam re ipsa emtio per hypothecariam a posteriore intentatam & evictionem subsecutam hactenus infirmetur, atque ita eventus docuerit, revocabile tantum dominium creditori primo fuisse quæsitum; quo fit, ut ablato domino pristina jura redintegrentur, *d. l.* 1. *C. si antiquior cred. pign. vend. l. pen.* §. 1. *ff. de except. rei judicatæ*, eoque faciunt, quæ de juribus post retractum emtori reviviscentibus dicta *tit. de lege commissor. num.* 28. *in fine.* Christinæus *vol.* 4. *decis.* 162. Tiraquellus *de retract. gentil.* §. 1. *gloss.* 7. *n.* 70. Matthæus de afflictis *decis.* 16. Responsa jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 281. Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 14. *num.* 11. Secus quam obtineret, si & antiquior & posterior creditor simul una emtione emissent privatim a debitore prædium sibi obligatum; tunc enim alter in alterum nullam haberet actionem, quia consensum mutuo venditioni dedisse intelliguntur & juri pignoris renunciasse, *l. Titius* 9. *ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv.*

11. Quod si posterior creditor hypothecarius pignora distraxerit, prior ac jure potior nullam contra posteriorem creditorem de pretio ex pignorum venditione redacto actionem habuit, sed tantum contra tertios pignorum possessores hypothecaria experiri jus civile ei permisit; eo quod pecunia ex pignore redacta pignori obligata non est, nec in judiciis particularibus in locum rei succedit, *l.* 1. *ff. h. t.* juncta *l. idemque* 7. §. *si tibi* 1. *in fine ff. qui pot. in pign. l. qui vas* 48. §. *ult. ff. de furtis*, nisi heres sub beneficio inventarii adita hereditate distraxisset, & creditores jura debiliora habentes ex pretio dimisisset, *l. ult.* §. *sin vero* 5. & 6. *C. de jure deliberandi*, vel fisco tanquam creditori potiori debitum esset, *l. pecunia* 5. *C. de privil. fisci*, *l. deferre* 13. §. *ult. l.* 19. 20. 21. *ff. de jure fisci.* Sed cum hodiernis moribus omnis venditio pignorum conventionalium ac legalium æque ac judicialium ex decreto judicis solemniter facienda sit, & pretium inde redactum non aliter creditoribus cedat, quam si caverint de restituendo, ubi alii emerserint potiora jura habentes, atque ita pretium auctoritate publica surrogetur in locum rei, magis est, ut nunc emtores addictione fideque publica muniti inquietari nequeant per eos, qui se in pignore potiores esse contendunt, sed vi cautionis adversus creditores posteriores ex pretio dimissos agendum sit, quoties justa subest excusatio, cur non maturius ac re adhuc integra de jure suo experti fuerint, qui se ajunt potiores esse, Groenewegen *ad l.* 13. *Cod. de evict. on.* & *ad tit. C. si vendito pignore agatur.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 10. *n.* 9. *in fine*, vel quoties conditio debiti aut hypothecæ constitutæ adhuc in pendenti est eo tempore, quo inter creditores de prælatione sententia fertur, vel in casum evictionis, quæ necdum secuta est, fundus pignori obligatus est, cum his in casibus tantum jus suum ex conditione suspensum denunciare interim creditor possit ac debeat, tempore eo, quo de prælatione disputatur, ac neutiquam impetrare debiti ex conditione etiamnum suspensi & adhuc incerti solutionem. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 97. (*vel* 96.) *quæ incipit, Guilielmus.* Tiraquellus *de retractu gentil.* §. 1. *gloss.* 10. *n.* 45. Adde *tit. de judiciis n.* 28.

12. Licet autem regulariter parata pecunia pignora distrahenda sint, adeo ut, emtore pretium non solvente, iterata fieri possit ejusdem rei venditio periculo primi emtoris, *l. a divo Pio* 15. §. *sed si emtor* 7. *ff. de re judicata*, junct. *l. si fundus* 4. §. *pen. ff. de lege commissoria*, potuit tamen creditor pignus vendens fidem emtori habere de pretio, si aliter bonis conditionibus res emtorem non inveniret, arg. *l. eleganter* 24. §. *si vendiderit* 2. *ff. de pign. act. l. quæsitum* 9. *ff. h. t.* eo modo, quo & in casum evictionis duplum repromittere, si ob id pluris pignus distrahendum esset, *l. si pignore* 22. §. *ult. ff. de pignorat. act.* Si tamen creditor deinceps ab emtore pretium consequi nequeat, nec culpæ possit argui, debitor adhuc obligatus manet, quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta, *d. l. quæsitum* 9. *ff. h. t.* Plane si nostris ex moribus auctione publica res mobiles per auctionarium, seu præconem distractæ sint, ac is pretium ab

emtore non exegerit, periculum neque creditoris, sed ipsius auctionarii est; quippe qui imputare sibi debet, quod emtoris fidem secutus fuerit, nec rem pro pretio retinuerit, aut idoneos ab eo exegerit fidejussores, quod variis statutis cautum docet Ant. Matthaeus *de auction. lib.* 1. *cap.* 15. *n.* 11. Subjungens *n.* 12. creditorum periculum fore, si vel auctionarius vel curator bonis datus cum pecuniis exactis fugerit, aut alias solvendo non sit.

15. Si pignus vendendum emtorem non inveniat, totoque biennio sic venale fuerit habitum, petitur & impetratur deinceps per creditorem a Principe, non magistratu, *eleganter* 24. *pr. ff. de pignor. act. l. si is, qui* 63. §. *ult. ff. de acquir. rer. domin.* (licet olim in pignore judiciali etiam praetoribus ea potestas videatur data ex rescriptis Imperatorum, *l. a Divo Pio* 15. §. *si pignora* 3. *ff. de re judicata*, ad quae rescripta generalia praetores ea potestate munientia, videtur pertinere quod dicitur a Gordiano, *auctoritate Principis dominium creditori addici solere, l. ult. C. si in causa jud. pign. capt. sit*), dominium pignoris justo pretio aestimanti, adeo ut superfluum creditor debitori restituat, & ejus, quod minus est in pretio quam debito, salvam habeat exactionem. Quod & obtinet, si post impetratum dominium creditor pignus vendat. Ut tamen Princeps non ante dominium addicat creditori, quam si prius ex jussu Principis magistratus debitori certum adhuc temporis spatium praefinierit, intra quod ille creditori satisfaciat, ac ne sic quidem venierit debitumque obtulerit. Sed & post dominii impetrationem debitori adhuc integrum est intra biennium continuum pignus recuperare, impensis redditis debitoque soluto, ne debitores temere rerum suarum dominium amittere viderentur, uti haec omnia plenius traduntur in *l. ult. C. de jure domin. impetr.* Quae tamen impetratio dominii non impedit, quo minus verus dominus rem evincat, si doceat, eam suam esse, ac per errorem a Principe velut debitoris propriam fuisse, addictam, arg. *l. eleganter* 24. *ff. de pignorat. act.* cum Princeps non soleat beneficia concedere in alterius injuriam, *l. nec avus* 4. *C. de emancip. liberor.* & res inter alios acta vel judicata aliis non noceat, *l. saepe constitutum* 63. *ff. de re judicata*, ac ipsa quoque res in judiciis divisoriis uni adjudicata recte evincatur, si aliena appareat, licet alioquin adjudicatio quoque dominium tribuat, arg. *l. si per errorem* 17. *ff. de usurp. & usucap.* junct. §. *ult. inst. de offic. judicis*. Ceterum hae dominiorum impetrationes tantum in speciali, non item in generali pignore locum habent, *l.* 1. *C. de jure Dominii impetr.* & censetur creditor, qui jam dominium impetraverat, ab ea impetratione destitisse, si postea usuras aut debiti partem receperit a debitore, *l.* 2. *C. eod. tit.* arg. *l. post diem* 7. *ff. de lege commissoria*. Quid, quod & moribus nostris tota dominii impetratio abolita est, dum creditores ipsi hypothecarii, qui subhastationem impetrarunt, ad licitandum admittuntur, atque ita vel emtionis titulo sibi pignus acquirere, vel licitando emtores extraneos adigere possunt ad justa pignorum venalium pretia constituenda, Groenewegen *ad tit. C. de jure domin. impetrando*, Parens p. mem. Paulus Voet *ad* §. 1. *Instit. quib. alien. licet vel non num.* 4. post alios ibidem citatos.

TITULUS VI.

Quibus modis Pignus vel Hypotheca solvitur.

SUMMARIA.

1. *Pignus solvitur, si creditor fiat dominus pignoris, nisi creditor antiquior pignus privatim emerit, & secundus creditor id evincat.*
2. *Etiam sublato principali debito per confusionem, solutionem, novationem &c. An si liberi matri vitrici successerint, bona vitrici liberentur a vinculo pignoris legalis? Quid juris, si pignora in novatione repetita sint? An pupillus censeatur novasse obligationem ex tutela & perdidisse pignoris jus, si post pubertatem usuras reliquorum acceperit? Totum debitum debet solutum esse, licet plures debitoris heredes sint. Quid, si primus debitor solverit, cum pignus pignori datum esset?*
3. *An, cum remissio principalis debiti inutilis est, remissio quoque pignoris invalida sit?*
4. *An evanescat vinculum pignoris, si mancipium obligatum manumittatur aut prostituatur? Pignore extincto, an debitor cogi possit, ut aliud pignus det pro annuo reditu vel alio debito?*
5. *De pacto ne res pignori sit, redditione pignoris, aut instrumenti continentis obligationem pignoris.*
6. *An solvatur pignus, si creditor in rei obligatae alienationem consenserit expresse vel tacite? Quid si tantum sciverit rem alienari nec contradixerit, tum jure civili tum moribus circa mobilia & immobilia?*
7. *Quid si alienatio, in quam consensit creditor, non sequatur, vel non eo modo, vel ab ea jam facta recedatur? An reviviscat pignus, si res postea redeat in dominium debitoris ex nova causa.*
8. *Quando verum sit, quando non, resoluto jure dantis jus pignoris resolvi? ubi de usufructu finito, qui obligatus erat, de pignore pignori dato, si debitor primus solvat; de emphyteusi aut superficie amissa; de re fideicommisso conditionali obnoxia interim per gravatum pignori data; de re in diem addicta, vel sub lege commissoria vendita interim obligata, si venditio resolvatur. Quid, si obligata sit res, quae vendita erat, sub conditione, ut si displicuisset, reddere liceret, vel quae ob vitium redhibetur?*
9. *An rescissa venditione ob enormem laesionem res interim per emtorem obligata redeat ipso jure libera ad venditorem, distinctione explicatur.*
10. *Si jus pignoris ex conventione vel lege tantum ad certum tempus constitutum sit, vel dominus consenserit, rem suam usque ad annum obligari, lapso tempore res desinit obligata esse. Quid si dominus directus consenserit in feudi oppignorationem, sed ea lege ut intra sexennium luatur?*
11. *An extinguatur pignus, oblato pignore alio aeque idoneo invito creditori?*
12. *An legale pignus pereat per conventionale, vel per fidejussores datos?*
13. *An sola oblatione debiti sine depositione?*
14. *An mutatione formae rei obligatae? vel nova specie facta? An debitor invito creditore possit domum pignoratam destruere, aut formam rei mutare?*
15. *An priori creditori pereat suum pignoris jus, si consenserit, alteri creditori rem eandem obligari?*

16. *An resoluto jure pignoris ob chirographarium debitum pignus retineri possit? An & pro usuris debiti chirographarii?*

1. Pignoris obligati vinculum multis potest dissolvi modis, puta, si creditor fiat dominus pignoris ex contractu, successione, aut alia quacunque ratione; eo quod, uti res sua nemini servire potest, *l. uti frui* 5. *pr. ff. si usufruct. pet. vel ad al. pert. neg.* ita nec pignori devincta esse, adeoque res devenit ad eum casum, a quo initium habere non potest, *l. si rem alienam* 29. *ff. de pignorat. act. l. neque pignus* 45. *ff. de reg. juris.* Si tamen antiquior creditor privatim pignus a debitore consecutus sit, ac posterior deinde evincat pignus, antiquiori suum reviviscere jus pignoris cum prælationis prærogativa, *tit.* 5. *num.* 10. dictum fuit.

2. Sed & si debitum principale solutione, vel oblatione, consignatione ac depositione pecuniæ debitæ, vel compensatione, vel voluntaria novatione, vel remissione, vel pacto de non petendo, vel jurejurando ad delationem aut relationem partis præstito, vel sententia judicis, vel confusione dum creditor debitori succedit, aliove simili modo, quo obligationes aut ipso jure aut ope exceptionis dissolvi solent, sublatum sit, pignoris quoque vinculum inutile redditur; cum sublato principali accessorium tollatur, *l. solvitur* 5. *pr.* & §. *ult. l.* 6. *pr.* & §. 1. *l. si deferente* 13 *ff. h. t. l. ult. C. de luit. pignoris, l. si debitor* 4. *ff. qui pot. in pign. l. si priusquam* 8. *C. de distract. pign. l. si rem alienam* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act. l. cum te* 3. & *tot. tit. C. de remiss. pignor. l. si tibi decem* 17. §. *de pignore* 2. *ff. de pactis, l. ult. C. de pignor. act. l. novatione* 18. *ff. de novation.* Hinc, cum bona vitrici liberis prioris matrimonii legali hypotheca obligata fuissent ob id, quod eorundem matrem tutricem, non redditis rationibus aut reliquis non illatis, duxisset uxorem, ac liberi illi deinceps suæ matri simpliciter sine inventario heredes extitissent, judicatum fuit, extincta eo modo obligatione principali materna ex administratione tutelæ nata, nec vitrici bona ulterius remansisse privignis devincta, arg. *l. Granius* 71. *ff. de fidejussor.* Sande *decis. Fris. l.* 3. *tit.* 12. *defin.* 4. *in fine.* Ut tamen respectu novationis duret pignus una cum temporis prærogativa, si illud novationis interpositæ tempore repetitum fuerit, *l. creditor acceptis* 3. *l. creditor, qui* 12. §. *Papinianus* 5. *ff. qui pot. in pign. l. solutum* 11. §. *novata* 1. *ff. de pignor. act.* Adde *tit.* 4. *num.* 32. nec pupillus novasse intelligatur, ad id ut suum perderet privilegium aut hypothecæ jus, si post pubertatem rationibus a tutore acceptis, resignationem ejus secutus, usuras acceptaverit, *l. qui nominibus* 44. §. 1. *ff. de admin.* & *peric. tut.* Et quod attinet solutionem, non dubium, quin & sub ea comprehendatur, si creditor ex pignore fructus, debiti quantitatem æquantes perceperit, quoties non subest pactum antichresios, *l.* 2. 2. *ult. C. de pignorat. act. l.* 1. *C. de distract. pign.* Nec aliter solutione vinculum pignoris peremptum intelligitur, quam si totum debitum exsolutum sit, *d. l.* 9. §. 5. *ff. de pignorat. act. l. quamdiu* 6. *C. de distract. pignor.* usque adeo, ut non sufficiat, unum ex pluribus ejusdem debitoris heredibus suam exsolvisse hereditariam portionem, sed vel ab omnibus, vel ab uno pro omnibus solutionem integri debiti fieri necesse sit, cum individua credatur pignoris causa, nec obligatio individua ex persona heredum mutationem recipiat, *l.* 1. 2. *C. de luit. pign. l.* 1. *C. si unus ex plurib. hered. debit. aut. cred. l. unus ex multis* 16. *C. de distract. pign.* junct. *l. stipulationum* 2. §. *ex his igitur* 2. *ff. de verb. obligat.* Vide *tit. de pignor. act. n.* 6. Plane, si pignus pignori datum fuerit, & creditori primo per primum debitorem solutum sit, etiam creditoris secundi intuitu vinculum pignoris interire verius est; cum resoluto jure dantis etiam accipientis jus resolvatur, nisi creditor secundus debitori primo denunciaverit, ne is primo creditori solvat, donec sibi satisfactum fuerit, *l.* 2. *C. si pignus pignori dat. sit, l. grege* 13. §. *cum pignori* 2. *ff. de pignor.* & *hypoth. l. debitor a creditore* 40. §. *ult. ff. de pignor. act.* junct. *l. nomen* 4. *C. quæ res pign. oblig. poss.*

3. Quod si inutilis sit remissio debiti, pignoris quoque remissio invalida erit, si modo eadem in pignore, quæ in principali debito, ratio sit, *l. debitum* 5. *C. de remiss. pignor.* Unde si debitor debitori suo debitum remiserit in fraudem creditorum, pro quo debito pignus obligatum erat, pignoris æque ac debiti remissio effectu caret, arg. *l.* & *si pignus* 18. *ff. quæ in fraud. credit. facta sunt ut restit.* Idemque est, si metu vel dolo inductus, vel lubrico ætatis lapsu creditor debiti principalis hypothecarii fecerit remissionem; in quantum per restitutionem in integrum ex justis hisce causis æque pignoris ac debiti persecutio redintegratur. Diversum obtinet, si non eadem debiti principalis inutiliter remissi, quæ pignoris ratio inveniatur. Cum ergo donationes inter virum & uxorem, atque adeo etiam debiti remissionem, per quas remittens pauperior & alter ditior efficitur, jure civili reprobatæ essent, *tot. tit. ff. de donat. inter vir.* & *uxor.* pignorum autem remissiones non inciderent in prohibitam inter conjuges donationem; *d. l.* 18. *ff. quæ in fraud. credit. facta, l. etiam constante* 11. *C. ad Senatusc. Vellejanum,* consequens est, inutili pronunciata donatione, pignoris tamen persecutionem semel remissam extinctam manere: ac de eo casu accipienda *l.* 1. §. 1. Donellus *ad l.* 11. *C. ad SCons. Vell.*

4. Manente principali debito, pignoris jus solvitur, si creditor ancillam sibi pignori datam prostituerit, vel aliud improbum facere coegerit, *l. eleganter* 24. §. *in pignoratitio* 3. *ff. de pignorat. act.* aut servus in ædes inductus, atque ita tacite pro pensionibus obligatus; vel generaliter tantum cum ceteris debitoris bonis jure pignoris devinctus, a domino manumittatur ante præclusionem, *l. pen. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contrah. l.* 2. *l.* 3. *C. de serv. pignori dato manumisso.* Adhæc, si res pignorata intereat, *l. sicut* 8. *pr. ff. h. t.* vel ab hostibus capiatur. Vide Responsa Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 1. Nec compelli debitor potest, ut perempti pignoris loco rem aliam obliget, utcunque pignus in annui reditus securitatem constitutum esset; licet enim in prætoriis stipulationibus ita jus sit, ut sæpius interponi debeant ubi sine culpa stipulantis cautum esse desiit, *l. prætoriæ stipulationes* 4. *ff. de prætoriis stipul. l. si is, a quo* 3. §. *ult. l.* 4. *ff. ut in possess. leget. vel fideicom. nomine esse liceat,* in ceteris tamen una securitatis præstatione defungi debitorem, nec singulis momentis onere cavendi oportere gravari, verius est. Jacobus Coren. *observ.* 35. *lit. L.* & *M.* Lambertus Goris

adversar. tract. 1. *cap.* 3. *n.* 4. Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 6. *vers. quod item diximus.*

5. Perit insuper solum pignoris vinculum, si a creditore ipsum remittatur pignoris jus, sive tacite, cum res obligata restituitur aut legatur debitori, vel ipsum redditur aut legatur chirographum, quo pignoris obligatio comprehensa est, *l.* 1. *ff. de liberat. legata, l. creditricem* 7. *C. de remiss. pign.* sive expresse, pacto interposito, *ne amplius res obligata sit*; quo casu hypothecæ quidem nexum ipso jure, pignoris vero traditione perfecti, obligationem ope tantum exceptionis dissolvi, plenius traditum, *tit. de pactis n.* 3.

6. Evanescit præterea pignus manente debito, si creditore consentiente debitor rem obligatam tertio vendiderit, permutaverit, donaverit, in dotem dederit, aut alio quocunque modo alienaverit; nisi consenserit salvo sui pignoris jure, aut ea lege venditionem fieri passus sit, ut non ante discedatur a pignore, quam postquam sibi ex rei venditæ pretio satisfactum fuerit, *l. si debitor* 4. §. 1. *l. si consensit* 7. *l. sicut* 8. §. *quod si is* 9. & 10. *ff. h. t. l. si probaveris* 2. *C. de remiss. pignoris.* Nec interest, utrum ipse debitor vendiderit, an heres ejus ex consensu per defunctum impetrato, *d. l. sicut* 8. §. *si debitori* 16. *ff. h. tit.* Nec utrum creditor expresse consenserit, an tacite, dum forte subscripsit in tabulis emtionis, si modo non manifeste in subscribendo deceptus sit, *d. l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *in fine ff. h. t.* Sed & si ratihabitio post venditionem a debitore factam supervenerit, pro consensu erit, *d. l. si debitor* 4. §. 1. *in fine ff. h. t.* Sola tamen scientia creditoris cum silentio conjuncta non inducit consensum in alienationem, cum magis ideo passus videatur venire rem, quod sciebat, ubique pignus sibi durare, *d. l. sicut* 8. §. *non videtur* 15. *in pr. ff. h. t.* nisi servus specialiter pignori nexus, sciente nec contradicente eo cui obligatus erat, a debitore manumissus ac in libertate moratus fuerit, libertatis favore, *l.* 1. *C. de remiss. pignoris*, vel creditores eo tempore, quo prædium solemniter sub hasta distrahebatur, programmate admoniti, cum præsentes essent, jus suum executi non sint; eo quod hastæ fiscalis fides non facile convelli debet, *l. si eo tempore* 6. *l. si hypothecas* 8. *C. de remiss. pignoris.* Quin & secundum mores hodiernos mobilia, sive specialiter sive generaliter ex conventione vel lege devincta, transire sine ullo onere in quemvis possessorem, sive oneroso sive lucrativo fuerint titulo alienata, uti & immobilia generali hypotheca conventionali nexa ac ex oneroso titulo per debitorem translata, licet creditor in rerum talium mobilium ac immobilium alienationem non consenserit, ac forte nec scientiam habuerit translationis a debitore factæ, plenius expositum *t.* 1. *n.* 13. 14.

7. Non aliter tamen creditoris in alienationem consensu perimitur pignoris jus, quam si ea vere subsecuta fuerit, eo modo, ac tempore, cæterisque qualitatibus ac circumstantiis servatis, quibus creditor suum in alienationem consensum circumscripsit. Nam si non venierit res, in cujus venditionem creditor consenserat, vel vendita quidem sit, sed a venditione recessum fuerit, vel venditio ex aliqua causa inutilis sit, persecutio pignoris etiamnum salva est, *l. si debitor* 4. §. *ult. d. l. sicut* 8. §. *si voluntate* 6. *l.* 10. *ff. h. t.* Sed & si intra annum vendi permiserit, alienatio post annum secuta non aufert jus creditori, *d. l.* 8. §. *pen. ff. h. t.* Plane si consensu in venditionem interposito, debitor donaverit rem pignoratam aut in dotem dederit, vel vice versa, voluntatis magis quam juris quæstionem hanc esse, ac ex circumstantiis oportere dijudicari, utrum & in eum alienandi modum videatur voluisse consentire creditor, patet ex *d. l.* 8. §. 11. 13. 14. *ff. h. t.* Porro alienatione semel recte facta ita secundum juris civilis dispositionem evanescebat pignoris vinculum, ut ne redintegraretur quidem; si postmodum ex nova causa res eadem in debitoris reverteretur dominium ac potestatem *l. ult. C. de remiss. pignor.* Quod tamen hodie mutatum monet Groenewegen *ad d. l. ult.*

8. Resoluto quoque jure ejus qui pignus dedit, creditori suum jus pignoris interire necesse est. Quod tamen non semper ipso jure, sed sæpe tantum ope exceptionis fit. Ipso quidem jure id contingit, quoties is, qui rem pignori obligavit, plenum in ea re jus non habuit, sed penes alium fuit potentius jus dominii vel præsentis vel futuri, ex quo res illa obligata invito eo, qui obligaverat, reverti potest. Qua ratione, si quis pignus pignori dederit, secundo creditori protinus evanescit pignoris jus, quam primum creditori primo, qui pignus pignori dederat, per debitorem primum, solutio debiti facta est, ut supra probatum *n.* 2. *in fine*. Idemque est, si fructuarius suum usumfructum pignori obligaverit, & is morte fructuarii aliove simili legitimo modo extinctus ad proprietatem revertatur, *l. sicut* 8. *pr. ff. h. t.* arg. *l. si quis domum* 9. §. *hic subjungi* 1. *ff. locati* vel emphyteuta aut superficiarius suam emphyteusin aut superficiem; & dein ob non solutum canonem aut solarium fundus redeat ad dominium directum ex jure commissi, *l. lex vectigali* 31. *ff. de pignor & hypoth.* arg. *l. etiam superficies* 15. *ff. qui pot. in pign.* Sed & si heres rem a defuncto sub conditione legatam aut fideicommisso relictam, eadem pendente, pignoris nexui effecerit obnoxiam, existente conditione res ipso jure liberata per legatarium vindicari potest, *l. ult.* §. *sin autem* 3. *C. commun. de legatis, l. grege* 13. §. *statu liber* 1. *ff. de pign. & hypoth.* Nec aliud obtinet, si cum lege commissoria res vendita vel in diem addicta fuerit, ita ut puram ista pactio venditionem fecerit, atque adeo translatum in emtorem dominium emtor interim pignori obligaverit, sed postea ob non solutum pretium vel ob allatam conditionem meliorem res inemta fiat, *l. si res* 3. *ff. h. t. l. ubi autem* 4. §. *sed & Marcellus* 3. *ff. de in diem addictione.* Quorum omnium exemplorum, etiam a Vinnio *in select. quæst. libr.* 2. *cap.* 5. relatorum, illud fundamentum est, quod non plus juris habere potuerit creditor, quam habet is, a quo pignus tenet, *l. si superatus* 3. §. 1. *ff. de pign. & hypoth. l. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur.* jam autem in superioribus omnibus casibus non nisi revocabile dominium aut jus debitori oppignoranti quæsitum fuerat, quod & sciebat, aut saltem ignorare non debebat creditor, arg. *l. qui cum alio* 19. *ff. de reg. juris*, ac proinde queri non debet, si ipsi pignus pereat, dum debitori suum ab initio revocabiliter tantum acquisitum evanescit jus, sed magis sibi imputet, quod tam lubrica cautione voluerit contentus esse. Nullus certe, ut jam dictum, plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet; ac proinde, cum in casibus superioribus is, qui pignori dedit, revocabile ac temporarium tantum habuerit dominium aut aliud jus

absurdum esset. illud alteri constituere pignoris jus, ultra tempus illud, quo penes eum ex præcedente conventione, vel defuncti voluntate, jus illud debebat permanere. Diversum est, si res distracta sit sub conditione, *ut, si emtori displicuisset, reddere liceret*; & antequam displicuerat, per emtorem pignori obligata sit; vel servus aut res alia morbosa vel vitiosa vendita ac postquam per emtorem creditori devincta fuerat, ob vitium morbumve redhibeatur: non enim ipso jure pignus tunc solvitur, tum quia plenum perpetuumque dominium ei, qui pignori dedit, quæsitum fuerat, qui proinde etiam in perpetuum, seu sine temporis restrictione, rei pignori obligandi potestatem habebat; quo semel facto, uti creditori perire non poterat jus, si pignori obligans deinceps rei obligatæ dominium in alium transferat, ita nec, si vel redhibeat, vel reddat displicente sibi venditione; tum etiam, ne in arbitrio debitoris sit, ipsum pignoris vinculum in re plenissimo jure sibi quæsita, ac citra suam voluntatem nunquam directo vel per indirectum auferenda, dissolvere, atque ita suum consilium in alterius præjudicium contra communem juris regulam mutare; sed potius emtorem ad pretii restitutionem ex his causis agentem repellet venditor, excipiendo, rem redhibendam a vinculo pignoris per emtorem impositi necdum liberatam, aut eo nomine cautum esse, *l. si res distracta* 3. *in fine*, *l.* 4. *ff. h. t.* junct. *l. redhibere* 21. §. 1. *l. bovem* 43. §. *pignus* 8. *ff. de ædilit. edict.*

9. An autem, venditione ob enormem læsionem rescissa, res vendita ac per emtorem interim oppignorata, ad venditorem redeat ipso jure liberata ab onere pignoris, an vero etiam obligata maneat postquam in venditoris potestatem reversa est, donec solutione debiti vel aliter per emtorem liberata fuerit, ambiguum est. Liberam redire quondam Bartolus negavit, affirmavit Baldus, & suos uterque nobiles habuit sectatores, quos recenset Pinellus *ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 3. *num.* 11. *& seqq.* Fachineus *controv. libr.* 2. *cap.* 24. Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 5. Ex superioribus autem fundamentis ad hujus quæstionis decisionem, media quodammodo via electa, distinguendum existimo, utrum venditor agat remedio *l.* 2. *C. de rescind. vendit.* dum longe vilioris rem vendidit, an vero emtor, dum longe pluris rem emit, quam quanti illa vere valebat, atque ita se ultra dimidium læsum queratur. Si enim venditor læsus agat, magis est, ut resoluta venditione res liberata redeat ad venditorem; eo quod jam non ab emtore processit resolutio contractus, sed a venditore; quippe qui judicio compulit emtorem, ut discederet ab emtione, si id, quod justo deerat pretio, supplere nollet. Etenim non voluntate sua libera, sed coactus ille a contractu recedere intelligitur, qui, ni pretio jam numerato plus quam alterum tantum addat, reddere rem emtam sententia judicis compelli potest, arg. *l. illud aut illud* 25. §. 1. *ff. de constit. pecunia.* Nec est, quod obtendas, plenissimo & irrevocabili jure statim ab initio dominium a venditore in emtorem transivisse. Nam cum ad emtionem inter alia requiratur, ut pretium justum sit, & rei vendendæ respondeat, intelligi non potest plenum & irrevocabile dominium rei in emtorem translatum, quamdiu ab emtore pretium justum, vel saltem iniquitate tolerata laborans, præstitum non est. Quod si ex adverso emtor læsus hoc *legis* 2. remedio expertus sit, rectius dixeris, ipso jure pignoris jus haud resolutum esse, sed idem potius hoc in casu videri comprobandum, quod de emtore ob morbum vitiumve rem venditam redhibente superius traditum est; eo quod hic a libera emtoris voluntate proficiscitur resolutio venditionis: quippe qui potuisset non experiri illa remedia, uti emtor potuisset a redhibitoria abstinere, ac re tali, qualis erat, contentus esse. Nec recte dixeris, invitum agere, quia agit ut enormem evitet in pretio læsionem; nisi eodem jure asserueris, invitum quoque emtorem redhibitoria experiri, quia, ni ea agat, ex vitio morbove rei latente in damno hæsurus est. Quod tamen cum non obfuerit, quo minus Jurisconsulti responderent, post redhibitionem durare ipso jure pignoris obligationem, etiam nostro in casu non oberit, dum emtor avertendæ læsionis gravioris ergo experitur.

10. Porro, si pignoris obligationi dies vel conditio adjecta fuerit, ad quam usque pignoris ipsius vinculum duret, veluti, *ne ultra annum pignus obligatum maneat*, vel, *ut desinat esse pignori res, ubi creditori fidejussor idoneus datus fuerit*, aut ipso jure aut saltem ope exceptionis jus pignori evanuisse dicendum est, *l. item liberatur* 6. *l. pen. ff. h. t.* Qua ratione etiam moribus Hollandiæ legalis hypotheca publicanis data pro tributis & impositionibus in bona eorum, qui illa debent, aliquando sex mensium aut breviore spatio, computando ab elapso conductionis cujusque termino perire, ac tantum personalem deinceps actionem superesse *tit.* 2. *num.* 8. dictum fuit. Nec dubitandum videtur, quin, si dominus consenserit in rei suæ obligationem pro debito alieno in proximum sexennium, post decursum sexennium, res illa a vinculo pignoris libera futura sit, cum limitata concessio limitatum debeat effectum producere, & ad tempus permissa post illud intelligi debeant prohibita esse, arg. *l. servitutes ipso* 4. *ff. de servitutibus*, nec de injuria aut læsione creditor queri possit, dum magis est quod sibi imputet, cur tali per temporis adjectionem limitato pignore voluerit contentus esse. Eoque etiam pertinet consensus domini directi illis in locis, in quibus ad feudi oppignorationem secundum scriptas fundorum consuetudines etiamnum consensu domini opus est, si is consenserit ea lege, ut intra sexennium pignus luatur. Nisi forte alicubi usu constante contrarium invaluerit, ut nempe etiam post sexennium duraret pignus, non obstante tali adjectione, sicut id in Geldria receptum tradit Lamb. Goris *adversar. tract.* 3. *part.* 1. *cap.* 11. *num.* 9. *& seqq.* Adde Responsa Jurisc. Holl. *part.* 4. *cons.* 348.

11. Non tamen extinguitur pignoris jus oblato per debitorem pignore æque idoneo creditori invito, secus si volenti, arg. *l. item liberatur* 6. §. 1. *ff. h. t. l. si mandatu meo* 45. §. *item, si* 2. *ff. mandati*, *l. si rem* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* Neostadius *Curiæ supr. decis.* 84. *in fine*, Castillo Sotomajor *quotid. controv. lib.* 4. *cap.* 10. *num.* 56. Pinellus *ad l.* 2. *Cod. de rescind. vend. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 21. nisi evidens omnino sit, sine dispendio creditoris id fieri posse; quo casu id arbitrio judicis permitti debitori æquum videtur, licet aperto jure deficiamus, Castillo *d. n.* 56. Pinellus *d. cap.* 1. *num.* 21. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 140.

12. Similiter nec pignus legale perimitur, ubi conventionale constituitur, aut fidejussores dantur; cum provisio hominis non tollat provisionem legis, quoties jam ante hominis provisionem nata est legis provisio, ac ad eundem utraque finem tendit, sed magis tunc applicandum sit illud, abundantem cautelam non nocere, arg. *l. item liberatur* 6. §. *ult. ff. h. t. l. creditori* 2. *C. de fidejussor.* Nec obstat *l. ult. C. de pactis conventis*, cum in ea pignus legale tantum in subsidium concessum fuerit ex nova Justiniani constitutione, si nullo conventionali pignore sive generali sive speciali mulier sibi prospexisset pro paraphernorum securitate; dum constat, ante Justiniani tempora solum personale inter chirographarios privilegium pro dote, longeque magis pro paraphernis, competiisse. Minus obstat *l. pen. ff. h. t.* quia ibi res erant pignori obligatæ expressa conventione, & ea quidem limitata, donec scilicet *aut merces prædii rustici soluta aut creditori satisfactum fuerit*: cum ergo fidejussores deinde pro pensione admitteret fundi dominus, ei sua voluntate satisfactum intelligebatur, convenienter *l. si rem* 9. §. *omnis* 3. *ff. de pignorat. act.* junct. *l. solvitur* 5. §. *si convenerit* 2. *l. item liberatur* 9. *ff. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 3. & 25. Negusantium *de pignor. quarto membro secundæ partis n.* 158. *vers. quarto ampl.* Bachovium *de pignoribus lib.* 6. 5. *cap.* 11.

13. Sola quoque oblatio debiti ad perimendum pignoris vinculum sufficiens non est, si ad eam consignatio & depositio non fuerit subsecuta, *l. si creditrici* 6. *l. acceptam* 19. *C. de usuris.* Licet verum sit, oblatione sola ipsam impediri pignoris distractionem, *l. si residuum* 5. *C. de distract. pignor.* ac proinde post talem oblationem denegari creditori per prætorem actiones, quibus ille pignora persequi & ad venditionem eorum procedere vellet, si modo debitor in eodem satisfaciendi proposito perseveret, arg. *l. si debitor offerret* 30. *ff. de solution.*

14. Mutationem formæ rei pignoratæ quod spectat, si quidem ea talis sit, plane nova fiat species, jus pignoris extinguitur, velut si ex sylva pignori obligata domus aut navis facta sit, *l. si convenerit* 1. §. *pen. ff. de pignorat. act.* idque quoties non a domino, nec ab alio nomine domini, sed ab extraneo id factum fuerit, ut dictum *tit.* 1. *n.* 4. Sin species prior non plane mutata appareat, pignus etiamnum durare intelligitur; veluti si ex domo area, vel ex area domus facta fuerit, vel in fundo vineæ aut arbores plantentur, *l. si fundus* 16. §. *si res* 2. *l. Paulus* 29. §. *domus* 2. *l. ult. ff. de pignor. & hypoth. l. domo* 21. *ff. de pignorat. act.* Idemque dicendum, si ex massa obligata scyphi facti sint, aut scyphi obligati in rudem auri vel argenti massam redacti fuerint, arg. *l. lana legata* 88. §. *ult. ff. de legatis* 3. Nec est, quod objiciatur, usumfructum interire, si scyphi conflati fuerint, licet ex massa rursus alii facti sint, *l. qui usumfructum* 36. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* Nam cum ususfructus servitus sit, & libertati leges faveant, singularia plura circa usumfructum finiendum probata sunt, quæ ad tollendum proprietatis aut pignoris jus haud porrigenda, ut ex ipso *tit. quib. mod. ususfruct. amitt.* abunde patet. Adde Bachovium *de pignoribus lib.* 5. *cap.* 12. Observandum tamen, liberum haud esse debitori sine consensu creditoris aut domum pignoratam destruere, aut formam rei pignoratæ mutare, quoties illa destructio aut mutatio deteriorem creditorem redderet pignoris causam ac persecutionem, adeo ut & jure intercedat creditor, ne quid tale fiat, aut si factum sit, ad id quod interest agere possit, arg. *leg. si rem alienam* 9. *pr. ff. de pignorat. act. leg. qui occidit* 30. §. 1. *ff. ad leg. Aquil. leg. creditori* 87. *ff. de furtis.* Christinæus *ad Leg. Mechlin. tit.* 13. *art.* 41. Charondas *Responses du Droit François lib.* 11. *resp.* 29.

15. Quod si creditor prior consenserit in id, ut alteri creditori res eadem obligetur, priori quidem non in universum perit suum pignoris jus nisi id nominatim actum fuerit, sic ut hæc facti magis quam juris quæstio sit; sed tamen id eo consensu efficitur, ut consentiens postponendus sit ei, in cujus gratiam consensit, ac per consequens aliis quoque hunc novissimum hypothecarium antecedentibus, adeoque si primus rem quarto obligari concesserit, non quarto tantum, sed & secundo ac tertio creditori cedet. Non enim ea ratione quartus succedit in locum primi, nec quartus ante omnes in pignore potior fit, sed magis amoto primo consentiente secundus efficitur primus, quartus tertio loco venit, ipse primus loco quarto, *l. creditor* 12. §. *si secum* 4. *ff. qui pot. in pignore*, *l. Paulus respondit* 12. *ff. h. t.*

16. Resoluto autem jure pignoris quod semel ab initio jure constit vel postea firmatum fuit, creditor illud adhuc retinere potest pro alio debito chirographario, si modo ipse debitor, non alius creditor hypothecarius, pignus repetat, *l. unic. C. etiam ob chirographariam pecun. pign. teneri posse.* Non tamen pro debiti chirographarii usuris, tum, quia jura nova strictam recipiunt interpretationem, tum quia ne pro hypothecarii quidem debiti usuris retentio pignoris permissa est, si in eas pignus obligatum non fuerit, *l. per retentionem* 4. *C. de usuris*, *l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act.* Confer DD. *ad d. l. unic.*

LIBER VIGESIMUS PRIMUS.

TITULUS PRIMUS.

De Ædilitio Edicto, & Redhibitione, & quanti minoris.

SUMMARIA.

1. *Quotuplices Ædiles fuerint? Emtores monendi de vitiis aut morbis rerum vendendarum & de natione servorum, aut ipsi de his stipulari debent. Quid juris, si fundus pestilens sit venditus? Vel sola jugera fertilia, quæ tamen a quibusdam sterilibus haud erant separanda? An teneatur qui servitutem fundi aut tributum celavit sciens aut ignorans?*

2. *Quid morbi, vitii jumentorum veniat appellatione?*
3. *Actio redhibitoria & quanti minoris datur ex reticentia; quae etiam est, si quis insidiose obscure loquatur, non item si rebus ipsis & factis venditor moneat. Datur & ex dicto promissove. Qualia dicta, & quo usque, praestanda sint a venditore? An & dicta commendandi ac jactantiae gratia?*
4. *Quibus detur redhibitoria, contra quos, ob quae vitia rei principalis aut accessoriae? Quid juris, si plures res sint venditae, vel paria jumentorum, & res una vitiosa sit? Quales impensas emtor praeter pretium recuperet, quae vicissim venditori reddat? Quid si rem interim pignori obligaverit?*
5. *Quid sit actio quanti minoris? Quo modo facienda aestimatio, si res plures non pretio venditae? Quid moribus?*
6. *Intra quae tempora agendum sit redhibitoria & quanti minoris actione? Redhibitoria semel tantum, at quanti minoris actione saepius agi potest. An redhibitoria intentata consumat actionem quanti minoris, & vice versa?*
7. *Quo modo agendum redhibitoria aut quanti minoris, si plures emtores vel venditores, vel plures unius emtoris aut venditoris heredes sint?*
8. *Non dantur hae actiones pendente venditionis conditione. Nec propter leve vitium. An propter vitia post venditionem supervenientia, & quis de eo judicet, an emtione recentiora sint? An propter vitia animi, aut vitia patentia?*
9. *Cessant, si emtor sciverit vitia, ubi de scientia domini & procuratoris aut servi? An praesumatur emtor scivisse, si artifex sit?*
10. *An venditoris scientia vel ignorantia spectetur? Quid si venditor generaliter pactus sit, ne de vitiis morbisve teneatur? Quid si, ne de certo vitio teneatur?*
11. *Recensentur casus alii, quibus cessant. Ubi de vitio sanato, servo vitioso manumisso, pretio per emtorem post vitium compertum soluto. An in donatione & locatione locum habeant? & quando ob vitia moribus agi possit?*
12. *De actione in factum ob puerum servum castratum; & ob id quod quis canem, verrem &c. ibi habuit, quo vulgo iter fit, si haec animalia nocuerint. Cur actio de dejectis ob hominem liberum occisum in quinquaginta aureos detur, haec vero in ducentos?*

1. TRiplicis generis Ædiles fuere: primo namque duo ex plebe creati, qui aedibus publicis praeessent, in quibus omnia sua scita plebs deferebat, *l. 2. §. itemque 21. ff. de Orig. juris.* Quibus dein alii ex numero patrum additi, qui Curules dicti, quod sellis eburneis curulibus insiderent, uti etiam equis curulibus quadrinalibus majores magistratus vehebantur, quorum Festus meminit. Adde Brissonium *antiquit. lib. 3. cap. 15.* His tandem duos Caesar adjunxit, qui frumento praeessent, Cereales Ædiles a Cerere dicti. Confer Rosinum *Antiquit. Roman. lib. 7. cap. 24. 25.* Ædiles autem inter cetera etiam circa venditiones edictum proposuerunt, jubentes, ut venditores monerent emtorem, latens rei vendendae subesse vitium aut morbum, aut, iis silentibus emtores ipsi stipulentur, nihil vitii morbive subesse, *l. 1. §. 1. ff. h. t. l. si ita quis 31. l. 32. ff. de eviction.* Quae non in servis tantum ac jumentis, sed & in immobilium, veluti fundorum venditionibus locum habent, *l. 1. l. etiam in fundo 49 ff. h t.* Unde, si fundus pestilens, in quo scilicet pestibiles & lethiferae herbae nascuntur, distractus sit emtori ignoranti, redhibitionem ob id fieri posse & rescriptum & responsum est, *d. l. etiam in fundo 49. ff. h. t. l. pen. C. h. t. de aedilit. action.* Similiter si agri industria & sumtu exsiccati sic inter socios plures, qui in exsiccationem contulerunt, distributi sint, ut quisque pro numero jugerum bonae notae etiam certam agrorum sterilium partem habeat, & quis in ea regione tantum jugera fertilia vendiderit, quae tamen ab agris inutilibus separari non poterant, emtori liberum foret aut pretium necdum solutum retinere, aut per redhibitoriam ad venditionis contendere resolutionem. Responsa Juriscons. Holl. *par. 1. cons. 202.* Sed &, si tributum aut servitus fundo vendito imposita celata fuerit, redhibitio quidem propterea permissa non est, verum tamen actio quanti minoris datur, *l. quoties 61. ff. h. t.* aut retentio pretii pro rata, si illud necdum solutum sit; quasi contractu ex latere venditoris necdum impleto, arg. *l. aediles etiam 25. §. ult. ff. h. t. l. in venditione 41. ff. de act. empt.* Leeuwen *cens. for. part. 1. lib. 4. cap. 19. n. 15* Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 21. 22.* Respons. Jurisc. Holl. *par. 2. consil. 122.* Dummodo meminerimus, de celata servitute a praedio vendito debita, aut tributo, non aliter venditorem teneri, quam si sciens ista dissimulaverit, *l. 1. §. 1. l. si sterilis 21. §. si praedii 1. l. quaero 39. l. in venditione 21. ff. de act. emti*, aut, cum ignoraret, fundum tamen, uti optimus maximusque est, vendiderit, *l. cum venderes 59. ff. de contrah. emt.* cum ob reliqua rerum vitia latentia etiam ignorans obligetur. Ant. Matthaeus *de auction. lib. 1. cap. 8. n. 26.* Illud in mancipiorum venditione singulare est, quod & de natione cujusque in vendendo pronunciari debuerit, quia plerumque natio servi aut provocabat aut deterrebat emtores. Praesumtum enim fuit, servos quosdam bonos esse, quia natione sunt non infamata, quosdam malos videri, quia ea natione sunt, quae magis infamis est, *l. quod si nolit 31. §. qui mancipia 21. ff. h. t.*

2. Licet autem morbus a vitio differat, uti species a genere, prout id ab Aulo Gellio ex Labeone, & ab Ulpiano ex Sabino observatum est, *l. 1. §. sed sciendum 7. ff. h. t.* Gellius *noctium Attic. lib. 4. cap. 2.* tamen in hoc aedilium edicto idem morbi vitiique jus est; ac probabile eos tollendae tantum dubitationis gratia bis idem de eodem dixisse, *d. l. 1. §. 7. ff. h. t.* Et quamvis jumenta proprie sint, quae dorso domantur seu ministerium praebent, ut equi, asini, muli, elephanti, nec boves veniant jumentorum nomine, quia collo domantur, edictum tamen ad illos quoque & ad reliqua pecora extensum fuit, *l. aediles ajunt 38. §. 1. 4. 5. 6. ff. h. t.*

3. Quod si vitium morbusve subsit, duplex eo nomine prodita est actio, una redhibitoria, altera quanti minoris aestimatoria. Etsi enim ob rerum venditarum vitia ex emto quoque actio detur etiam ad ipsam redhibitionem. *l sciendum 19. §. dictum 2. in fine ff. h. t. ex emto 11. §. redhibitionem 3. ff. de actionib. emti;* non tamen ideo aedilitiae hae actiones frustraneae sunt, tum quia saepe pinguiores, praesertim ubi ob contumaciam in duplum dantur, *l. cum autem 23. §. si ser-*

tus 4. leg. redhibitoria actio 45. ff. h. t. tum quia infrequens non est, ejusdem rei nomine plures actiones concurrere. Utraque etiam post interitum datur, non item post mancipii manumissionem, l. si hominem 47. pr. & §. 1. ff. h. t. Ac præcipue quidem ex reticentia morbi vitiive aut nationis, sed tamen & ex dicto promissove competit, dum venditor affirmavit, virtutes quasdam aut bonitatem aut artificium adesse, quod non ita reperitur, vel ex adverso vitia quædam abesse dixit, veluti, servum aleatorem non esse, quæ tamen adsunt, l. si quid venditor 18. pr. & §§. seqq. l. 19. pr. & §§. seqq. ff. h. t. l. Julianus 13. §. si venditor 4. ff. de act. emti. Hugo Grotius manud. ad jurispr. Holl. lib. 3. cap. 15. n. 39. 40. Reticentiæ adnumerandum etiam, si quis fallendi causa obscure dissimulet, l. ea quæ commendandi 43. §. ult. ff. de contrah. emt. Caballinus de ædilit. edicto cap. 3. num. 27. Unde & ædilium edicto cautum, ut omnia, quæ monenda sunt, palam recte pronuncientur. l. 1. §. 1. ff. h. t. Admonuisse ex adverso & ille intelligitur, qui servum vinctum vendidit; quia multo amplius est, id facere, quam pronunciare, in vinculis fuisse, l. si tamen 48. §. ei, qui 3. ff. h. t. Ceterum ex dicto promissove ut teneatur, primo quidem dictum promissumve non amare exigendum est, sed cum quodam temperamento: ut si constantem esse affirmaverit, non exacta gravitas & constantia quasi a Philosopho desideretur; si laboriosum & vigilacem non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur; si artificem, non utique perfectum eum ac consummatæ scientiæ præstare debeat, sed sufficiant, ad aliquem modum hæc & similia dicta promissave in servo vendito reperiri, ut neque in artificium indoctus, neque levis, desidiosus, somnolentus, piger, tardus, inveniatur, leg. si quid venditor 18. l. sciendum 19. §. illud 4. ff. h. t. Nisi nominatim venditor servum optimum artificem asseruisset: tunc enim eum in isto artificii genere optimum præstare obstrictus est, d. l. 18. §. venditor 1. ff. h. t. Eoque pertinet illud Ulpiani, cum optimum quis stipulatur, id stipulari intelligitur, cujus bonitas principalem gradum bonitatis habet, l. ubi autem 79. §. usque 2. ff. de verb. oblig. Sed nec alia dicta aut promissa recte emtor exegerit, quam quæ sic dicuntur, ut præstentur; non ut jactentur: qualia, quæ ad nudam laudem servi pertinent, veluti, si dixerit, frugi, probum, dicto audientem: multum enim interest, commendandi servi gratia quid dixerit, an vero præstiturum se promiserit, quod dixit, l. sciendum 19. pr. et §. 1. 2. 3. ff. h. t. l. ea quæ commendandi 33. ff. de contrah. emt. nisi in iis, quæ commendandi gratia jactavit venditor, manifestus ejus dolus appareat; tunc enim non ex dicto quidem promissove, sed de dolo tenetur, leg. quod venditor 37. ff. de dolo. Grotius manuduct. d. lib. 3. cap. 15. n. 39. 40.

4. Redhibitoria actio est personalis, arbitraria, l. bovem 43. §. pen. ff. h. t. emtori competens, adversus venditorem, & heredem ejus, l. cum autem 23. §. hæ actiones 5. ff. h. t. ac dominum institoris, l. si quis mancipiis 17. ff. de institor. act. & patrem dominumve in cujus potestate est venditor, vel cui bona fide servit, l. cum autem 23. §. si servus 4. & §. etsi 6. l. si servus 57. §. 1. ff. h. t. nec non fidejussorem venditoris, qui in omnem causam fidejussit, l. Latinus Largus 56. ff. h. t. ob talem defectum, quem si scivisset emtor, emturus non fuisset, sive deductus sit in re principali, sive in accessionibus veluti jumenti distracti ornamentis, l. ædiles ajunt 38. ff. h. t. sive in tota re, sive in parte ejus. Unde si duo jumenta sint vendita tanquam paria, & unum in ea causa sit, ut redhiberi debeat, utrumque redhiberi potest; idemque in triga atque quadriga vendita juris est; uti &, quoties res plures separari nequeunt sine magno incommodo, vel ob rationem pietatis; veluti, ne liberi a parentibus, ne contubernio juncti a se invicem separentur, ac divellantur. Sed si duo paria jumentorum sint, & unum animal vel par unum vitiosum, solum par vitiosum, non item alterum, redhibendum est Plane, si non sint paria, sed simpliciter duo aut quatuor equi sint venditi, vel polia equorum, dicendum est, solum equum qui vitiosus est, non omnem poliam redhiberi oportere, l. cum ejusdem 34. l. 35. l. ædiles ajunt 38. §. si plura 12. & §. ult. l. 39. l. 40. ff. h. t. Nec interest, utrum uno pretio res plures emtæ sint, an singulæ separatim, si modo constet, emtorem unam sine altera non fuisse emturum, l. cum ejusdem 34. §. 1. ff. h. t. ibique Brunnemannus. Tendit vero id, ut & emtor & venditor quodammodo in integrum restituatur, l. cum autem 23. §. Justinianus 7. ff. h. tit. adeoque venditor pretium restituat cum usuris, l. illud sciendum 29. §. condemnatio 2. ff. h. t. uti & impensas ab emtore ob venditionem factas ex venditoris voluntate, aut ex necessitate, aut in ipsius rei conservationem; non quas sponte & liberaliter emtor fecit, nec alimenta servi venditi, quippe quæ cum ministeriis pensanda, l. ædiles etiam 25. §. item 8. l. debet autem 27. l. illud sciendum 29. §. ult. l. 30. §. 1. ff. h. t. Mævius ad jus Lubec. libr. 3. tit. 6. art. 15. num. 10. 11. Præterea de impensis imminentibus emtori caveat, l. redhibere 21. §. 1. & 2. item si 30. pr. ff. h. t. Sed & vicissim constat, venditori quoque restituendam esse ab emtore rem cum fructibus; & omni utilitate, quam emtor percepit, aut culpa neglexit percipere, sive venditor id, quod emtor acquisivit, percepturus fuisset, casu quo non vendidisset, sive non; usque adeo, ut & illud venditori reddendum sit, quod is emtori ob rem tardius traditam præstare coactus fuit, l. cum autem 23. §. jubent 1. & §. ult. l. 24. ff. h. t. Quod si rem medio tempore emtor obligaverit, ipso jure per redhibitionem pignoris nexus non dissolvitur, sed emtoris est rem luere & ita liberam restituere, l. bovem 43. §. pignus 8. ff. h. t. adde. tit. quib. mod. pign. vel hyp. solvit. n. 9. &, si servus redhibendus in fuga sit sine culpa emtoris, cautio præstanda de servo persequendo, qui in fuga est, ac restituendo, si in emtoris potestatem redactus sit, l. redhibere 21. §. ult. l. 12. ff. h. t. denique præstare tenetur emtor id omne, in quo res per culpam emtoris deterior facta est, l. cum autem 23. ff. h. t.

5. Quanti minoris actio, itidem arbitraria, emtori datur contra venditorem, præcipue ob defectum, quem si scivisset, tanti non fuisset emturus; ad id, ut restituatur ex pretio, quanti minoris valet res, l. quoties 61. ff. h. t. Quem in finem facienda rei æstimatio, adeo ut, si plures simul res uno pretio emtæ sint, tam non vitiosarum quam vitiosarum bonitas æstimanda sit, indeque colligendum, quantum oporteat ex pretio reddi. Secus, si non confuse universis rebus pretium constitutum fuerit, sed rerum singularum definito valore universæ deinceps tanti venierint, quantum ex consummatione singularum fiebat, l. si plura 36. l. ædiles ajunt 38. §. si forte 13. l. Labeo

scribit 64. *ff. h. t.* Vult tamen Grotius, eo casu, quo non in universum impeditus, sed tantum minor est usus rei ex morbo vitiove, electionem emtoris esse, utrum a tota venditione resilire velit re reddita, an eadem retenta partem pretii, quanti minoris res valet, repetere, *manud. ad jurispr. Holl. l.* 3. *cap.* 15. *n.* 33. 34.

6. Cæterum inter redhibitoriam & quanti minoris actionem illud interest, quod redhibitoria intra sex menses regulariter instituenda sit, nisi aliud tempus conventione definitum appareat; vel justa causa aliud suadeat, *l. sciendum* 19. §. *ult. l. quod si nolit* 31. §. *si quid ita* 22. 23. *l. ædiles* 38. *ff. h. t.* aut nisi venditor de iis, quæ ædilium edicto comprehensa sunt, non caverit, qualia sunt, *sanum esse, vespillionem non esse, furem non esse, esse* (*id est edere*) *& bibere ut oportet*, *l. ex emto* 11. §. *animalium* 4. *ff. de act. emti*, *l. si ita quis* 31. *ff. de eviction.* junct. *l.* 38. *ff. h. t.* vel tantum subsit vitium in accessionibus; quæ etiam æque ac res principales, integræ ac sanæ præstandæ sunt, *l. itaque* 32. *l.* 33. *ff. h. t.* quippe quibus in casibus intra menses duos agendum foret, *l. si venditor* 28. *l. ædiles ajunt* 38. *ff. h. t.* At quanti minoris actioni anni spatium ab ædilibus vulgo præscriptum fuit illis in casibus, quibus redhibitoriam semestrem fecerant; sex vero menses toties, quoties redhibitoria diebus sexaginta circumscripta erat, *d. l.* 19. §. *ult. l.* 28. *l.* 38. *ff. h. t. l. cum proponas* 2. *C. h. t.* Curruntque hæc tempora ex die venditionis, aut, si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve fuit, *d. l.* 19. §. *ult. l.* 20. *ff. h. t.* In Gallia tamen novem tantum dies redhibitoriæ actioni movendæ datos esse, post alios tradit Groenewegen *ad l.* 19. *&* 38. *ff. h. t.* quod de nostris moribus haud admittendum, sed magis anni spatium, aut tempus jure civili statutum. Vide Grotium *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 30. *& seqq.* & *cap.* 17. *num.* 6. Sed & secundo, redhibitoria tantum semel agi potest, cum semel tantum, non sæpius, idem possit contractus resolvi, ut tamen is, qui ob unum vitium redhibitoria egit, nec obtinuit, postea ob aliud ejusdem rei vitium agere redhibitoria prohibendus non sit, arg. *l. si tamen* 48. §. *pen. ff. h. t.* At quanti minoris actionis sæpius emtor efficaciter experiri potest, modo ne sæpius agendo lucrum captet, & bis ejusdem rei æstimationem consequatur, *l. quod si nolit* 31. §. *si quis egerit* 16. *ff. h. t.* Plane, si una ex his emtor intra sex menses egerit, altera agere amplius non potest, exceptione rei judicatæ repellendus, *l. si is, qui* 23. §. *est in* 1. *ff. de except. rei judicatæ.* Nec obstat *l. bovem* 43. §. *aliquando* 6. *ff. h. t.* cum illic post actionem quanti minoris æstimatoriam non moveatur redhibitoria, sed per actionem quanti minoris emtor, interveniente officio judicis, consequatur effectum actionis redhibitoriæ, ut nempe reddito mancipio vendito pretium recipiatur, quia ob vitium emergens adeo nullius habetur pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium habere; atque ita verum est, quod in *d. l.* 23. §. 1. *ff. de exceptione rei judic.* a Juliano scriptum, in actione quanti minoris etiam redhibitionem contineri, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit. Minus adversatur, *l. si tamen* 48. §. *non nocebit* 2. *ff. h. t.* Non enim illic actio redhibitoria intentata fuerat, sed emtor solo sex mensium lapsu a *redhibitoria* exclusus, intra annum quanti minoris æstimatoria agere volens admittendus dicitur.

7. Si plures emtoris unius heredes vel domini sint, omnes redhibere debent, nec unus eorum audiendus est, pro sua tantum parte redhibere desiderans; ne venditor invitus adigatur ad communionem, quod jura non sinunt, *l. quod si nolit* 31. §. *si plures* 5. *ff. h. t.* junct. *l. si non sortem* 26. §. *si centum* 4. *ff. de condict. indeb. l. ult. C. communi divid.* Idemque est, si plures ejusdem rei emtores sint; nisi singulis partes distinctæ essent venditæ; tunc enim singuli suam, quam emerunt, partem recte redhibent, cum ita non ad novam quandam communionem adigatur venditor, sed magis ad eam reducatur, in quam sese, partes suæ rei distinctas singulis vendendo, sponte conjecerat, *d. l.* 31. §. *si venditori* 10. *ff. h. t.* vel nisi res vendita jam extincta sit, aut jam tota sit redhibita; in quantum tunc singulos pro suis portionibus ad pretii restitutionem redhibitoria agere, nihil vetat; cum ita nulla communio introducatur, *d. l.* 31. §. *idem ait* 6. *ff. h. t.* Unde & eandem ob causam ex pluribus emtoribus singuli possunt pro sua parte quanti minoris actionem movere ad pretium pro rata recuperandum, licet non partes singulæ singulis, sed tota res communiter uno pretio pluribus distracta sit, arg. *d. l.* 31. §. 6. Quod si plures rem eandem vendiderint, sive communiter uno pretio; sive per partes, vel uni venditori heredes extiterint, singulis sua pars recte redhibetur; eo quod tunc non de novo introducitur communio, sed ea sola reducitur, quæ ante venditionem jam fuerat inter plures ejusdem rei dominos; vel venditione non interposita fuisset inter plures venditoris unius heredes, *d. l.* 31. §. *si venditori* 10. *ff. h. t.* Quamvis & uni ex pluribus venditoribus, qui majore ex parte dominus fuit; vel quo majorem partem nullus habuit, res in solidum redhiberi ex jure Romano potuerit, *l. justissime* 44. §. 1. *ff. h. t.* quod tamen hodie non servari, sed singulos pro sua tantum parte conveniendos esse, vult Groenewegen ad *d. l.* 44. §. 1.

8. Ut autem his actionibus locus sit, ante omnia necesse est, ut venditionis conditio, si quæ adjecta jam extiterit; quia imperfecta emtio arbitrio judicis perfecta fieri non potest; & ideo, si ex emto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta conditione iterum agi poterit, *l. bovem* 43. §. *si sub* 9. *ff. h. t.* Deinde requiritur, ut vitium morbusve, aut saltem causa ejus, venditionem antecesserit; cum posteriores casus ex vulgata emtionis natura non venditoris sed emtoris periculo sint; nisi venditor non vitiosam in futurum fore rem temere promiserit; quippe quo casu promissi fidem, utcunque hoc impossibile esse videatur, servandam esse, rescriptum fuit *l. si apud* 3. *C. de ædilit. act.* Præcessisse vero vitium tunc præsumendum est, cum brevi post venditionem apparuit: qua in re peritorum judicio multum tribuendum est. Sed & morborum vitiorumve gravius subesse oportet, quod usum ministeriumque rei impediat: neque enim quodlibet quam levissimum efficere potest, ut, quod venditum est, morbosum vitiosumve habeatur; non levis febricula, aut vetus quartana, quæ tamen jam sperni potest, aut vulnusculum modicum, aut mediocre ulcus, aut levis oculorum lippitudo, vel dentis auriculæve dolor, *l.* 1. §. *proinde* 8. *l. ob quæ vitia* 4. §. *ult. ff. h. t.* Corporis quoque, non item animi solius vitium, edicto ædilium locum fecit, unde nec aleatores, nec vi-

narios, nec gulosos, nec impostores, nec mendaces, nec litigiosos, nec pigros, nec præter modum timidos, cupidos, avaros, melancholicos, protervos, nec jumenta pavida aut calcitrosa, edicto ædilium contineri, apertum est ex *l.* 1. §. *apud* 9. & §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *l.* 4. *pr.* & §§. *seqq. l. quaeritur* 14. §. *item de eo* 4. *ff. b. t.* licet de hisce animi vitiis emtori actio competat *d. l.* 4. *pr. ff. b. t.* cujus etiam actionis intuitu accipiendum est, quod Paulus scripsit, vitiosum plerisque dici bovem, qui cornu petit, ac jumenta, quæ sine causa turbantur, & semet ipsa eripiunt, *l. bovem* 43. *ff. b. t.* Plane, si de animi solius vitiis a venditore quid dictum promissumve fuerit; vel servus venditus erro aut fugitivus sit; vel animi vitium etiam ad corpus pertingat, atque ita corporis & animi mixtum vitium videatur, dum adeo fatuum aut morionem venditor distraxit, ut nullum in eo usum emtor habeat, ædilitiæ actiones admissæ sunt, *d. l.* 4. §. *idem Pomponius* 3. & 4. *ff. b. t.* Adhæc latens oportet esse vitium, ut emtor probabiliter illud subesse ignoraverit: unde ob id, quod servus venditus gibbosus fuit, vel curvus, vel pruriginosus, vel scabiosus, vel mutus & surdus, vel cæcus, redhibitionem esse neget cum Viviano Ulpianus, ex emto dat actionem, *d. l.* 3. *l.* 4. *pr. l. quaeritur* 14. §. *ult. ff. b. t.* & respectu hujus actionis ex emto rursus verum est, quod ab eodem Ulpiano aliisque traditum, sanum non esse, cui lingua præcisa, aut digiti amputati, quive aliter mutus est, *l. si cui lingua* 8. *l.* 9. *l.* 10. *pr.* & §. 1. *ff. b. t.* suggerente id ipsum satis aperte Ulpiano, in *d. l.* 10. §. 1. *in fine*, cum ait, tales morbosos esse secundum *suprascriptam distinctionem*, quæ erat secundum *l.* 4. *pr.* quod ob ea vitia redhibitio non esset, ex emto actio esset, utraque certe lex & Ulpiani est, & ex libro primo ad edictum ædilium curulium deprompta, ut inscriptio utriusque docet.

9. Observandum tamen, variis ex causis variisque in casibus has ædilitias actiones denegari; præcipue eas excludit scientia emtoris, sive ille verbis apertis aut rebus ipsis, & factis a venditore monitus fuerit, secundum antedicta, sive aliunde cognoverit ante venditionem, rem vitio latente laborare, *l. si tamen.* 48. §. *ei, qui* 3. & 4. *ff. b. t.* Quid juris sit circa servi & domini scientiam aut ignorantiam, si servus vel ex mandato domini rem certam emerit, vel sine domini mandato rem emerit vitiosam suo vel domini nomine, vel denique mandatum domini de re incerta emenda intercesserit; quid itidem circa procuratoris & domini mandantis scientiam aut ignorantiam statuendum sit, vide plenius tractatum a Cujacio *tract.* 8. *ad Africanum, ad l.* 51. *ff. b. t.* Adde Bachovium *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 3. *lit.* C. Scientiæ autem emtoris simile habendum, si emtor artifex fuerit, & secundum artis suæ præcepta scire facile potuerit atque debuerit vitium, quod subest, Mævius ad *jus Lubec. lib.* 3. *t.* 6. *art.* 15. *n.* 6. & *seqq.*

10. Venditoris scientiam, aut ignorantiam quod attinet, ea quantum ad has actiones non consideratur, dum placuit, venditorem, etiamsi ignoravit ea, quæ ædiles præstari jubent; tamen teneri debere (si modo excipias servitutem celatam secundum ea, quæ supra *num.* 1. notata) quia non interest emtoris, an ignorantia venditoris fallatur, an calliditate, *lib.* 1. §. *causa* 2. *ff. b. t.* Quamvis venditor, qui vitium scivit, insuper ad damni totius, quod emtori ex vitiosa re illatum est, reparationem teneatur; ad quam non est obligatus, qui ignoravit, nisi fuerit artifex, *l.* 1. *C. b. t.* arg. *l. Julianus* 13. *ff. de act. emti*, *l. sed addes* 19. §. *si quis dolia* 1. *ff. locati.* Mynsingerus *cent.* 1. *ob serv.* 56. *in fine.* Ant. Faber *Cod. l.* 4. *tit.* 35. *defin.* 1. Mævius ad *jus Lubec. l.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *n.* 11. & *seqq.* De cetero venditorem, qui vitium scivit, non excusabit, quod tempore venditionis generaliter pactus fuerit, ac protestatus, se rem vendere, qualis est, nec de vitiis ejus morbisve velle teneri; eo quod generali illa formula callide atque insidiose obscure locutus videtur; qualem omnino teneri patet arg. *l. ea quae* 43. §. *ult. ff. de contrah. emt.* Ant. Faber *d. lib.* 4. *tit.* 35. *defin.* 1. *num.* 4. 5. Gomezius *variar. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 49. Quin imo, si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, & de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum quidem est eo quod convenit, si venditor morbi istius certam scientiam non habuerit, quia remittentibus actiones suas non est regressus dandus; sed si sciens morbum, consulto reticuerit, dandam esse de dolo replicationem, Ulpianus tradit *l. quaeritur* 14. §. *pen. ff. b. tit.* *l. tenetur* 6. §. *ult. l. quaero* 19. *ff. de action. emti*, Mævius *ad Jus Lubec. lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *n.* 14. 15.

11. Cessant præterea hæ actiones, si vitium ita sanatum fuerit, ut perinde habendum sit, ac si nunquam vitium adfuisset, *l. quod ita* 16. *ff. b. t.* Tiraquellus in *tractatu, cessante causa cessat effectus n.* 229. 230. Hippolitus Bonacossa *tractatu de quo seu caballo quaest.* 444. si emtor servum manumiserit, aut rem emtam sua suorumve culpa amiserit, *l. si hominem* 47. *ff. b. t.* arg. *l. redhibere* 21. §. *ult. ff. b. t.* Si emtor, postquam rescivit vitium rei, pretium nihilominus sponte solverit, arg. *l. sum te non* 2. *Cod. de his quae vi metusve causa*, Hippolitus Bonacossa *tractatu, de equo seu caballo quaest.* 271. Caballinus *de aedilit. edict. c.* 2. (*vel* 3.) *n.* 11. si, cum agere cœpisset pœnitentia ductus retinere rem vitio non obstante, velit, *l. si tamen* 48. §. *audiendus* 1. *ff. b. t.* si executores, aut creditores, aut bonorum curatores auctione publica rem distraxerint, ignari eam vitio laborare (secus si ipse dominus ex libera voluntate) Ant. Matthæus de *auction. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 24. 25. si venditio fiscalis fuerit, id est, si fiscus rem suam vendat: contra, quam obtinet, si respublica aut pupillus aut civitas rerum vitiosarum distractionem fecerit, *l.* 1. §. *illud* 3. 4. 5. *ff. b. t.* Non etiam locum habent in venditione rerum simplariarum, id est, viliorum, quarum nomine non in duplum sed in simplum tantum de evictione cavendum fuit, *l. si tamen* 48. §. *ult. ff. b. t.* junct. *l. emtori duplam.* 37. §. 1. *ff. de evict on.* nec in donationibus, adeo ut ne de impensis quidem in rem donatam per donatarium factis donator teneatur, ne liberalitatis suæ pœnam subeat, nisi in dolo sit, *l. ad res donatas* 62. *ff. b. t.* arg. *Aristo ait* 18. §. *ult. ff. de donat.* Sed nec in locationibus; idque vel quia nunquam ædilium hac de re jurisdictio fuit, vel quia non similiter locationes ut venditiones fiunt, *l. sciendum est* 63. *ff. b. t.*, id est quia non ita in locationibus de transferenda rei proprietate agitur; atque quidem in venditionibus, &, quæ venditioni hic similes, *l. sciendum tamen* 19. §. *deinde* 5. *ff. b. t.*) permutationibus, nec tanta læsio esse potest propter vitium rei in mercede locationis, pro usu, quanta quidem in pretio re-

rum in emtione; ut proinde locati conducti actionem huic rei sufficere visum fuerit. Nec adversatur *l.* 33. *C. de locato*, qua inter alia motus Cujacius, etiam ad locationes edictum ædilitium censuit porrigendum *lib.* 12. *observ.* 38. cum lex illa simpliciter de anni spatio loquatur, dum redhibitoria intra sex menses movenda est; nec ullam morbi vitiive mentionem habeat, atque insuper locatori æque ac conductori accommodetur; quod non patitur natura ædilitiarum actionum, per quas emtoribus tantum adversus venditorum fallacias succursum dicitur, *l.* 1. §. 2. *ff. h. t.* Denique, quamvis ex jure Romano plurima propter vitia servorum, jumentorum, ceterorumque animalium redhibitoriæ & quanti minoris actiones emtori permissæ fuerint, quæ vitia, tum sufficientia, tum ex adverso haud sufficientia, enarravit longa serie Justus Meyerus in *Collegio Argentorat. ad hunc tit. n.* 11. *& seqq. usque ad num.* 19. nostris tamen moribus difficilius hæ admittuntur: etenim in equis regulariter ob duo tantum vitia, cæcitatem latentem in oculis, & super ossa in pedibus, quæ *Spatten en Gallen* dicuntur, redhibitioni locum esse, vult Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *num.* 16. quæ continentur formula, quod equus præstandus sit *Klaar van Sessen* nempe duobus oculis & quatuor pedibus. Sed & ob vitium latens vermium in pedibus redhibitionem fieri posse, responsum est in *part.* 3. *vol.* 2. *consil. Holl.* 107. Quin imo, si equus brevi post venditionem moriatur, & latens intestinorum vitium inveteratum ex sectione appareat; quod morti causam præbuit ex peritorum judicio, non dubitandum videtur, quin ad pretii restitutionem venditor damnari debeant, Mævius *ad jus Lubecense lib.* 3. *tit.* 6. *art.* 14. *num.* 5. *& seqq.* Perezius *C. h. t. num.* 4. De cetero ob id, quod equus lunaticus, aut retrogradus, aut pavidus, aut calcitrosus probatur, redhibitionem hodie non admitti, usus docet, & testis est Leeuwen *d. loco*, qui & *sequenti n.* 17. de animalium mactilium tum boum & ovium tum porcorum vitiis morbisve, judicio peritorum artis, & huic negotio publice præpositorum, æstimandis ac dignoscendis, vulgoque notis, agit.

12. Est insuper actio alia ex ædilitio edicto adversus eos, qui puerum servum castrarunt, in quadruplum, *l. si servus servum* 27. §. *& si puerum* 28. *ff. ad leg. Aquil.* Est & alia in factum in eos, qui canem, verrem, aprum, ursum, leonem aut aliud simile animal ibi habent, qua vulgo iter fit, ad ducentos aureos, si liber homo perierit, sin ei nocitum sit, quanti judici æquum videbitur; in duplum vero damni dati, si rebus ceteris æstimabilibus læsio illata sit, *l. hi enim* 40. *& ll. seqq. ff. h. t.* Quam tamen dupli pœnam moribus cessare, nec ultra æstimationem læsionis ad id quod interest ascendere condemnationem, notat Groenewegen ad §. *ceterum* 1. *Inst. si quadrupes paup. fecisse dicatur.* Quod autem edicto prætoris de dejectis & effusis ob hominem liberum occisum actio tantum ad quinquaginta aureos comparata fuerit, *l.* 1. *ff. de his qui effud. vel dejecerint*, ex hoc vero ædilium edicto ad aureos ducentos, ejus hanc non inepte rationem dixeris, quod gravius delinquit, qui ferum animal, cujus ea natura est ut noceat, habet ibi qua vulgo iter fit; minus, qui hominem negligentiorem, non ita nocere solitum, intra suas ædes recipit: quodque ædilibus principaliter & jure singulari, non ita ex professo prætoribus, viarum cura demandata fuit, unde nec mirum, si ædiles rigidius quam quidem prætores, executi fuerint ea, quæ contra viæ publicæ committebantur securitatem.

TITULUS II.

De evictionibus & duplæ stipulatione.

SUMMARIA.

1. *Quid sit evictio, & quibus modis fiat, ut de evictione actio non nascatur?*
2. *An & per retractum legalem aut conventionalem?*
3. *Quando pro evictione fidejussoribus datis cavendum sit? Si non ex lege municipali aut pacto fidejussor datus sit, sed tantum ob id, quod in limine contractus imminea: evictio, fidejussor non tenetur in omnes casus evictionis, sed tantum in eum qui imminebat.*
4. *Cujus loci lex sit spectanda in quæstione, an fidejussor pro evictione mobilium aut immobilium dari debeat? Cujus loci seu territorii fidejussor dandus sit? Et quid, si auctor fidejussorem invenire nequeat?*
5. *In quibus negotiis evictionis præstatio locum habeat? ubi de emtione. Quid si fiscus aut Princeps vendiderit? Quid, si evicta sint res ex decreto judicis solemniter distractæ? Et an creditor teneatur de evictione pignoris a se venditi?*
6. *Quid juris circa præstationem evictionis, si res jure belli captæ per fiscum sint venditæ, ac postea per pacis conditiones ad dominos pristinos redean.?*
7. *An evictio præstanda in datione in solutum?*
8. *An in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ &c.*
9. *An in locatione?*
10. *An in transactione?*
11. *An in dote?*
12. *An in legatis?*
13. *An in donatione?*
14. *An in feudi aut emphyteutios concessione?*
15. *Etiam ob partis evictionem agi potest, modo pars sit homogenea, non heterogenea.*
16. *Parti homogeneæ comparatur jus ususfructus, pignoris, superficiei evictum. An & jus servitutis prædialis? An & accessiones rei? & quid moribus?*
17. *Qui agere possint de evictione? qui conveniri? An heredes ac fidejussores? an in perpetuum teneatur, qui cavit*, dat het goet sal waren eu vrijen Jaar en Dag?
18. *Si plures sint venditores vel unius venditoris heredes, an singuli in solidum teneantur defendere, & an re evicta, singuli in solidum obligentur emtori?*
19. *An teneantur executores litium, procuratores, tutores, curatores? An, qui consenserunt in venditionem? An moribus uxor, si maritus rem alienam, vel rem uxoris suæ contra statuti prohibitionem vendiderit?*
20. *Denunciandum auctori, litem motam esse. Quo modo tunc auctor possit emtorem in lite juvare? Quid juris, si non defendat?*
21. *An denunciatio recte fiat procuratori auctoris? An pupillo sine tutore? An singulis, si plures aucto-*

res vel heredes? An auctori primo per emtorem secundum? An fidejussori? An domino servi vendentis?

22. *An denunciandum auctori sciemi? An in causa notorie injusta? An emtor regressum habeat, si omissa denunciatione victus, ipse doceat causam auctoris injustam fuisse?*

23. *An denunciatio fieri post litem contestatam? An post appellationem?*

24. *Quid, si pacto sit remissa nunciatio? Quid si auctor latitaverit, an fiat?*

25. *Quid recuperet agens de evictione per actionem ex emto aut similem? An & impensas in rem factas? An & impensas in litem? An & tunc, cum emtor non vincitur, sed vincit?*

26. *Si post venditionem decrevit pretium rei venditæ, an ob id tanto minus emtor evictionis nomine consequatur?*

27. *Evicta actione vendita, an emtor tantum pretium, quod dedit, an totam quantitatem actione comprehensam recuperet?*

28. *Jure civili etiam erat actio ex stipulatu, in simplum vel duplum vel quadruplum. Quid moribus?*

29. *Durant actiones de evictione triginta annis. An auctor evitet has actiones, si rem evictam postea offerat emtori?*

30. *Recensentur multi casus, quibus cessat evictionis præstatio.*

31. *An & quo usque teneatur de evictione, qui tantum vendidit* incertum juris sui; *uti &, qui specialiter pactus est ne teneatur de evictione?*

32. *An is, qui sciens emit rem alienam, nec sibi de evictione caveri curavit, pretium repetere possit?*

33. *An ob id agi possit, quod fundus venditus postea publicatus est?*

34. *An & quando emtor de evictione agere possit, si casu res apud emtorem perierit?*

35. *Quid juris, si ex pluribus rebus uno pretio venditis una evincatur, & cetera adhuc tanti valeant, quantum pretii nomine datum? Quid si pars fundi evincatur, & pars non evicta habeat adhuc quantitatem venditione expressam?*

1. Cum in solius domini potestate regulariter sit, rei suæ dominium in alium transferre, nec quisquam possit alium rei dominum efficere, qui ipse prius dominium rei nactus non est, *l. nemo plus juris* 59. *de reg. jur.* sæpe fit, ut auctoritate publica judicis evincantur, quæ per non dominos nullo jure alienatæ aut oneratæ sunt. Et quamvis negari nequeat quin & illis, qui sine ullo justo titulo rem adepti sunt, ea evincatur, dum forte adversus fures, prædones & similes rerum alienarum possessores rei vindicatio per dominum instituitur; tamen in hoc titulo, in quo de evictione præstatione & actionibus eo nomine competentibus tractatur, evictio est *rei nostræ, quam adversarius justo titulo acquisivit, per judicem facta recuperatio*, arg. *l. non tamen* 24. *ff. h. t.* ac non modo per vindicationem contingit, sed & per hereditatis petitionem, actionem noxalem, aut præjudicialem de libertate; cum ex omnibus hisce causis emtori non liceat rem habere, *l. venditor* 2. *pr. ff. de hered. vel act. vend. l. evicta re* 16. §. 1. *l. sed hoc* 26. *l. si mancipium* 34. §. *ult. l. minor.* 39. §. *pater* 3. & 4. *ff. h. t. l. si a substituto* 45. §. 1. *ff. de legatis* 1. *l. si post* 24. *C. h. t.* Idemque est, si emtor judicio familiæ erciscundæ vel communi dividundo ad rei in solidum e ... divisionem aut adjudicationem subeundam compulsus sit, *l. si mancipium* 34. §. 1. *ff. h. t.* vel ad litis æstimationem damnatus, aut cum rem vindicaret, a possessore judicio superatus fuerit, *l. evicta re* 16. §. *duplæ* 1. *l. si servus* 21. §. & *ideo* 2. *ff. h. t.* vel ei per hypothecariam actionem victo, quia pignus non luebatur, possessio ablata fuerit. *l. si prædium* 4. *l. cum tibi* 22. *C. h. t. l. si mancipium* 34. §. *ult. l.* 35. *l. rem hereditariam* 65. *ff. h. t.* vel si, cum minor rem ...itio, Titius dei . Mævio vendidisset, minor adversus Mævium quoque restitutus sit, tanquam venditione prima læsus, *l. minor* 39. *ff. h. t. l.* 1. *C. de fidejuss. minor.* vel major ex justa causa restitutionem obtinuerit, *l. si, cum venditor* 19. §. *si is* 1. *ff. h. t.* Denique generaliter, si quocunque judicii genere effectum sit, quo minus emtori rem habere liceat, ac ejus recuperandæ spes omnis præcisa appareat, *l. si mancipium* 34. §. 1. junct. *l.* 35. *ff. h. t.*

2. Non tamen evictio, quæ per auctorem præstanda foret, intelligi debet intervenisse, si retractu legali res per agnatos venditoris aliosque similes ablata sit, cum illud culpæ venditoris adscribi nequeat, quippe qui non alienam, sed propriam rem jure vendidit, sed magis casui ex legis dispositione propter emtoris ipsius qualitatem, quod scilicet ille non cognatus sed extraneus sit; quæ aut scivit, aut scire potuit atque debuit emtor: unde & retractum patiens tantum pretium recuperat, ut pluribus in materia retractus dictum, non item omne id quod interest, perinde ut illi, qui scienter emerunt alienum. Tiraquellus *de retractu gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 34. Mangilius *de evictionibus cap.* 134. *n.* 1. *et seqq.* Caballinus *de eviction.* §. 3. *num.* 167. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 40. *in fine.* Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 12. Perezius *Cod. h. t. num.* 8. Longe minus ad evictionis præstationem pertinebit, si conventionalis retractus circa rem venditam jam ante in pactionem deductus sit; cum pactum de retrovendendo aliudve simile rem non afficiat, nec ea penes tertium existens avocari ab eo possit, sed tantum personalis actio adversus paciscentem ac pacto non stantem, comparata sit; nisi secundum jus civile venditor pactus sit, ut oblato pretio res sit inemta, vel rem suam recuperet, arg. *l. si, cum venderet* 13. *ff. de pignorat. act. l. commissoriæ* 4. *C. de pactis inter emt. et vend.* aut nisi in ipso solemni actu traditionis secundum mores pactio coram lege loci facta & ita traditionis instrumento inserta esset; ut dictum *tit. de contrab. emt. n.* 16.

3. Evictionis hujus metuendæ intuitu per auctorem, a quo scilicet res ad alium justo titulo transfertur, cautio præstanda est, regulariter quidem nuda repromissione secundum jus Romanum, quandoque tamen satisdatione, quoties scilicet id nominatim actum est, vel in limine contractus imminet evictio, *l. emtori, duplam* 37. *pr. l. si dictum* 56. *ff. h. t. l. si post* 24. *C. h. t. l. pen.* §. 1. *de peric. & comm. rei vend.* Jacobus Coren *consil.* 3. *in notis.* Mangilius *de evictionibus quæst.* 85. *num.* 1. & *seqq.* vel statutum nominatim omnibus auctoribus satisdationem datis fidejussoribus de evictione præstandam imponit, uti id quibusdam in locis obtinet immobilium intuitu, testante Hugone Grotio *in manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 13. Simone van Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 4.

cap. 19. *n.* 13. Jacobo Coren *d. consil.* 3. Multum interim refert, utrum ex pacto vel lege fidejussor dandus sit, an, quia in limine contractus evictio imminet; ubi enim ex pacto venditioni adjecto fidem suam pro evictione fidejussor interposuit, in omnes omnino evictionis casus quacunque ex causa contingentes obstrictus est. At cum ob id tantum fidejussor intervenit, quod in limine contractus evictio imminebat ex hac vel illa certa ac speciali causa, ne alias emtor opposita doli exceptione pretii solutionem declinet, (ut potest juxta *l. pen.* §. 1. *ff. de peric. & comm. rei vend. l. ex his prædiis* 5. *C. h. t.* Jac. Coren *consil.* 13. *num.* 18. *& seqq.*) magis est, ut tantum in ipsam illam specialem evictionis causam, non item in alias tunc ignotas, de quibus ne cogitatum quidem est, videri possit fidejussor devinctus esse. Cum enim causa satisdationis interponendæ specialis tantum sit, lis scilicet illa, quæ jam cœpta moveri, qua non posita, repromissione potuisset auctor defungi ex jure communi, consequens est limitatam causam etiam limitatum tantum ad illam causam, & non generalem effectum producere, ut post alios Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 5. *decis.* 9.

4. Quoties autem de eo quæritur, an pro evictione dandus sit fidejussor, nec ne, spectanda videtur non mobilium tantum, sed & immobilium intuitu lex loci illius, in quo contractus celebratus est, licet in loco situs rerum immobilium aliud statutis cautum esset, *l. si fundus* 6. *ff. h. t.* Jacobus Coren *consil.* 3. *n.* 1. 2. Cujus ea ratio est, quod de evictione cautio ad solemnia, aut saltem ad accidentia contractus & contrahendi modum formamque pertinet, arg. *l. pacta conventa* 72. *ff. de contrah. emt.* circa quæ solemnia observandam esse legem loci, in quo contractus celebratur, adstructum plenius *tit. de constit. Principum*, parte altera, *de statutis n.* 13. Atque his etiam consentaneum videtur, eo casu, quo fidejussor dandus est, talem pro evictione dari oportere, qui idoneus & jurisdictioni judicis, in cujus territorio venditio aut alia similis conventio celebrata fuit, subjectus est, arg. *l.* 1. *ff. si quis in jus voc. non iverit l. si fidejussor.* 7. §. *si necessario* 1. *ff. qui satisd. cog.* Confer Gomezium *varior. resolut. tom.* 2. *cap.* 13. *n.* 6. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 1. *consil.* 305. Quem si auctor invenire nequeat, vel emtori consentienti hypotheca sufficiens in immobilibus constituenda foret, de quo pluribus actum *tit. de pignor. & hypoth. n.* 20. vel alioquin immobilia ex usu nostrate adhibito solemni decreto judicis, præcedentibus publicis proclamationibus, tradenda sunt. Wassenaar *pract. judic. cap.* 22. *n.* 36. *& seqq.*

5. Negotia quod attinet ad casus, ex quibus evictio præstanda, secundum est, si quidem de evictione fuerit expresse repromissum, nihil referre, cui negotio talis repromissio adjecta sit, cum eo casu non aliud inspiciatur, quam an res evicta sit, ut de evictione stipulatio committatur, *l. sciendum* 52. *ff. h. t. l.* 1. *C. de jure dot. l.* 1. 2. *C. h. t.* Si vero nulla fuerit de evictione repromissio interposita, multis negotiis id naturale est, ut ob rerum ex iis translatarum evictionem actio sit; inter quæ prima est emtio venditio, sive res corporales venditæ & evictæ fuerint, sive incorporales, ut nomina & actiones & servitutes nominatim venditæ, *l. fundum cujus* 46. §. *si per* 1. *l. si plures* 74. §. *ult. ff. h. t. l. si nomen* 4. *ff. de hered. vel act. vend.* vel jus hereditarium, de quo latius *in tit. de hered. vel actione vendita n.* 4. Plane si fiscus aut Princeps rem vendiderit, uti illa emtori evinci nequit, dum is statim ex privilegio dominium acquirit, ita nec de evictione quæstio esse potest, arg. §. *ult. Inst. de usucapionib.* Sed & si res solemni decreto judicis ex moribus hodiernis traditæ sint, difficilius quidem evictio permittitur, nisi justissimæ restitutionis causæ doceantur, de quibus actum in materia *in integrum restitutionis*; interim tamen, quotiescumque extra ordinem evictio rerum sic traditarum domino pristino conceditur, emtori evictio vel per venditorem qui sponte vendidit, vel per debitorem, in cujus liberationem pretium cessit, quin & quandoque per rem, in cujus creditores, quibus pretium solutum, præstanda foret, hactenus saltem ut pretium ad emtorem revertatur; cum iniquum sit, illud sine notabili emtoris culpa in lucrum cedere vel iniquo possessori vel creditoribus aut debitori, arg. *l. un. C. de reputat. quæ fiunt in judic. in integr. restit. l. ult. C. si adversus fiscum, l. si minori* 3. *C. de jure fisci.* Ant. Matthæus *de auctionibus lib.* 1. *cap.* 16. *n.* 16. 17. 18. & *cap.* 14. *n.* 5. 6. Quæ ut apertius intelligantur, considerandum, creditorem vel jure communi pignora vendere, vel jure creditoris. Si jure communi, id est, rem tanquam suam propriam distraxerit, & non tanquam pignori sibi obligatam, perinde emtori de evictione tenetur, ac si rem plane alienam nullo pignoris jure sibi devinctam alienasset, arg. *l. si mandatu* 59. §. *creditor* 4. *ff. mandati*, idemque est, si ipse duplum evictionis nomine emtori promiserit, quasi & tunc magis jure communi rem ut suam vendiderit; licet adversus debitorem regressum deinde habiturus sit, si duplæ repromissio debitori utilis fuerit, *l. si pignore* 22. §. *ult. l.* 23. *ff. de pignorat. act.* Sin jure creditoris id est, ut talem, quæ ipsi pignoris vinculo tenebatur, ob evictionem pignoris a tertio factam emtori non tenetur; usque adeo, ut pretio necdum soluto emtor illud in præjudicium creditoris juris pignoris distrahentis retinere nequeat, sed ad solutionem compelli possit., *l. cum ea conditione* 68. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. 2. *C. creditorem evict. pignoris non debere. l. ex emto* 11. §. *sententiam* 16. *ff. de act. emti*, sed magis emtor, utcunque quodammodo in culpa posito, quod non didicerit cautius mercari, adversus debitorem, cui solutio pretii profuit ad liberationem, actio ad pretii & usurarum medii temporis, non item ejus quod interest, restitutionem ex æquo & bono danda; maxime, quia creditor ex debitoris voluntate, atque ita ipse debitor, quodammodo talem intelligitur venditionem fecisse, *l. si plus* 74. §. 1. *ff. h. t. si ob causam* 13. *C. h. t.* junct. §. *contra* 1. *Instit. quib. alien. licet vel non*, vel etiam emtor per actionem ex emto recte desideraverit a creditore, qui vendidit, sibi cedi actionem pignoratitiam contrariam adversus debitorem ad id quod interest, rem alienam non fuisse pignori datam; cum æquum sit, hoc saltem consequi emtorem, quod sine dispendio creditoris futurum est, *l. in creditore* 38. *ff. h. t.* arg. *l. heredem* 14. *ff. mandati*, *l. cum is, qui* 36. *de fidejussor.* Henricus Kinschot *respons.* 42. Si tamen creditor sciens dolo malo rem alienam sibi pignori datam jure creditoris vendiderit, de dolo emtori incipit in pœnam fraudis obligatus esse. Uti enim pignoris contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui

fraudem admisit ac decepit, non excusat, ac quilibet suis in actibus dolum præstat, *d. l. ex emto* 11. §. *sententiam* 16. *ff. de act. emti*, *l.* 2. *C. creditorem evictionem pignoris non debere*. Quin &, si decretum a non competente judice sit interpositum, vel domino non sit facta denuntiatio venditionis pignoris, magis est, ut ob id evictione secuta, emtor creditorem recte conveniat ad pretii restitutionem, quippe qui potissimum in culpa est, quod requisita subhastationis observata non sint, ac ob id venditio inutilis, ut dictum *tit. de distract. pign. num.* 7. ut proinde ipse etiam præcipue intelligi debeat, eo nomine emtori devinctus. Confer Neostadium *Cyria supr. decis.* 100. Responsa Jurisconsult. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 334. (*revera* 234.) *pag.* 672.

6. Quod si prædia hostilia belli jure capta Titius a fisco capiente emerit, iterumque Mævio vendiderit, ac proinde per subsecutas pacis conditiones prædia illa iterum quodam postliminii jure ad dominos pristinos revertantur, adversus fiscum quidem, qui vendidit, regressus haud videtur aut Titio aut Mævio concedendus, cum fiscus non intelligatur ultra illa prædia vendidisse, quam quatenus jure belli liceret dominium retineri, ac proinde per Titium incerta magis prædii retinendi spes emta videatur, quam ipsum prædium, *l. lucius Titius* 11. *ff. h. t.* Sed nec Mævio emtori secundo adversus Titium emtorem primum; cum ex prædiorum situ ac occupatione bellica Mævius scire facile aut præsumere potuerit atque debuerit, belli jure capta ex pacis legibus reditura ad eos, quibus erepta, arg. *l.* 11. *ff. h. t.* Secus quam obtineret, si ex rerum emtarum situ non posset hoc dignosci, dum forte publicata fuerunt bona ejus, qui apud hostes est, & ita per fiscum vendita; de quo vide Neostadium *Cur. supr. decis.* 37.

7. Porro, cum datio in solutum emtioni similis sit, etiam is, cui res in solutum data evicta est, adversus dantem de evictione experiri potest; *l. si prædium* 4. *C. h. t.* junct. *l. ult. ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, sive pro debito pecuniario datio in solutum intervenerit, quo casu proprie venditionis vicem obtinet, sive pro re alia corporali aut incorporali, adeoque magis ad permutationem accedat: cum & ob evictam rem ex permutatione datam actio in factum præscriptis verbis ad exemplum actionis ex emto detur ad id quod interest, rem evictam non esse. Quamvis etiam ad restitutionem rei vicissim ex permutatione datæ contendere possit is, qui rei sibi datæ evictionem passus est, ubi id sibi expedire credit, *l.* 1. *C. de rerum permut. l.* 1. §. 1. *& ult. ff. eod. tit. l. si quis aliam* 46. *ff. de solution. l. libera quidem* 8. *C. de sentent. & interlocut. l. permutationis* 29. *C. h. t.* Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 49. & *de error. pragmat. decade* 100. *errore* 7. Cujacium *lib.* 19. *observ.* 138. Gomezium *var. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *num.* 33.

8. Divisio quoque hereditatis & ejus explicandæ gratia interveniens rerum adjudicatio emtionis vice esse dicitur, *l.* 1. *C. communia utriusque judicii*, indeque & ob id, quod res uni adjudicata evincitur, actio adversus reliquos de evictione competit, sive judicis auctoritate sive coheredum consensu divisio facta sit; alio tamen atque alio modo. Nam si coheres sciverit, rem sibi adjudicatam alienam aut alteri obligatam esse, atque ita evictionis periculo obnoxiam, nec tamen sibi de evictione caveri curaverit; ea evicta nullam quidem de evictione actionem habet ad id quod interest, *l. si fratres* 7. *C. commun. utriusq. judicii*, sed æstimationem a reliquis eum consequi pro rata æquum est, ne cum hujus jactura reliqui coheredes locupletentur, quibus res aliæ defuncti propriæ cesserunt ex divisione ac adjudicatione, secundum ea, quæ postmodum de scienter ementibus alienum explicanda erunt, nisi forte incertum evictionis in se recepisset, arg. *l. quod si in* 10. *& l.* 11. *ff. de hered. vel act. vend. l. si familiæ* 14. *C. familiæ ercis.* Sin ignoraverit, aut sciverit quidem sed nominatim de evictione sibi cautum habuerit (uti arbitro familiæ erciscundæ incumbit curare, ut de evictione caveatur his, quibus adjudicat, *l. heredes ejus* 25. §. *pen. ff. famil. ercisc.*) actione ex stipulatu, ubi ea intercesserit, alioquin præscriptis verbis agere potest, *d. l.* 7. *C. commun. utr. judicii*, *l. si, cum venditor* 66. §. *ult. ff. h. t. d. l. si familiæ* 14. *C. familiæ ercisc.* Vide Caballinum *de eviction.* §. 4. *n.* 51. Christinæum *ad Leg. Mechl. tit.* 16. *art.* 48. *n.* 4. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 6. *consil.* 19. *&* 163. Berlichium *concl. pract. par.* 1. *concl.* 24. *n.* 54. *& seqq.* & quæ, licet ab hisce uno in casu diversa, scripsi libello *de famil. ercisc. cap.* 13. *n.* 6. *& seqq.* Quod si testator ipse res suas inter coheredes diviserit, an & tunc evictionis præstatio locum habeat, discussum antea *tit. familiæ ercisc. n.* 1.

9. Locationem insuper venditioni similem esse & iisdem prope juris regulis niti cum placuerit, *pr. Instit. de locat. conduct.* non mirum fuit, evicta re locata conductori etiam licuisse experiri per actionem locati conducti ad id quod interest, se rei locatæ ac jam evictæ usu carere, *l. si quis domum* 9. *pr. ff. locati*, etsi hæc propriæ evictionis præstatio non sit, cum nullum conductori pretium evictæ rei præstandum sit.

10. Adhæc in transactione præstatio evictionis locum invenit, quoties scilicet id, quod transactionis causa datum est, evictum fuerit; nam si ipsa illa res, propter quam lis erat vel metuebatur, quæque per transactionem apud alterutrum litigantium ex transactione constituebatur, evicta sit, neutiquam eo nomine devinctus est, qui quid transactionis nomine accepit; cum per transactionem super aliqua re non id agatur, ut is, penes quem illa manet, dominus ejus fiat; sed tantum, ut per adversarium transigentem res dimittatur, & per eum amplius non stet, quo minus hic rem habeat, nec in posterum litem ultra ab eo, cum quo transegit, patiatur, *l. si pro fundo* 33. *C. de transaction.* Caballinus *de eviction.* §. 4. *n.* 46. Donellus Brunnemannus, Wissenbach *ad d. l.* 33. Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *tit.* 2. *n.* 38. Mantica *de tacitis & ambiguis convent. lib.* 26. *tit.* 7. *n.* 22. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *defin.* 28. Et quamvis non desint, quibus placuit, ita demum non teneri eum, qui quid transactionis nomine accepit, si rei ipsius litigiosæ possessionem tempore transactionis non habuerit, sed simpliciter, aliquo accepto, reliquerit penes possessorem: diversum autem esse, si possessor rei litigiosæ rem ipsam, aliquo per transactionem accepto, in adversarium transtulerit; quasi tunc venditio magis quam transactio intercessisse videatur. Abraham a Wesel, *de connub.*

bonorum societ. tract. 2. *cap.* 2. *num.* 66. *& seqq. post alios ibi citatos*, vix tamen est, ut eorum sententiam probaveris; cum neque lege ulla id cautum sit; neque translatio possessionis (quæ possessio sæpe tantum facti est, nulla juris specie vel colore quæsito adjuta) immutet naturam transactionis; neque is, qui possessionem transigendo transfert, ullatenus id agat, ut in adversarium dominium transeat, sed hoc unum, ut ipse cedat jure quali quali, quod videri posset in re hactenus possessa habere; perinde, uti jure suo quali quali ac dubio cedit ille, qui cum non possideret, aliquo accepto, a persecutione rei tanquam suæ jam cœpta desistit. Quibus accedit, dubium haud esse, quin æque possidens ac non possidens possit debiliori jure munitus esse, ac transactiones non minus modico accepto & possessione translata expediantur, quam eadem retenta ac modico petenti dato, ut ab ulteriore lite discedat. Ut proinde ex his omnibus magis concludendum sit, contingentem in transactione possessionis translationem aut retentionem evictionis præstandæ intuitu nullam operari debere juris diversitatem. Sane, si possessor accepto prope justo pretio possessionem adversario concesserit, uti tunc emtionem hanc magis transactionis titulo velatam, quam veram transactionem esse non negaverim, ita vicissim concedendum mihi fuerit, non minus emtionem dicendam, si non possidens justo propemodum pretio accepto per possessorem a lite dimittatur; dum plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur, per jura vulgata.

11. Et hæc quidem hactenus de titulis onerosis, in lucrativis non per omnia simile jus est. Nam si dos evicta fuerit videndum, utrum a datione, an a promissione dos inceperit. Si a promissione, conditio vel actio ex stipulatu marito competit, ut alia dos detur. Sin a datione, si quidem æstimata data sit ea mente, ut æstimatio quandam venditionis speciem constituat; actio de evictione danda est, uti propter rem venditam evictam danda foret: si vero inæstimata, vel æstimata quidem, sed ea intentione ne venditio contrahatur, nulla marito ob eam evictam actio est, nisi dolo malo res aliena sic data sit, quippe quo casu de dolo, aut in factum, ob honorem matrimonii, si uxoris ipsius dolus arguatur, agendum foret, *l.* 1. *C. de jure dot. l. quotiens* 16. *l. cum post divortium* 69. §. *cum res* 7. *ff. de jure dot.* junct. *l. plerumque* 10. §. *si ante* 4. *ff. eod. tit.* aut nisi pater rem alienam in dotem dederit, etiam bona fide: cum enim officium ejus sit, dotem pro sua dare progenie: aliam evictæ loco dare compellendus est, arg. *d. l.* 69. §. *gener.* 4. *ff. h. tit.*

12. Legata quod spectat, inter rem in genere ac in specie legatam multum interest; si enim res in genere legata fuerit, veluti homo, equus &c. ac heres generis illius certam speciem suo vel legatarii arbitrio præstiterit, ea deinceps evicta, non dubium, quin saltem ad aliam ejusdem generis speciem ex causa legati solvendam per actionem ex testamento cogi possit, dum voluntas testatoris, genus legantis, per alienæ rei solutionem impleta dici nequit, *l. heres servum* 58. *ff. h. t. l. qui concubinam* 29. §. *si heres* 3. *ff. de legatis* 3. *l. si a substituto* 45. §. 1. *l. si domus* 71. §. *de eviction.* 2. *ff. de legatis* 1. Sin rem certam ac in specie nominatam testator legaverit, heres eam qualem qualem præstando liberatur, nec, si illa evincatur, aliam ejus loco similem aut æstimationem dare compellitur, *l. si a substituto* 45. §. *ult. l. si legati servi* 56. *l. si servus Titii* 70. §. *de legatis* 1. nisi legatarius probet, testatorem scivisse, rem, quam legabat, alienam esse, vel conjunctæ personæ res aliena a testatore legata sit, arg §. *non solum* 4. *Instit. de legatis*, *l. cum alienam* 10. *C. de legatis*. Confer Mangilium *de eviction. qu.* 63. *& seqq.*

13. Plane in donationibus simplicibus ob res donatas evictas donatorem non teneri, verius est, sive a datione, sive a promissione, donatio initium habuerit: licet enim jure novo donatio emtioni in eo adæquata fuerit, quod ex pacto donationis actio ad tradendum competat, §. *aliæ autem* 2. *Instit. de donat.* non tamen in eo, ut evictio præstanda foret; cum justum non sit, ex sua liberalitate quemquam damnum sentire; usque adeo, ut, si maxime rem alienam sciens dolo malo donaverit, tamen ne sic quidem de evictione ad rei donatæ æstimationem teneatur, sed tantum actione doli ad id quod forte donatarius nonnullas in rem donatam impensas fecerit, quas ab evincente non potuit recuperare, aut alio simili modo in damno hæreat, *l. quoniam* 2. *C. h. t.* junct. *l. Aristo ait* 18. §. *ult. ff. de donationibus*, arg. *l. ad res donatas* 62. *ff. de ædilit. edict.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 8. *circa finem.* Grotius *manud. ad jurisp. Holl. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 7. Nisi inter donantem ac donatarium stipulatio de evictione intercesserit, *d. l.* 2. *C. h. t.* (licet ne tunc quidem de evictione actionem dari oportere, Paulus censuerit *recept. sent. lib.* 5. *tit.* 11. §. 5.) vel nisi res in genere per donatorem promissa sit, ac deinde evincatur species illa, quam ad faciendum donationis implementum ex genere præstitit; argumento eorum, quæ superius de generis legato dicta sunt. Brunnemannus *ad l.* 2. *C. h. tit.* Adde Gomezium *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 35. Mangilium *de evict. quæst.* 68. 69.

14. Licet autem ad donationem quodammodo accedere videatur in feudum concessio ac emphyteusis, dum feudum definitur per beneficium, in *lib.* 2. *feud. tit.* 23. nec regulariter canonis aut servitiorum præstatio respondet fructibus majoribus & emolumentis ex emphyteuticario vel feudali prædio percipiendis, tamen, quia fere ad instar dotis hæc qualis qualis liberalitas concedentium in feudum aut emphyteusin onera varia adjuncta habet; ideo jure feudali cautum est, re feudali evicta, vassallum, qui ignoravit alienam esse, habiturum evictionis nomine actionem in simplum, ut scilicet ejusdem bonitatis ac quantitatis prædium præstetur; scienti autem non aliter in id actionem dandam contra eum, qui concessit, quam si pacto speciali id actum fuerit: ipsius concedentis scientia aut ignorantia non considerata, *lib.* 2. *feud. tit.* 8. *in pr. & tit.* 80. Rosenthal *synopsi feudali cap.* 8. *concl.* 29. 30. 31. Gudelinus *de feudis par.* 2. *cap.* 9. *num.* 8. 9. 10. Et de re evicta, quæ in emphyteusin concessa fuerat, emphyteutæ adversus concedentem competere actionem pluribus placuit, arg. *l. stipulatio ista* 38. §. *si quis forte* 3. *ff. de verb. oblig.* Cujacius *ad d. l.* 38. §. 3. Caballinus *de evictiom.* §. 4. *n.* 55. Bachovius *ad Treutlerum vol.* 2. *disp.* 2. *th.* 5. *lit.* C. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *concl.* 24. *n.* 53.

15. Ceterum ut actioni de evictione locus esse possit, non interest, utrum tota res evicta fuerit, an pars ejus, *l.* 1. *ff. h. tit.* si modo pars illa principalis sit,

ac nomen totius retineat, quæ vulgo homogenea appellatur, veluti fundi venditi semis aut alia pars, *l. minor* 39. §. *si a me* 2. *l. qui fundum* 43. *l. ex mille* 64. *ff. b. t.* Nam si heterogenea evincatur, vel rei principalis accessio, veluti domus aut navis venditæ tigna aut tabulæ, ancillæ prægnantis aut vaccæ distractæ partus fœtusve, evictionis nomine non obligatur venditor, quasi evicta parte, *l. nove* 36. *l. si prægnans* 42. & 43. *ff. b. t.* licet ob id actio ex emto haud sit deneganda, unde &, evicta re vendita cum accessionibus, de eo quod accessit non in duplum ex stipulatu, sed tantum ex emto in simplum, & si quid amplius intersit, agendum est, secundum ordinariam actionis emti naturam, *l. evicta re* 16. *ff. b. t.* junct. *l. si in venditione* 60. *ff. b. t.* Quin &, si rei, quæ uno spiritu continetur, veluti bovis aut equi aut servi, pars evicta sit, ne tum quidem de evictione ex vi stipulationis, sed tantum ex emto actio est, nisi specialiter partis quoque mentio fuerit adjecta in duplæ stipulatione, *l. si dictum* 56. §. *in stipulatione* 2. *ff. b. t.* Nec huic contrarium est, quod apud Pomponium legitur, si communi dividundo mecum actum, & adversario servus adjudicatus sit, quia probavit eum communem esse, habiturum me ex duplæ stipulatione actionem; quia non interest, quo genere judicii evincatur, ut mihi habere non liceat, *l. si mancipium* 34. §. *si communi* 1. *ff. b. t.* Non enim illic pars servi, sed propter adjudicationem interpositam & adversario factam totus servus evictus erat: nec ulla penes emtorem pars remanebat. Plane, si ex servis duobus uno pretio venditis unus evictus sit, de evictione venditor obstrictus est, utcunque servus non evictus tanti valeat, quanti uterque simul emtus fuit, *l. si duos servus* 47. *ff. b. t.*

16. Parti tamen homogeneæ evictæ in jure nostro comparatum, si rei venditæ ususfructus vel usus evincatur, quia is multis in casibus dominii pars est, *l. fundum, cujus* 46. *l. si ab emtore* 49. *l. si rem* 62. §. *ult. ff. b. t. l. in vendendo* 66. *ff. de contrab. emt. l. stipulatio ista* 38. §. *si quis forte* 5. *ff. de verbor. oblig.* junct. *l. ususfructus in multis* 4. *ff. de usufr. & quemad. quis utat.* vel jus emphyteusios aut superficiei, arg. *d. l.* 38. §. 3. *ff. de verb. oblig.* vel pignoris, secundum ante tradita *n.* 1. *b. t.* vel servitus realis, quam venditor nominatim dixerat prædio vendito accessuram, *l. pen. ff. b. t. l. in vendendo* 66. *ff. de contrab. emt.* eo quod non prædium modo, sed & ipsa servitus prædio debita tunc nominatim vendita intelligitur, atque ita evictum ad ipsum quod nominatim emtum fuit. Nam & si alia rei venditæ accessura esse specialiter convenerit, de eorum evictione in simplum agi potest, *l. servi venditor* 5. *l. evicta re* 16. *ff. b. t.* Simili ratione, si fundus, *uti optimus maximusque est*, distractus fuerit, & vicinus servitutem evincat, tanquam per istum fundum sibi constitutam, auctorem de servitutis istius evictione obligatum habet: id enim ista formula agitur ut prædium præstetur liberum ab omni servitute; adeoque cum prædio libertas quoque ab oneribus nominatim comparata confertur; unde nec mirum est, si de evictione experiundi potestas tunc data sit, *l. pen. l. cum fundus* 48. *ff. b. t. l. cum venderes* 59. *ff. de contrab. emt.* Extra hos casus magis visum fuit, venditorem ob evictionem servitutis, quæ fundo credebatur competiisse, vel alicujus onere fundus liber existimabatur, emtori non teneri; uti nec de aliis, quæ tacite tantum accedere solent, *d. l. pen. ff. b. t.* Sed magis actioni ex emto, vel quanti minoris ex ædilitio edicto locus est, ubi servitutis onus invenitur impositum, quod a venditore sciente dissimulatum erat, *l. quotiens* 61. *ff. de ædil. edicto*, arg. *l. in venditione* 41. *ff. de act. emti*, quod & innuitur *l. sed si quid* 15. §. 1. *ff. b. t.* si ibi cum Cujacio, Gothofredo in notis, aliisque pro *servus* legatur *servitus*. Et hæc ita, si modo per sententiam judicis hæc jura, rei emtæ pretium augentia, emtori denegata fuerint: nam si emtor metu molestiarum & impensarum litis passus sit vicinos quasdam in præjudicium libertatis, aut servitutis prædio debitæ, agere aut exstruere, quæ nocent, auctoris id damnum esse non debet, cum nihil vere evictum sit. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *cons.* 69. *n.* 7. & *seqq.* Nostris interim moribus simplicius placuit, ut quoties servitutes aliquo jure simili evincuntur, utcunque nominatim dictum fuerit, res illis oneribus non esse obnoxias, vel servitutes rebus emtis esse debitas, ad id quod interest emtor agat, venditionis contractu in suo vigore persistente. Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 2. *cap.* 16. *n.* 21. 22.

17. Agunt de evictione non emtores tantum aliique his similes, qui ex causis superius recensitis rem nacti rursus per sententiam amiserunt, sed & heredes eorum, non item successores particulares, quales secundi emtores, nisi iis ab emtore primo actio cessa sit, *l. si res* 59. *ff. b. t.* contra venditores aliosque vulgo dictos *auctores*, & eorum heredes, cum ex conventione obligatio nata sit; nec non contra fidejussores, horumque heredes, *l. auctore* 7. *l. exceptione* 11. *l. si status* 18. *l. ult. C. b. t.* etiam cum fidejussores pro minore venditore fidejusserunt, & is adversus venditionem restitutus est, *l.* 1. *C. de fidejuss. minorum.* Qua occasione disputatum invenio apud Ant. Matthæum *de auction. lib.* 1. *cap.* 14. *n.* 7. an auctor aut fidejussor in perpetuum de evictione teneatur, si promiserint ex formula quadam recepta *se evictionem præstituros in annum & diem?* (*'t vercochte goed te waren voor Jaar en Dag*) & in id inclinare virum doctissimum, ut existimet perpetuam inde de evictione obligationem esse. Quod etsi prima fronte mirum videri potest, justo tamen fundamento nititur, tum quia, (uti idem auctor ibidem habet) tempus finitum pro infinito usurpatum videtur; tum etiam, & mea quidem opinione præcipue, quia secundum antiquos Diœcesios Ultrajectinæ mores nemo rem suam ultra annum & diem, seu sex septimanas vindicare poterat, uti id plenius docet idem Ant. Matthæus *de auct. lib.* 1. *cap.* 11. *n.* 30. *in med.* ac cum eo fere conveniunt antiqua Hollandiæ jura, secundum quæ nullus poterat evictionem pati prædiorum post annum & diem, ex quo illa ei coram lege loci tradita, & id actis insinuatum fuisset, prout hæc explicata ab Hugone Grotio *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 28. & *seqq.* Cum ergo non ultra annum & diem evictionis licentia pristinis rerum dominis permitteretur, quid mirum, si & evictionis promissio formula, tantum in annum & diem concepta, interposita fuerit, & tamen hoc ipso plenissimam de evictione in perpetuum comprehenderit securitatem? aut quæ absurditas, si quis etiamnum hodie formula vetere uti volens, etiam ejus interpretationem ex more majorum petitam adversus se patiatur? præsertim,

cum licuisset verbis aliis apertioribus uti, arg. *l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulationibus* 18. *ff. de verb. obligat.*

18. Quod si plures unius rei pro indiviso possessæ & simul uno pretio distractæ venditores sint, vel plures unius venditoris heredes, singulis quidem in solidum defendendi necessitas incumbit, cum individua hæc defensionis obligatio sit, adeo ut, si omnibus denuntiatum sit, ac forte pauci vel unus tantum defensionis causa in lite substiterit, omnibus vincat aut vincatur, recteque agatur cum ceteris, quod evictionis nomine victi sint, *l. si rem* 62. §. *si ei, qui* 1. *ff. b. t.* si modo unus ille aut pauci in solidum totius rei defensionem facere parati fuerint; nam si quisque eorum, qui se stiterunt, suam tantum partem defendere voluerit, in judicio substitisse neque ipsis præsentibus neque absentibus prodesse potest, propter individuam defensionis naturam, *l. cum ex causa* 139. *ff. de verbor. obligat. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *ff. eod. tit.* junct. *l.* 2. §. 2. *& seqq. ff. eod. tit.* eo modo, quo & unus ex pluribus dominis servum in solidum defendere cogitur, si ex noxali causa agatur, *l. si cum uno* 4. *ff. si ex noxali causa agatur.* Sed quia pecuniariæ quantitatis, adeoque etiam ejus quod interest, dividua præstatio est, evictione secuta non ultra suam quisque partem actione de evictione per emtorem conveniri potest, *d. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *ff. de verb. oblig. l. si rem* 62. §. *si ei, qui* 1. *ff. b. t. l. quoniam* 2. *C. b. t.* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 14. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *def.* 29. Sane, si non plures communiter, sed singuli suam partem pro indiviso possessam distraxerit, cum tot venditiones intelligantur, quot partes sunt venditæ, non dubium, quin pro sua tantum quisque parte non modo ad præstationem ejus quod interest ob evictionem, sed etiam ad defensionem suscipiendam devinctus sit, arg. *l. quod autem* 11. §. 1. *ff. de in diem addict. l. si divisa* 13. *C. de locato.*

19. Non tamen de evictione conveniri possunt creditores, qui pignora vendiderunt jure creditoris; de quo latius supra, *num.* 5. Nec executores, qui judicati exsequendi causa pignora judicis auctoritate capta distraxerunt, si illa evincantur, *l. si pignora* 50. *ff. b. t.* Nec procuratores, si mandato instructi, ac qua tales, rem vendiderint, nisi simul in se receperint onus evictionis, *l. si cum venditor* 66. §. *ult. ff. b. t. procurator, qui* 67. *ff. de procurator.* Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 31. *defin.* 6. Mangillius *de eviction. quæst.* 187. Nec tutores aut curatores ex suo capite ob evictionem rerum, quas, tanquam ad pupillum aut minorem pertinentes, in alios officio durante transtulerunt, arg. *d. l.* 66. §. *ult.* & *d. l.* 50. *b. t.* Adde Mangillium *de evict. quæst.* 188. Nec illi, qui simpliciter consenserunt in rei distractionem, arg. *l. exceptione* 11. *Cod. b. t.* Tiraquellus *de retract. gentilit.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 55. An autem marito rem alienam vendente, uxor quoque jure statutariæ communionis de evictione teneatur? An & tunc, cum maritus rem uxoris propriam alienavit, posito statuto, quo maritus uxorem quidem obligare, non item immobilia ejus alienare potest, alibi explicandum erit. Vide interim Christianum Rodenburch *de jure conjugum intract.-prælim. de statut. diversit. tit.* 2. *cap.* 5. *n.* 9. 10. 11. *pag.* 76. *& seqq.*

20. Illud præprimis monendum venit, non aliter eum, cui res evicta, adversus auctorem reliquosque supra recensitos de evictione experiri posse, quam si auctori tempestive facta fuerit denunciatio, litem motam esse, addito secundum mores exemplo libelli per actorem editi; non eum in finem, ut is litem in se & ad suum forum transferat, sed potius, ut liti assistat, & rei conventi forum secutus defensionem ejus suscipiat, ac præstet auctoritatem, *l. venditor* 49. *ff. de judiciis, l. si rem, quam* 29. §. *ult. l. si fundo tradito* 53. §. 1. *l. si plus* 74. §. *pen. ff. b. t.* Confer si libet, Instructionem Curiæ Hollandicæ *art.* 115. 116. 117. Curiæ supremæ *art.* 235. *& seqq.* Brabantinæ *art.* 511. *& seqq.* Flandricæ *art.* 304. *& seqq.* Wassenaar *pract. judic. cap.* 8. & *cap.* 3. *n.* 18. 19. & *cap.* 4. *n.* 9. Covarruviam *variar. resolut. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 3. Caballinum *de evict.* §. 3. *num.* 33. *et seqq.* & quæ scripsi *t. de judiciis num.* 38. Quo facto, sive auctor liti assistat, ut evitetur collusio, vel etiam se procuratorem in rem suam ab emtore constitui patiatur (secundum *l. si servus* 21. §. *et ideo* 2. *l. si, cum venditor* 66. §. *si secundus* 2. *ff. b. t.*) sive liti sese palam non jungat, sed reo adminicula ac probationes ad jus asserendum suppeditet, sive nihil horum agat semel iterumque secundum loci cujusque morem citatus, sed in universum litem negligat, evictione secuta adversus auctorem regressus est, *d. ll.* si modo ipse emtor pro virili non defuerit defensioni; ne alias propter absentiam magis evictus videretur auctor, quam quia malam causam habuit, *l. si ideo* 55. *ff. b. t.*

21. Sufficit autem, vel ipsi auctori, vel procuratori jeus, auctore tamen præsente & non ignorante, denunciationem factam esse, *l. si dictum* 56. §. *si præsente* 4. *ff. b. t.* Quin & pupillo eam sine tutoris auctoritate fieri posse, si tutor non appareat, benignius apud Romanos receptum fuit, *d. l. si dictum* 56. §. *ult. ff. b. t.* Quamvis nostris moribus in tali casu magis cameræ pupillari vel agnatis ac cognatis proximis denunciandum foret, quo pupillis tutor daretur aut peteretur. Groenewegen *ad d. l.* 56. §. *ult.* Si plures auctores vel plures unius auctoris heredes sint, singulis denunciationem fieri necesse est, *l. si rem, qua* 62. §. 1. *b. t. l. in executione* 85. §. *in solidum* 5. *l. cum ex causa* 139. *ff. de verb. obligat.* cum omnibus & singulis rei totius incumbat defensio, secundum ea, quæ supra dicta *n.* 18. Quod si lis emtori mota sit, cum rem a creditore, pignus jure creditoris distrahente, emisset, debitori magis, cui pretii solutio, ad liberationem profecit, quam creditori denunciandum, arg. *l. si ob causam* 13. *C. b. t. l. si plus* 74. §. 1. *ff. b. t.* Et si res eadem sæpius vendita per plures manus ambulaverit, ac ultimo tandem possessori evincatur, non jure hic primo auctori quasi per saltum denunciaverit, cum nullum inter hos intercesserit negotium, nisi postremo per primum emtorem actiones adversus venditorem primum cessæ fuerint, *l. si res, quam* 59. *ff. b. t.* sed potius emtor postremus auctori suo, atque hic rursus ei, a quo immediate rem nactus est, denunciationem litis motæ facere debet, donec ad primum auctorem deventum fuerit, arg. *l. sed et si post* 23. *ff. b. t.* si enim uni ex auctoribus intermediis denunciatum non sit, evictionis secutæ intuitu nulla in eum actio danda foret, Caballinus *de eviction.* §. 3. *num.* 143. Fidejussori, qui pro evictione intervenit, denunciationem fieri jura non præcipiunt, atque etiam inscium plane litis motæ teneri volunt: eo quod hic

plerumque defensionum æque, ac emtor, ignarus est, atque adeo nec cum fructu liti assisteret, *l. auctore* 7. *C. h. t.* Sed & si servus vendiderit, domino denunciationem fieri necesse non est; imo ipsi servo faciendam esse, si vivat; ac domino tantum, si servus sit mortuus, Julianus scripsit, *l. minor* 39. §. 1. *in fine ff. h. t.*

22. Neque cessat hæc denunciationis necessitas ob id, quod auctor jam aliunde resciverit, litem emtori motam esse: licet enim certiorari non debuerit, qui non ignoraverit, *l.* 1. *in fine ff. de act. emti*; quia tamen denunciationis adhibendæ duo fines sunt, alter, ut jam certior factus aliquid faciat, seu defensionem suscipiat, consequens est, auctorem litis motæ non ignarum, forsan & præsentem, nihilominus ad defensionem obeundam oportere vocari, arg. *l. si parentes* 20. *in fine C. h. t.* Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 5. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 35. *in fine*, Ant. Faber *Cod. lib.* 8. *tit.* 14. *defin.* 2. Berlichius *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 24. *n.* 35. & *seqq.* Quid, quod nec in causa, quam DD. appellant notorie injustam, denunciationis necessitas remissa censeri debet. Etenim, an causa injusta sit, non emtoris, cui plerumque ignotæ defensiones, quique propterea auctorem in auxilium advocat, sed judicis æstimatio est, arg. *l. prætor ait* 20. §. 1. *ff. de operis novi nunciatione*. Nec huic repugnat *l. ex emto* 11. §. *idem lib.* 12. *ff. de act. emti*, cum ibi non asseratur, omissam fuisse nunciationem. Si tamen is, qui non facta auctori denunciatione evictionem passus est, evincentis ipsius partes suscipiens jus ejus certum asserere possit, atque ita manifestum docere defectum juris ex parte auctoris, regressus ei adversus auctorem haud videtur denegandus, perinde ac si tempestive litis fecisset denunciationem, Caballinus *de eviction.* §. 3. *n.* 73. & *seqq.* Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *c.* 17. *n.* 6. Hugo Grotius *manud. a jurisprud. Holl. lib.* 3. *c.* 13. *n.* 17. Christinæus *ad leg. Mechl. t.* 13. *art.* 38. *n.* 12. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 19. *n.* 14. *in fine*, Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 3. *defin.* 24. 25. Sed &, si per venditorem steterit, quo minus ei denunciatio fiat, dum vel absens, vel præsens, & per eum stat, quo minus denuncietur, committitur stipulatio evictionis, perinde ac si rite denunciatum fuisset, *l. si ideo* 35. §. *præsenti* 1. *ff. h. t.*

23. De cetero non tantum ante, sed & post litem contestatam, denunciationis faciendæ facultas emtori salva est, *dummodo non prope ipsam condemnationem*, adeoque secundum interpretes ante conclusionem in causa, fiat, *l. si rem quam* 29. §. *ult. ff. h. tit.* Berlichius *conclus. pract. part.* 1. *conclus.* 24. *num.* 79. & *seqq.* Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *cap.* 17. *n.* 8. Caballinus *de evict.* §. 3. *n.* 144. Mangilius *de evict. quest.* 5. *n.* 4. & *seqq.* Nam quod in contrarium urgetur Labeonis responsum, *debere denunciationem fieri, priusquam judicium accipiatur*, *l. qui concubinam* 29. §. *si heres* 3. *de legatis* 3. minus stringit, si consideremus per *judicii accepti* tempus non modo litis contestatæ, sed & aliquando sententiæ latæ tempus denotari; quo posito, verborum sensus idem erit, qui est *legis* 29. §. *ult. ff. h. t.* scilicet, oportere fieri denunciationem ante sententiam, ut adhuc sua auctori defensio salva sit. Tempus certe *judicii* & *latæ sententiæ* pro eadem capi, apertum est ex *l.* 1. *C. si adversus rem judicatam*, junct. *l. denique* 3. §. 1. *in med. ff. de minor.* 25. *annis*. Sed &, si in prima lite denunciatio omissa sit, ac emtor succumbens appellaverit, etiam tunc auctori recte, ut saltem in appellationis lite assistat, denunciatur; cum ita defensio ei etiamnum integra sit, quia, ut Marcianus ait, provocationis remedio extinguitur sententiæ pronunciatio, *l.* 1. §. *ult. ff. de sena. usc. Turpil.* Caballinus *de eviction.* §. 3. *n.* 144. Covarruvias *var. resol. lib.* 3. *c.* 17. *n.* 8.

24. Non tamen nocet, omissam in universum fuisse denunciationem, quoties emtori similibusque pacto nominatim denunciationis necessitas remissa est, *l. Hernnius* 63. *pr. ff. h. t.* uti nec, si consulto latitaverit auctor, ne sibi possit denunciari *l. si ideo* 55. §. 1. *l. si dictum* 56. §. *simili* 3. & 6. *ff. h. t.* quo tamen casu ad domum ejus denunciatio facienda, arg. *l. dies cautioni* 4. §. *prætor ait* 5. *ff. de damno infecto.*

25. Agitur vero ob evictionem secutam adversus auctorem actione ex emto aliave simili, ad pretium & id quod interest, *l. si controversia* 9. *l. si cum quæstio* 17. *l. emti actio* 21. *l. cum successores* 23. *l. si tibi* 25. *C. h. t.* sub quo & illud continetur, quod in rem emtam ab emtore, ut melior fieret, erogatum fuit, *d. l. si controversia* 9. *C. h. t.* si modo non nimium emtor modum excesserit, forte plurimum impendendo in rem, quæ minimo pretio venilt, *l. Titius cum* 43. *in fine l.* 44. *l.* 45. *ff. de action. emti*, & impensas ab evincente per retentionem recuperare non potuerit: nam si id potuerit per oppositam doli exceptionem, ad periculum auctoris ea res non pertinet, nisi is eam sciens vendiderit, *l. item & Julianus* 45. §. 1. *ff. de act. emti*, *l. super emt.* 16. *C. h. t.* Sed & sub eo, quod interest, impensas litis contineri verius est; cum hæc damna sint, quæ emtor ob factam rerum evictionem passus est, arg. *l. si cum quæstio* 17. *C. h. t. l. fidejussor* 15. *ff. de doli mali & metus except.* junct. *l. si commissa* 13. *ff. rem ratam haberi*, Gomezius *variar. resolut. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 47. *impr.* Quales tamen litis expensas emtor haud recuperat ab actore, si adversus eum, qui evictionem tentabat, victor evaserit in ultima lite, licet forte in primis instantiis victus fuisset, cum per ultimam anteriores sententiæ infirmentur tanquam non justæ, viribusque in universum destituantur. Nisi & in hunc casum auctor nominatim restitutionem promisisset, arg. *l. venditores* 102. *ff. de verb. obligat.* in qua lege, dum præter cautionem pro evictione & inde nascitura obligatione ad id quod interest, venditores insuper proponuntur *specialiter* promisisse, *se agnituros, si in lite mota sumtus emtor fecisset*, innui videtur, sine tali promissione specifica nullum emtori vincenti, secundum facto speciem in lege propositam, adversus auctores pro litis impensis regressum competere. Quo & rationes juris generales suadent. Non enim damnum impensarum propter litem injuria motam sensit emtor ex aliqua venditoris culpa vel facto, verum ex actoris seu petitoris improbi calumnia; ut proinde damnum illud ex tertii facto promanans, quantum quidem ad auctorem attinet, casui fortuito adscribendum sit, dum nulla id arte aut providentia consequi vel avertere quisquam potest, ne damnum injuria ab alio detur, *l. sed de damno* 41. *ff. locati l. ad eos* 19. *ff. commodati*, at neque casus fortuito supervenientes auctor emtor præstat, neque injuria, quæ fit emtori, auctorem contingere debet, *l. si per imprudentiam* 51. *pr. ff. h. t.* Atque hinc, cum de hominis venditi statu quæstio mota esset, definitum

fuit, si quidem secundum libertatem sententia ferretur, auctorem conveniri posse, si vero servum fuisse sententia declaraverit, emtorem ad venditorem reverti non posse, *l. si status* 18. *C. h. t.* quod posterius tum de pretio intelligi nequeat, dum certum erat nec imperatoria agebat definitione, re penes emtorem manente nullam pretii repetitionem esse, necessario de litis super statu motæ impensis accipiendum est. Et sane, cum de evictione cautio id contineat, ut emtori liceat rem habere, nec res evicta dici possit, quæ adhuc est penes emtorem, eundemque in lite victorem, *l. habere* 57. *ff. h. t.* sequitur, nec de evictione stipulationem commissam esse, ac proinde nec actionem emtori natam, præsertim, cum Jurisconsultus dicat, venditorem tradendo, si dominus sit, emtorem dominum facere, sed si non fuit dominus, de evictione obligari, *l. ex emto* 11. *§. & in primis* 2. *ff. & inprimis* 2. *ff. de act. emti*, quam proinde evictionem praecessisse necesse est. Præterquam quod & restitutio sumtuum litis in materia evictionis tantum accessio quædam evictionis est, ac sub eo quod interest comprehenditur; re autem non evicta non potest præstationi ejus, quod interest, locus esse. Tuentur hanc sententiam Cujacius *ad l.* 102. *ff. de verbor. oblig.* Donell. *ad l.* 18. *C. h. t.* Zasius *ad d. l. venditores* 102. *ff. de verb. oblig.* Responsa Jurisc. Holl. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 48. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 27. 28. Nec quicquam in contrarium facit, quod auctori incumbit emtorem defendere in lite mota, *l. si plus* 74. *§. mota* 2. *ff. h. t. l. qui absentem* 75. *ff. de procurat.* quibus motus post alios Gomezius *var. resol. tom.* 2. *cap.* 2. *n.* 47. Fachineus *controv. lib.* 2. *cap.* 39. dissentientium castra secuti sunt. Licet enim defensio auctori a jure imposita sit, in quantum secundum superius exposita liti assistere & probationibus causam emtoris munire tenetur, non tamen inde sequitur, etiam sumtibus auctoris adversus actorem iniquum oportere peragi defensionem. Nam & procuratori pro domino agenti necessitas imposita est defendendi dominum a reo reconventum, *l. servum quoque* 33. *§. ait prætor* 3. & 4. *ff. de procurat.* nec tamen inde recte concluseris, suo ergo sumtu procuratorem debere defensionem subire. Gravant quidem commodatarium impensæ litis, si quæ ab eo pro recuperanda rei commodatæ a tertio detentæ possessione factæ sint, in casu *l. si ut certo* 5. *§. rem tibi* 12. *ff. commodati*, sed a commodato, quod solius commodatarii gratia contractum, & ex quo commodatarius ad rem commodanti restituendam obstrictus est, ad venditionem utilitates utriusque contrahentis continentem, ac ad venditorem, qui tradendo emtoremque dominum efficiendo contractum jam implevit, male sit illatio circa hanc de impensis litis disputationem.

26. Quod si post venditionem ante evictionem decreverint pretia rerum venditarum, adeo ut iis deinceps evictis tanti non videatur emtoris interesse propter evictionem, quantum quidem est in pretio, quod venditori numeratum est, electionem emtori tribuit Grotius, utrum pretium, quod emtionis tempore constitutum fuit, an magis quanti sua interest, repetere malit, *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *n.* 19. 20. quod tamen minus respondet iis, quæ a Papiniano tradita in *l. si, cum venditor* 66. *§. ult. ff. h. t.* actionem scilicet ob evictionem consequi, quanti sua interest; ita *ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis æstimatus, diminuat vel excedat*, uti & a Paulo in *l. evicta re* 70. *ff. h. t.* puta *evicta re ex emto actionem non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competere, idemque etiam, si minor esse cœpit, damnum emtoris esse.* Denique & ad African. *in l. idque & Julianum* 45. *pr. ff. de act. emti.* Nec adversatur *l. ex mille* 64. *pr. & §.* 1. *ff. h. t.* Quod enim illic propter partes, quas flumen agro post venditionem sustulit, vel ex adverso adjecit, non augeatur vel minuatur quantitas evictionis, ejus duplex ratio est, primo quia duplex stipulatio in casum evictionis intercesserat, adeoque pœna conventionalis in casum evictionis promissa; ut patet ex *pr. d. l.* 64. pœnam autem cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitas quæque conditio stipulationis, *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verbor. oblig.* secundo, quia duplæ stipulatio continebat duplicatum pretium, quo fundus emtus erat; quoties autem æstimatio fundi in stipulationem deducta est, meliore postea vel deteriore facto fundo, ea tamen æstimatio venit, quæ stipulationis tempore fuit, *l. fundum Cornelianum* 28. *ff. de novation.* Adde *t. de condict. triticar. n.* 3. *in princip.*

27. Quia vero in actione quoque vendita evictionis præstatio locum habet, in quantum venditor debitorem præstare debet, contra quem actio vendita competat, *l. si nomen* 4. *l.* 5. *ff. de hered. vel act. vend.* evicta ea, dum vel debitum solutione jam extinctum est, vel exceptione perpetua enervatum, vel nuspiam apparet debitor, si quidem incertæ quantitatis actio fuerit, in id quod interest emtori actio prodita est; sin certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam evictionis nomine tenetur venditor, *d. l.* 4. & 5. *ff. de hered. vel act. vend.* arg. *l. quod* 8. & *l.* 9. *ff. eod. tit.* nec potest liberari restituendo pretium tale, quale accepit, si forte minoris actio sit vendita, quam quantum ea comprehensum erat. Licet enim ex constitutionibus Anastasii & Justiniani emtor nominis non plus à debitore exigere possit, quam quod ipse dedit, ut dictum *tit. de hered. vel act. vend. num.* 18. tamen cum id ita in solius debitoris gratiam cautum sit, ut tantundem offerendo, quanti nomen emtum est, a toto debito liberationem consequatur, nec uspiam illa facultas jure novo inveniatur ipsi nominis venditori tributa, magis est, ut juri antiquo in *d. ll.* contento etiamnum stari debeat, arg. *l. præcipimus* 32. *§. ult. C. de appellation.* Responsa Juriscons. Holl. *p.* 3. *vol.* 1. *consil.* 118.

28. Præter actionem ex ipso negotio gesto ob evictionem in id quod interest comparatam, insuper frequentata fuit apud Romanos actio ex stipulatu, idque vel in simplum, vel in duplum, vel in triplum vel in quadruplum, prout de evictione stipulatio simplæ vel duplæ vel triplæ vel quadruplæ interposita fuerat, *l. hoc jure* 27. *l. si dictum* 56. *l. si plus* 74. *ff. h. t.* Cujacius *libr.* 11. *observat.* 4. & *lib.* 10. *observ.* 34. Quin imo moris fuit atque consuetudinis, ut pro rebus pretiosioribus duplæ, pro vilioribus simplæ repromissio adhiberetur, *l. emtori duplam* 37. *§.* 1. *ff. h. t.* adeo ut, si forte venditor duplæ promissionem facere detrectaret, & eo nomine adversus eum ageretur, dupli condemnandus fuerit, quia ea, quæ sunt moris atque consuetudinis, in bonæ fidei judicio debent venire, *l. quod si nolit* 31. *§. quia assidua* 20. *ff. edi-*

Tit. edict. l. si dupla 2. ff. h. t. & si *per errorem* simplam pro dupla stipulatus fuisset emtor, tamen actione ex emto duplum consequi debuerit, vel saltem, ut sibi in duplum promitteretur, *d. l.* 33. §. *ult. ff. h. t.* non item, si ex certa scientia in simplum tantum stipulatio concepta fuisset, arg. *d. l.* 37. *in pr. l. si plus* 74. *ff. h. t.* Interim has duplæ vel quadruplæ stipulationes a moribus nostris alienas esse, &, evictione secuta, auctorem emtori in id, quanti vere interest, teneri, observat Groenewegen *ad l.* 31. §. 20. *ff. de ædilit. edict.* & *ad rubric. ff. h. t.*

29. Durant autem hæ actiones, tanquam personales, totis triginta annis, non a tempore venditionis, sed demum a tempore factæ evictionis computandis, *l. emti actio* 21. *C. h. t.* Neque evanescunt ex eo, quod venditor evictam rem postea offert; quia semel commissa de evictione stipulatio, aut nata ad id quod interest ex emto actio, resolvi non potest, *l. habere* 57. *in fine ff. h. t.* junct. *l. fidejussor.* 15. *ff. de doli mali & met. except.* ac sæpe inutilis in posterum res emtori futura est; dum sibi, ob evictam prius emtam, comparavit aliam, nec duabus simul opus habet, arg. *l. si in lege* 24. §. *colonus* 4. *ff. locati.*

30. Cessant tamen multis in casibus, puta, si non sit facta auctori litis motæ denunciatio, secundum ante explicata. Si lis quidem mota, sed emtor vicerit, de quo etiam superius actum. Si per imprudentiam aut errorem judicis succubuerit, *l. si per imprudentiam* 51. *pr. ff. h. t.* quod tamen moribus vix admittendum, cum pro re judicata veritatis ac justitiæ præsumtio sit, *l. ingenuum* 25. *ff. de statu hom.* nec judices hodie soleant litem suam facere, Groenewegen *ad d. l.* 51. *ff. h. t.* Wassenaar *pract. jud. cap.* 8. *num.* 44. Si emtor necdum condemnatus rem petitam sponte restituerit, vel transegerit vel compromiserit, vel jurisdictionem judici incompetenti prorogaverit, vel jusjurandum adversario detulerit, atque ita vel judicis incompetentis vel arbitri sententia res ei ablata sit, *l. non tamen* 24. *l. si dictum* 56. §. *si compromisero* 1. *ff. h. t. l. si cum quæstio* 17. *C. h. t.* arg. *l. si minores* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*; Mangilius *de eviction. quæst.* 13. *n.* 1. & *seqq.* & *quæst.* 199. Si emtor victus, absente venditore, non appellaverit, aut appellaverit quidem, sed deseruerit appellationem: contra quam obtineret, si auctor præsens fuisset: quippe cui tunc appellationis officium incumbit, si appellandum putet, *l. Herennius* 63. §. 1. 2. *ff. h. t.* Si emtor competentes sibi vel auctori exceptiones non opposuerit sciens extraneo agenti, atque ita succubuerit, arg. *l. si obligata* 19. *l. emtori etiam* 28. *C. h. t.* Si possessionem sua culpa amiserit, cum potuisset illam retinere, ac postea agens recuperare non potuerit, dum forte termini erant, quibus rem retinere quidem, at non utiliter petere jura permittunt, *l. si rem, quam* 29. §. 1. *ff. h. t.* si cum venditor admonuisset emtorem; ut certa ageret actione ad rem amissam recuperandam, emtor id facere supersederit, *l. si cum venditor* 66. *ff. h. t.* si victus quidem sit emtor, sed antequam res ei auferretur, auctor litis æstimationem evincenti præstiterit, sive esset ab emtore constitutus in rem suam procurator, *l. si servus* 21. §. & *ideo* 2. *ff. h. t.* sive non, arg. *l. evictus autem* 35. *ff. h. t.* Si emtor, cum potuisset rem usucapere, non ceperit, & ob id res evicta sit, *l. si dictum* 56. §. *si cum* 3. *ff. h. t.* vel rem pro derelicto habuerit, *l. ult. ff. h. t.* vel locum emtum religiosum fieri passus sit, *l. si per imprudentiam* 51. §. *si quis* 2. *ff. h. t.* vel ei ad rem recuperandam agenti obstent exceptiones ex propria, non venditoris, persona objectæ, *l. hoc jure* 27. *ff. h. t.*

31. Quod si venditor tantum vendiderit *incertum juris*, si quidem bona fide id egerit, dum dubitabat quidem de jure suo, sed certam alienæ rei scientiam ac conscientiam non habebat, de evictione, quæ forte postmodum secuta est, haud tenetur; ac ne ad id quidem, ut pretium reddat, *l. quod si in* 10. *l.* 11. *ff. de hered. vel act. vend.* Hugo Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 14. *num.* 27: sin sciverit, rem ad se non pertinere, & tamen ita vendiderit, ex dolo suo non ad pretii tantum restitutionem, sed & ad id quod interest in pœnam doli, secuta evictione, damnandus est, *l. hoc autem* 12. *ff. de hered. vel act. vend.* junct. *d. l.* 10. & 11. *eod. tit. l. ex emto* 11. §. *ult. in fine ff. de act. emti.* Quod si, cum venditor non incertum juris sui, sed simpliciter rem venderet, nominatim id egerit, *ne de evictione teneatur*; evicta re, non quidem id quod interest solvere compellitur, *l. emti actio* 21. *C. h. t. d. l.* 11. §. *ult. in med. ff. de act. emti*, nisi & hic sciens alienum vendiderit, *l. tenetur* 6. §. *ult.* & *d. l.* 11. §. *ult. in fine ff. de act. emti*, sed tamen ad pretii accepti restitutionem obstrictus est, quia bonæ fidei contractus hanc non patitur conventionem, ut emtor rem amitteret, & pretium venditor retineret, *d. l.* 11. §. *ult. in med. ff. de act. emti*, Neostadius *curiæ supr. decis.* 63. Confer Mangilium *de eviction. quæst.* 163. *n.* 1. & *seqq.* nisi emtor scivisset, rem alienam esse, & tamen pactum tale a venditore apponi passus esset; cum ita neutiquam ab alio captus videri possit, sed magis semetipsum decepisse, aut saltem habuisse pretii in omnem eventum donandi propositum, arg. *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.*

32. Qua occasione generalius adnotandum, eum, qui sciens emit rem alienam, nullam quidem de evictione actionem habere ad id quod interest, si non specialiter sibi de evictione caveri curaverit, *l. si fratres* 7. *C. commun. utriusque judicis*, *l. si fundus sciens* 27. *C. h. t. l. apud Celsum* 4. §. *item Labeo* 5. *ff. de doli mali & met. except.* verumtamen scientiam alienæ rei in emtore non impedire, quo minus, evictione secuta, pretium quod dedit recuperet; cum iniquum sit, venditorem cum detrimento emtoris locupletari, arg. *l. ult. C. commun. de legatis*, *novell.* 7. *cap. quia vero* 5. *pr.* & §. 2. *l.* 1. *C. si vendito pignore agatur*, Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 19. Perezius *C. h. t. n. quæritur, an.* 25. Caballinus *de eviction.* §. 5. *n.* 32. Si enim is, qui rem ecclesiasticam, alienari per leges vetitam, sciens emit aut ex permutatione accepit ab œconomo, pretium ab œconomo recuperare possit; si is, qui sciens rem restitutioni obnoxiam, atque ita a testatore alienari prohibitam, sciens emit, ablata re pretium a venditore jure reposcat; si denique pignoris emtor, qui in præjudicium debitoris cum creditore collusit dolo malo, pretium recipiat, ibi res ei in subsidium aufertur; secundum *d. leges*: ratio non est, cur non æque, imo longe magis, is, qui sciens rem alienam comparavit, eadem evicta, pretii haberet repetitionem: præsertim si consideres, peccare eos, qui rem Ecclesiæ, aut fideicommisso obnoxiam, sibi acquirere student, & pœna dignos esse;

non peccare, qui rem alienam emunt, in quantum rei alienæ distractio de jure valet, *l. rem alienam* 28. *ff. de con rab. em.ion.* Quam etiam puto rationem esse, cur is, qui sciens rem alienam emit, efficaciter curare possit, sibi de evictione, caveri juxta *d. l.* 7. *C. commun. utriusq. jud. d. l.* 27. *C. h. t. d. l.* 4. §. 5. *ff. de doli mali & met. except.* nihil tale ex adverso possit, sed, non obstante duplæ stipulatione, solo teneatur pretio recepto contentus esse, qui sciens emit rem tertio ex fideicommissi causa restituendam, *d. l. ult. §. ult. ff. commun. de legatis.* Convenitque hæc sententia ita ex juris Romani fundamentis adstructa, de pretio non obstante emtoris scientia restituendo, etiam hodiernis moribus, ut post alios censet Groenewegen *ad l.* 27. *C. h. t.* Utcunque alibi contra judicatum fuerit, secundum Carpzovium *defin. for. part.* 2. *const.* 34. *defin.* 25. Christinæus *vol.* 4. *dec.* 133. *n.* 13, 14 & multis ab eo allegatis; atque etiam Fachineo *controv. lib.* 2. *cap.* 40. placuerit, hanc opinionem jure civili veriorem esse; sed debili fundamento. Non enim id adstrui potest ex *d. l. si fundum sciens* 27. *C. h. t.* cum illic non de pretio soluto, sed litis impensis repetendis quæstio sit; nam dum ait, eum, *qui sciens fundum alienum comparavit, neque quicquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscere rationem*, verba *quod eo nomine dedit*, ad id quod evictioni nomine datum est, pertinent; at evictionis nomine non pretium sed litis impensæ datæ sunt, quas & ideo emtor, tanquam temerarius litigator ac non obstante rei alienæ conscientia contradictor existens, ferre debuit. Pretium certe non evictionis sed emtionis intuitu datum fuit, antequam ulla emtori lis cœpit moveri; imo licet nunquam evictio sequatur, tamen pretii datio est, atque ita extra omne dubium, evictionis nomini pretium haud dari. Longe minus pro hac dissentientium opinione facit *l. pen. & ult. C. de rescind. vend.* Mulctantur enim illic emtores scientes pretio, quia emerunt lege propter utilitatem publicam venditiones certis personis prohibente. Non etiam multum juvat *l. si fratres* 7. *C. de commun. utr. jud.* quippe quæ scienti quidem actionem in id quod interest aut in duplum ex stipulatu negat, non autem nudam pretii repetitionem. Nec urget denique, quod emtor scienter emens rem jam extinctam ad pretium nihilominus obligetur, & illud jam depensum repetere nequeat, *l. domum* 57. *§. simili* 2. *ff. de contrah. emt.* Etenim, cum quis sciens prudens rem emit alienam, non est præsumendus voluisse pretium donare, sed magis habuisse spem acquirendi dominii, ubi auctor illud acquireret (ita namque vendi res, quas venditor non habet, post certum tempus tradendas, etiam inter mercatores quotidianum est) at si quis emat domum, quam scit exustam esse, præsumi nequit habuisse spem acquirendæ domus, quæ jam esse desierat; ut proinde tali in casu non alia supersit præsumtio, quam quod pretium sponte pro re, quæ non est, nec erit, sed fuit, oblatum donare voluerit, arg. *l. cujus pro errore* 53. *ff. de reg. juris.*

33. Quid vero juris sit si prædium venditum auctoritate Principis publicetur, colligi potest ex iis, quæ tradita in *tit. de peric. & commun. rei vend. num.* 1. *in med.*

34. Denique nec tunc, cum res post venditionem interiit, actioni de evictione locus est, licet de dolo agi possit, si venditoris dolus intercesserit, dum sciens prudens alienam rem vendidit emtori ignoranti, *l. si servus* 21. *pro ff. h. t. l. si quis tibi* 26. *C. h. t.* junct. *l. servus, quem* 30. *§. de act. emti.* Si tamen etiam rei jam extinctæ intuitu evictio locum habere potuerit, dum forte dolus aut culpa interitui causam præbuit, si quidem emtoris dolus arguatur, & is propterea in rei extinctæ æstimationem evincenti condemnatus sit, nullum adversus venditorem regressum habere potest, cum doli proprii pœnam præstiterit & suus cuique dolus non alteri nocere debeat, arg. *l.* 1. *§. plane* 14. *ff. de tutelæ & ration. distrab. l. in condemnatione* 173. *§. unicuique* 2. *ff. de reg. juris*; si vero per venditoris dolum, venditione antiquiorem, causa data sit interitui rei, vel venditor liti assistens impedierit, ne res evincenti reddatur, atque ita illa pendente, forte lite emtori mota, apud emtorem perierit, ac ob id emtor in æstimationem fuerit damnatus, etiam de evictione per actionem ex emto vel ex duplæ stipulatione jure experitur; eoque Paulum puto respicere, cum ait, re extincta sententiam tamen in rei vindicatione sequi debere *propter stipulationem de evictione, l. usique* 16. *ff. de rei vend.*

35. Quod si plures res simul uno pretio sint venditæ, pro numero rerum etiam multiplicatur de evictione obligatio, ac tot dantur de evictione actiones, quot evincuntur species rerum una venditione comprehensarum, *l. cum plures* 72. *ff. h. t.* arg. *l. & si uno* 33. *ff. de act. emti*, &, si una re evicta reliquæ simul uno pretio venditæ adhuc pluris valeant, quam quanti omnes simul, connumerata re evicta, erant distractæ, emtor nihilominus de evictione actionem habet, nec damnum cum lucro compensandum, *l. si duos* 47. *ff. h. t.* Idemque est, si forte, cum fundus centum jugerum venditus traditusque esset, fines longe ampliores monstrati fuerint, ac postmodum evicta parte aliqua, id quod emtori relinquitur, adhuc jugerum centum quantitatem contineat, *l. qui fundum* 45. *ff. h. t.*

TITULUS III.

De Exceptione rei venditæ & traditæ.

SUMMARIA.

1. *Si is, cui res aliena vendita ac tradita, possessionem amiserit, postquam auctor aut qui de evictione tenetur, dominium nactus est, agere potest contra venditorem & tertium possessorem. Cur agat* Publiciana *potius quam rei vindicatione?*
2. *Si emtor rem possideat, venditorem & similes repellit exceptione rei venditæ & traditæ; nisi malit evictionem pati, & post agere de evictione.*
3. *Quibus opponatur hæc exceptio? Ubi de auctoris heredibus & successoribus particularibus, & fidejussoribus, & fidejussorum heredibus ex suo vel defuncti capite rem vindicantibus, & creditoribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt.*
4. *Quibus præter emtorem amplius hæc exceptio detur?*
5. *Quando cesset hæc exceptio?*

1. QUandoquidem confirmato jure alienantis, jus quoque ejus, in quem alienatio inspecto non jure facta erat; primo dominii per venditorem primum quæsiti momento confirmatum fuit,

adeoque dominium ex eo tempore emtori primo adjectum, sine facto aut voluntate ejus auferri non potuit, ideo ei ob amissam possessionem adversus venditorem aut tertium possessorem experiundi, & exceptionem, a reo oppositam, dominii acquisiti replicatione elidendi, facultas est, *l. si a Titio* 72. *ff. de rei vind. l. si a Titio* 2. *ff. h. t. l. apud Celsum* 4. §. *si a Titio* 32. *ff. de doli mali & met. except.* In quibus legibus duabus posterioribus cur *Publiciana actio* huic dicatur emtori primo dari, cum tamen dominii replicationem jam possit opponere ex *d. l.* 72. incertum satis; nisi forte id ideo fieri existimetur, quia emtor hic fictum magis quam verum dominium ex confirmato primi venditoris jure videri potest acquisivisse, arg. *l. stipulatio ista* 38. §. *quæsitum est* 4. *ff. de verb. oblig.* ficti autem dominii intuitu Publiciana datur, §. *namque si* 4. *Inst. de action.* unde & forsitan aliis in legibus huic emtori non dominii sed doli exceptio adversus venditorem agentem accommodatur, *l. vindicantem* 17. *ff. de eviction. l. apud Celsum* 4. §. *si a Titio* 32. *ff. de doli mali & met. except.* Adde Petrum Barbosam *ad l. Lucius* 39. *ff. soluto matrim. n.* 23.

2. Quod si emtor rem etiamnum possideat, & hi, qui de evictione conveniri possunt, ad eam evincendam judicio experiantur, in emtoris arbitrio est, an evictionem pati, & re ablata deinceps victorem actione ex stipulatu in duplum, vel ex emto ad id quod interest, convenire velit, an vero malit rem retinere ac venditorem evincere volentem aliosque similes repellere, sive rei venditæ & traditæ, sive doli mali exceptione; quia improbe facit, rem a se distractam evincere ac contra factum suum venire tentat, æquitate scilicet dictante, ut, quem de evictione tenet actio, eundem longe magis agentem repellat exceptio, *l. vindicantem* 17. *l.* 18. *l. Seja fundos* 73. *ff. de evict. l.* 1. & *passim ff. h. t. l. cum a matre* 14. *C. de rei vind. d. l. apud Celsum* 4. §. *si a Titio* 32. *ff. de dol. mal. & met. except. l. venditrici* 3. *C. de reb. alien. non alienand.* Caballinus *de evictionib.* §. 5. *n.* 2. Cujacius *lib.* 17. *observ.* 18.

3. Opponitur hæc exceptio non tantum venditori primo, sed omnibus illis, qui ab eo causam habentes evincere rem emtori primo annituntur, quales sunt, quibus venditor jam dominus factus eandem rem rursus titulo sive oneroso sive lucrativo concessit, *l. ult.* §. *pari ratione* 1. *ff. h. t. d. l.* 4. §. 32. *ff. de doli mali & met. except. l. si a Titio* 2. *ff. h. t. l. si a Titio* 72. *ff. de rei vindic.* Sed & heredi venditoris recte opponitur *d. l. ult.* §. *pari ratione* 1. *ff. h. tit.* sive defunctus ipse, dum adhuc superstes erat, dominium adeptus sit, & ex defuncti capite experiri heres cupiat, sive heres ipse rei per defunctum venditæ dominus fuerit, *l. sive possessio* 14. *C. de eviction. l. cum a matre* 14. *C. de rei vindic. l. venditrici* 3. *C. de reb. alienis non alienand. l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* ut tamen posteriore casu non ultra repelli possit heres rem suam vindicans, quam pro qua parte venditori successit, *d. l. cum a matre* 14. *C. de rei vindic.* Adhæc fidejussoribus, eorumque heredibus, quoties illi ex fidejussoris defuncti persona ac jure rem ab emtore avocare student; non item, si ex suo capite; tunc enim arbitrio eorum leges permiserunt, an rem suam penes emtorem relinquere atque ita de evictione actiones evitare velint, an potius eadem evicta de evictione teneri, dum forte magna in eam ferebantur affectione, *l. ult. C. de eviction.* quod singulare prorsus; cum alioquin ejusdem juris & potestatis esse soleat heres, cujus defunctus fuit. Denique etiam creditoribus, qui jure creditoris pignus distraxerunt, si deinde in veri domini jus successerint, & ex ejus capite ad rem emtori evincendam contendant, hanc exceptionem opponi posse verius est: licet enim talis creditor de evictione non teneatur, ut alibi dictum, non tamen ipse ad pignoris a se distracti evictionem faciendam admittendus est, ne contra proprium factum venire videatur, *l.* 1. *Cod. creditorem evict. pign. præstare non debere l. & si is* 10. *ff. de distract. pign.*

4. Utitur autem hac exceptione in primis quidem emtor, cui res vendita ac tradita fuit, vel vendita quidem, sed non tradita, si modo sine vitio possessionem rei emtor nactus sit, *l.* 1. §. *ult. ff. h. tit.* ac præterea omnes illi, qui causam ab emtore habent, puta heredes ejus, ipsique etiam successores particulares, in quos ab eo res ex lucrativo vel oneroso titulo translata fuit; adeo ut emtor secundus auctori seu venditori primo eam recte objecerit, *l. ult. ff. h. t.* licet emtor secundus adversus auctorem primum ob rem sibi evictam agere nequeat, nisi actiones contra eum ab emtore primo cessæ sint, *l. si res, quam* 59. *ff. de eviction.* legibus scilicet facilius exceptionem atque retentionem, quam actionem indulgentibus.

5. Cessat tamen hæc exceptio, aut saltem replicatione eliditur, quoties in venditore justa vindicandi causa apparet, *l.* 1. §. *ult. ff. h. t.* veluti, si rem quidem vendi mandaverit, sed prohibuerit, ne traderetur, antequam pretium solutum esset, & tamen mandatarius de pretio fidem habuerit; vel si minoris sit vendita res, quam dominus mandaverat, *l.* 1. §. 2. 3. *ff. h. t.* aut si venditor rem a se alienatam vindicet ex officii necessitate, non in suam sed tertii utilitatem, puta tutor rem pupilli a se sine decreto distractam, aliique similes, de quibus actum *tit. de rei vind. num.* 19.

LIBER VIGESIMUS SECUNDUS.

TITULUS PRIMUS.

De Usuris & fructibus & causis & omnibus accessionibus & mora.

SUMMARIA.

1. *Quid sint usuræ, quid distent a fructibus, eo quod interest, & pœna conventionali? Usuræ non ex corporibus sed quantitatibus debentur.*
2. *De divisione usurarum in centesimas & centesimis minores. Quæ fuerit olim usura* unciaria? *quo modo fœneratores olim exactionem iniquam usurarum fecerint? Quæ jure Justinianeo sint usuræ gravissimæ pro personarum diversa conditione? Quibus in casibus centesimæ debitæ? An & si tutores, negotiorum gestores, pecunias in suos usus converterint?*
3. *Quæ nostris moribus sint gravissimæ, quibus in casibus centesimæ adhuc hodie licitæ sint? ubi de usuris trapeziticis & vitalitiis, & iis quæ mercatoribus debentur.*
4. *De secunda divisione usurarum in compensationibus, punitorias & lucratorias. Astruitur, usuras modicas neque naturali rationi, neque æquitati repugnare.*
5. *Si usuræ supra modum conventione comprehensæ sint, debentur usque ad modum legitimum, nec pœna in mutuo ultra debetur. Idem est, si per testatorem heredi sunt testamento impositæ. Quæ pœnæ sint improborum fœneratorum?*
6. *Cujus loci leges spectandæ sint circa quæstionem, an usuræ legitimum excedant modum? & quid, si debitum sit munitum hypotheca immobilium alibi sitorum?*
7. *An, & quando usuræ ex pacto peti possint sine stipulatione? & quid moribus?*
8. *An & quales usuræ debeantur, si quis usuras promiserit sine certa quantitatis designatione?*
9. *Si quis mutuum sub usuris acceperit in bonum, maturius reddere nequit, nisi additis anni totius usuris. Quid juris, si ultra annum retineat?*
10. *In bonæ fidei judiciis usuræ debentur ex mora, non item in stricti juris judiciis, exceptis paucis casibus, ac ne quidem post litem contestatam.*
11. *Moribus usuræ regulariter in nullis judiciis debentur ex mora extrajudiciali; at in omnibus ex mora judiciali. Quid juris nunc sit circa usuras rei judicatæ? In quantas usuras ex mora apud nos condemnatio facienda sit? & quid si varient locorum mores circa usuras, cum debitor & creditor in locis diversis domicilium foverent?*
12. *Recensentur casus, quibus usuræ hodie etiam ex mora extrajudiciali debentur.*
13. *An & sola usurarum præstatione per annos plures continuata introducatur obligatio ad usuras in futurum?*
14. *An usurarum minorum solutio pluribus annis continuata liberet in posterum a gravioribus conventione expressis? Et quid juris, si nullæ usuræ ad tempus solutæ sint?*
15. *Quibus ex causis cesset obligatio ad usuras? An remittenda ob incursum hostium? & quid si debitum usurarium hypotheca immobilium munitum sit?*
16. *An cesset, quando debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per præscriptionem, extinctum sit, aut judex ad sortem quidem sed non ad usuras condemnaverit?*
17. *An sistatur aut impediatur usurarum cursus sola debiti oblatione, an vero consignatione ac depositione opus sit?*
18. *An cesset ex moribus obligatio usurarum, si pecunia debita per tertium sub debitore arrestata sit? An, si emtor pretium retineat sub obtentu imminentis evictionis?*
19. *An usuræ possint sortem excedere? & quid moribus?*
20. *Prohibitæ usuræ usurarum, & anatocismus. Recensentur casus excepti; ubi de creditoribus posterioribus anteriori hypothecario debitum cum usuris offerentibus; emtoribus actionis principalis & usurarum jam debitarum, tutoribus usuras pupillares ab aliis vel a semetipsis debitas in suos usus convertentibus, item de procuratoribus id circa usuras a debitoribus domini exactas agentibus; de negotiorum gestoribus, fidejussoribus &c. usuras pro domino de suo solventibus. An ex annuis reditibus jam debitis novus reditus constitui possit?*
21. *Quid sint fructus? Ex quo tempore debeantur ob moram in stricti juris & bonæ fidei judiciis? Ubi latius de fructibus agendum sit?*
22. *Quid sit* causa?
23. *Quid sit* accessio?
24. *Quid* mora? *Quo modo eam committat creditor? Quis definire debeat, an mora facta sit?*
25. *Quotuplex sit mora? Quid sit mora ex* persona? *An per unam interpellationem inducatur? Quid si non ipsi debitori, sed procuratori aut alteri simili denunciatio facta sit?*
26. *Quid sit mora* ex re? *Diei certi lapsus interpellat pro homine, non item existentia diei incerti aut conditionis.*
27. *Recensentur casus in quibus lex inducit moram* ex re?
28. *Quis sit effectus moræ tum debitoris tum creditoris? An mora unius noceat alteri? An correo debendi? An fidejussori?*
29. *Quibus ex causis quis excusatur a mora? An difficultas præstationis rei, quæ debita, excuset a mora?*
30. *Quibus modis purgetur mora? Ubi de novatione, remissione, mora posteriore, & de casu, quo creditor die obligationi apposito non venit ad locum, in quo solutio facienda.*
31. *Quando moræ purgatio fieri nequeat? Ubi de mora in lege commissoria, in canonis præstatione, in implendo eo, quod sub pœna conventionali agendum erat; item de locatore post moram offerente usum rei locatæ.*

1. QUamvis & usurarum, & accessionum aliarum, & probationum præsumtionumque ingens in jure usus sit, ideoque dignæ singulæ, quæ prolixius

exceantiantur; quia tamen per omnes prope jurisprudentiæ nostræ partes dispersæ sunt, atque adeo plura de hisce in præcedentibus jam tradita ac sequentibus in libris etiamnum tradenda erunt, breviore harum materiarum tractatione defungi me posse in præsenti confido. Usura, ab usu dicta, proprie est quantitas sorti seu principali debito quantitatis accedens, ac consistens in re ejusdem generis, *l. frumenti* 12. *l. oleo* 23. *C. h. t.* & a fructibus in specie sic dictis distinguitur, licet & ipsa fructus civilis sit, ac vicem fructuum obtineat, *l. usura vicem* 34. *ff. h. t. l. si navis* 62. *ff. de rei vindicat.* nec ex corporibus, sed tantum ex rebus fungibilibus seu quantitatibus deberi percipique potest. Unde & in casu, quo aurum vel argentum factum per fideicommissum relictum erat, & in eo præstando mora intervenerat, ac tractabatur, an usurarum ratio habenda esset, Papinianus respondit, si quidem defunctus materiam illam ideo reliquerit, ut, ea distracta, pecunia inde refecta ex fideicommisso solveretur, non oportere frustrationem impunitam esse; si vero ea mente reliquerit, ut his vasis uteretur fideicommissarius, non sine rubore desiderari usuras, ideoque nec exigi, *l. in fideicommis.* 3. §. *ult. ff. h. t.* Nec est, quod objicias, etiam statuarum debitarum nomine, proque auro, & argento & veste usuras deberi, *l. cum quidam* 17. §. *ult. ff. h. t. l. pro auro* 25. *C. h. t.* quamvis enim in *d. l.* 17. §. *ult.* heres ad statuas aut imagines ponendas a testatore damnatus esset, tamen non ante ad usuras incepit obligatus esse, quam ex quo propter moram factum illud positionis imaginum per præsidis officium ac auctoritatem, rescriptis principalibus ei concessam, in quantitatis pecuniariæ debitum conversum fuit, ut patet ex ipsa *l.* 17. §. *ult. ff. h. t.* & apertius ex *l. si legatum* 5. *ff. de operibus publicis.* Et quod attinet *d. l.* 25. *C. h. t.* accipi ea commodissime potest de casu, quo in auro argento ac veste quasi usufructu constituto, fructuarius æstimatis hisce rebus cavet de tanta pecuniæ quantitate reddenda, ubi morietur aut capite minuetur, ex præscripto §. *constituitur* 2. *Inst. de usufructu,* & *l. si vini* 7. *ff. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* ac de eo chirographum facit cum promissione usurarum in casum moræ. Adde *tit. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. n.* 4. Differt autem usura ab eo quod interest, quod plane incertum & arbitrio judicis determinandum, *l. si commissa* 13. *ff. rem ratam haberi, l. centum Capuæ* 8. *ff. de eo quod certo loco,* ac ex mora debetur in omni negotio tum bonæ fidei tum stricti juris, *l. quod si Ephesi* 4. *ff. de eo quod certo loco.* Distat & a pœna conventionali, quæ statim tota debetur ex mora; cum contra pro rata temporis increscant usuræ.

2. Dividitur usura in centesimam, & minorem; centesima est, quæ centesimo mense sortem æquat, quam & drachmalem Græci dixerunt, in quantum singulis mensibus pro usu *minæ* pendebatur *drachma*, quæ centesima *minæ* pars erat. Centesima minor multiplex est, & habita relatione ad centesimam, velut assem, alia bessalis, alia triens, semis, quincunx, quadrans, &c. appellatur, *l. eos, qui* 26. *C. h. t.* unde & Paulus ait, usuras Reipublicæ *usque ad tertiam centesimæ pendi, l. cum quidam* 17. §. *ult. ff. h. t.* An autem hæc usura centesima censenda sit eadem cum usura *unciaria*, cujus Tacitus meminit ex *l.* 23. tabularum, *lib.* 6. *annal. cap.* 16. & Scævola in *l. Titium* 47. §. *præfectus* 4. *ff. de admin. & peric. tut.* an potius per *unciariam* usuram antiquam designata fuerit duodecima usurarum centesimarum pars, adeoque levissima, incertum satis. Pro posteriore sententia multis disputat doctissimus Johannes Fredericus Gronovius *de pecunia veterum, lib.* 3. *cap.* 13. & *in antexegesi prima ac secunda de fœnore unciario & usuris centesimis.* Fœnus certe vetus urbi malum, & ex fœneratorum improborum avaritia populo grave fuisse, legibusque publicis identidem circumscriptum usurarum modum corruptelis contrariis mox violatum fuisse, ac repertos qui duplicatas centesimas, quin & quaternas centesimas in conventionem deducebant, ex Cicerone aliisque constat, ac plenissime tradit Gronovius *d. locis*; Molinæus *de usuris in princ. n.* 41. 42. 44. Rosinus *antiquit. Roman. lib.* 8. *cap.* 20. Pro instituti nostri ratione observasse suffecerit, Justinianeo jure usuram gravissimam fuisse centesimam, eamque non promiscue, sed certis tantum in casibus permissam, de cetero maximam mercatoribus & argentariis fuisse bessalem, illustribus trientem, vulgo semissem, *l. eos, qui* 26. §. 1. *C. h. t. novell.* 1. 6; *cap. quia vero* 4. 5. Centesima autem probata fuit in nautico fœnore seu trajectitia pecunia, & in speciebus id est rebus fungibilibus extra pecuniam numeratam mutuo datis, *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* (licet jure novissimo ex speciebus etiam paulo amplius quam centesima in conventionem deduci potuerint, puta pro modii usu in annum octava modii pars *nov.* 34.) Adhæc ex rebus fungibilibus, in quas reus condemnatus, si intra quatuor menses judicato non satisfaciat, *l.* 2. 3. *C. de usuris rei judicatæ.* Quibus nonnulli ex jure Romano addunt tutores & negotiorum gestores, qui domini absentis aut ignorantis pecuniam, aut pupillarem, in suos converterunt usus, arg. *l. non existimo* 54. *ff. de admin. & peric. tut. l. qui sine usuris* 38. *ff. de negot. gestis.* Quod tamen vix probandum videtur, cum usura maxima in tutoribus in suos usus convertentibus eadem sit cum usura *legitima*, qua scilicet majorem pacisci in eo negotii genere permissum non est, *l.* 1. *C. de usuris pupillaribus*, qualis legitima secundum jus novissimum vulgo non potest semissem excedere, *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* ut proinde per *maximas* usuras *semisses* intelligendæ sint; prout etiam in Basilicis *lib.* 38. *t.* 17. *in princ.* sensus *d. l.* 1. *C. de pupillaribus* ita proponitur, ut, *legitimæ* per *semisses* explicentur: nec id sine ratione, cum Ulpiano quoque, qui Alexandro auctori *d. l.* 1. coætaneus fuit, hoc ita placuisse videatur, dum tutori pecunias pupillares in suos usus convertenti *legitimas* usuras imponens, subjungit, *eum ex ceteris causis secundum morem provinciæ præstiturum usuras aut quincunces aut trientes*; *aut si quæ aliæ leviores in provincia frequententur*, atque ita legitimas non illis opponit, quæ centesimis, sed quæ semissibus minores erant, quincunces puta, aut trientes aut leviores, *l. tutor, qui repertorium* 7. §. *quæ autem* 10. *ff. de admin. & peric. tut.* Et quamvis ei, qui in ædium sibi cum alio communium refectionem de suo impendit, ex Imperatoris Philippi constitutione licuerit centesimas impenditorum usuras a socio repetere, *l. si ut proponis* 4. *C. de ædific. privatis*, id tamen per *d. l.* 26. §. 1. *C. h. t.* generaliter usuras extra casus exceptos ad semisses coarctantem, abrogatum fuisse, verius est.

3. Sciendum interim, moribus nostris usuras vulgares annuatim ascendere non posse ultra decimam sextam sortis partem, quoties in sortis securitatem pi-

gnus constitutum est. Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 29. ibique Groenewegen *in notis*, Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 64. & 88. usuras vulgares pignore non munitas ad septem aut octo annua ex centum, Jacob. Coren *observ.* 4. Groenewegen *ad l.* 26. §. 1. *C. h. t.* sed usuras trapeziticas ex privilegio non esse adstrictas juri communi usurarum modum statuenti; si modo mensæ fœnebris intuitu ac more, non item si aliter, a mensulariis contractum sit. Neostadius *curiæ supr. decis.* 3. vitalitias quoque usuras seu reditus hac vulgata quantitatis usurariæ definitione haud comprehendi, Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 8. atque insuper ex edicto Caroli V. mercatoribus concessam fuisse usuræ centesimæ conventione expressa exigendæ facultatem, 4. *Octobr. anni* 1540. *art.* 8. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 317. Et hoc nititur fundamento, quod is, cui *assecuratio* facta est, quique ex ea causa fiduciariæ solutionis decretum impetravit, cavere teneatur, se soluta cum usuris centesimis restituturum, si per definitivam victus fuerit. *Ordonnantie van Assurantien va Amsterdam art.* 33. quodque generaliter ob moram in solvendis iis, quæ assecurationis intuitu ultro citroque ab assecurante aut assecurato debita, in usuras centesimas condemnatio fiat. Hugo Grotius *manuduct. ad jurispr. Holland. lib.* 3. *cap.* 24. *n.* 34. Extra quos casus peculiares mercatorum causa usurarum intuitu a conditione reliquorum, mercaturam haud exercentium, separanda non est, Groenewegen *ad Grotii manud. jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 29. et *ad. l.* 26. §. 1. *C. h. t. num.* 2. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 2. Appendix decisionum post Resp. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 1. *pag.* 8. *in fine.*

4. Præter hanc primam usurarum divisionem altera a DD. concepta fuit, qua aliæ compensatoriæ, aliæ punitoriæ, aliæ lucratoriæ dicuntur. Compensatoriam appellant, quæ creditori præstatur ratione ejus quod creditoris interest, sua pecunia caruisse, quasi merces pro usu rei fungibilis, adeoque in compensationem lucri, quod ex proprio pecuniæ usu potuisset percipere. Punitoria est, quæ præstatur ob moram a debitore in solvendo commissam, *l. cum quidam* 17. §. *si pupillo* 3. *in fine*, *l. mora fieri* 32. §. *in bonæ* 2. *ff. h. t. l. quæro* 54. *ff. locati*, *l. lecta* 40. *ff. de rebus creditis.* Lucratoriam quidam dixerunt, quæ ex mero mutuationis officio contra naturam contractus lucrum facit, seu ex mutuo, cujus natura est ut sit gratuitum, percipitur. Wesembecius *paratitl. ad Pand. h. t. num.* 5. Sed cum in mutuo, quod gratis datur, beneficium a mutuante præstetur mutuatario per concessionem usus nummorum, æque ac commodans præstat commodatario per datum rerum non fungibilium usum, & usuris præter naturam negotii in conventionem deductis, mutuum tantum desinat beneficium esse, magis est, ut usuras ex mutuo ad justum modum percipiendas compensatorias esse dicamus, quippe cedentes in compensationem lucri, quod pecuniæ dominus ex usu ejus quærere sibi potuisset. Ac proinde rectius illas demum usuras lucratorias appellaverimus, quæ illicitæ ac mordaces sunt, dum legitimum, id est publicis legibus definitum egrediuntur modum, ac iniquitatem acerbitatemque exigendi habent. Moderatæ certæ usuræ pro pecunia mutua data ex conventione præstandæ neque juris naturalis principiis aut æquitati, neque æqualitati in contractibus observandæ repugnant, uti perperam nonnullis visum. Constat enim, liberum fuisse nummorum domino, prædium inde rusticum comparare, atque ex eo fructus colligere, aut urbanum emere, eoque uti, vel utrumque tam urbanum, quam rusticum, alteri certa mercede utendum concedere; liberum quoque fuisse, merces venales ex ea pecunia sibi acquirere, cum lucro rursus aliis vendendas. Dum ergo per mutuum concesso alteri nummorum suorum usu, sese lucri superioris varie captandi facultate privat, aliisque lucrandi præbet occasionem, quidni vicissim ab iis jure paciscatur usuram legitimam, eamque certam, incerti lucri, sed tamen pretio certo æstimari soliti, vicem suppleturam? Spem sane incertam certo acquiriri pretio, jus naturæ ac leges permittunt; nec aliud certa paciscuntur mercede coloni, quam incertum fructuum nasciturorum proventum, non aliud nisi spem fallacem, qui jactum futurum retis a piscatore emunt, aut indaginem plagis positis a venatore; ad pretium præstandum & tunc obstricti, cum nihil omnino aut parum interceptum est. Nec est, quod quis obtendat, sterilem natura pecuniam esse, ideoque nec fructum inde oportere sperari: quæ enim natura sterilis est, usu tamen hominum fertilis est reddita; adeo ut & in pecunia numerata ususfructus ex Senatusconsulto constitui possit; neque absurdum, pro usu rei natura fructum haud ferentis, solvi pretium usus ab eo, cui is in tempus conceditur: nam & domus & statuæ & imagines & supellex & alia plura nullum naturaliter fructum ferunt. Quemadmodum ergo in horum omnium usu utilitas quædam est, quæ mercede certa usui conveniente ex more hominum ac regionum æstimatur; ita quoque pari ratione, postquam in commerciorum commodum inductus fuit nummorum usus, non iniquum fuit, pro concesso aliis eorundem usu certam quandam domino concedenti pendi quantitatem, usuram appellatam, velut mercedem usus dati. Et quamvis in mutuo transeat in accipientem dominium datorum, ideoque nec æquum videri posset ex aliena re fructum capi, considerandum tamen, non alium transeuntis dominii scopum esse, quam ut mutuatarius usum pecuniæ, in abusu seu expensione consistentem, exercere possit; de cetero post tempus eandem redire pecuniam, id est, ejusdem quantitatis, quæ sola quantitas in nummis qua talibus spectatur, perinde uti rerum non fungibilium redit usus ad locatorem; adeo ut nihil re ipsa intersit, utrum domus locata, an mutui nummi suo tempore revertantur aliis similibus nummorum corporibus, quæ restituuntur, per omnia fungentibus datorum vice. Confer Hug. Grotium *de jure belli ac pac. lib.* 2. *cap.* 12. *num.* 20. & *in manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 10. *n.* 22. & *seqq.* & quos magno numero citat Groenewegen *ad rubric. C. h. t.* Neque hic usurarum legitimarum seu modicarum perceptioni repugnat jus divinum, uti post alios plenius docet Hahnius *ad Wesembecii paratitl. Pand. h. t. num.* 5. (*)

(*) Nihil vulgatius quæstione illa diu vexata de illicitis licitisve usuris: Usuras alias compensativas, alias punitivas, alias mere lucrativas optimo jure distinxit Auctor; & quidem compensativas sive Lucri

5. Quod si usuræ supra modum legitimum in conventionem deductæ sint, non plane inutilis est usurarum vel promissio vel præstatio, sed tantum id, quod legitimum excedit modum, si quidem solutum sit, vel restituendum foret, vel sorti imputandum, salva manente licitarum retentione & exactione, ne utile per inutile vitietur, ubi ab inutili potest separari, *l. placuit* 29. *ff. h. t.* Andr. Gayl *l.* 2. *observ.* 4. Neostadius *curiæ supr. decis.* 3. Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 14. *defin.* 7. Jacob. Coren *observ.* 4. sive palam usuræ majores, quam par est, conventione comprehensæ sint, sive per interpositas personas id actum fuerit, dum forte illustris per mercatorem fœnus exercens bessales stipulatur, qui suo ex capite non nisi trientes consequi potest, *l. eos, qui* 26. *in fine C. h. t.* sive etiam in casum moræ, in mutuo reddendo committendæ, pœnam quis stipulatus sit, quæ legitimam egreditur usurarum quantitatem, arg. *l. dum non frumentum* 16. *C. h. t.* Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 16. Et usque vero hæc vera sunt, ut, licet ultimarum voluntatum favore multa testatoribus a jure permissa sint, tamen hi heredem damnare non potuerint ad usuras legitimis majores ob moram in legatis certæ quantitatis commissam præstandas, *l. si legatum* 3. §. *ult. ff. de annuis legatis.* Interim improbos fœneratores infamia notatos fuisse, patet ex *l. improbum* 20. *C. ex quib. caus. infam. irrog.* ac tum ex lege duodecim tabul. tum ex Theodosii constitutione in quadruplum damnandos fuisse, evidens est ex *l.* 2. *Cod. Theodos. de usuris,* et Jacobi Gothofredi ibidem adnotatis: adhæc criminibus extraordinariis, & quidem crimini stellionatus, improbum fœnus accenseri, plures volunt, licet alii id negent. Vide Ant. Matthæum *de crimin. lib.* 47. *tit. ult. cap.* 6. Carpzovium *pract. crimin. part.* 2. *quæst.* 92. Responsa Jurisc. Holl. *part.* 2. *consil.* 208. et *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 169.

6. Si alio in loco graviorum usurarum stipulatio permissa, in alio vetita sit, lex loci, in quo contractus celebratus est, spectanda videtur in quæstione, an moderatæ an vero modum excedentes usuræ per conventionem constitutæ sint. Dummodo meminerimus, illum proprie locum contractus in jure non intelligi, in quo negotium gestum est, sed in quo pecuniam ut solveret, se quis obligavit, *l. aut ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & action. exigere* 65. *ff. de judiciis.* Modo etiam bona fide omnia gesta fuerint, nec consulto talis ad mutuum contrahendum locus electus sit, in quo graviores usuræ, quam in loco, in quo alias contrahendum fuisset, probatæ inveniuntur, arg. *l.* 1. *ff. h. t. l. si fundus* 6. *ff. de eviction. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur. l.* 1. §. *in honorariis* 10. *ff. de extraord. cognit.* Andr. Gayl *lib.* 2. *observ.* 8. *n.* 5. 6. etiamsi de cetero hypotheca, in sortis et usurarum securitatem obligata, in alio loco sita sit, ubi solæ leviores usuræ permissæ; cum æquius sit, contractum accessorium regi ex loco principalis negotii gesti, quam ex opposito contractum principalem regi lege loci, in quo accessorius contractus celebratus est. Burgundus *ad consuet. Flandr. tract.* 4. *num.* 10. Ant. Matthæus *de contractib. disput.* 35. *th.* 9.

7. Debentur usuræ vel promissæ vel non promissæ. Promissæ regulariter secundum jus Romanum non aliter peti potuerunt in stricti juris judiciis, quam si in stipulationem deductæ fuissent; nam si pacto tantum comprehensæ essent, solutarum quidem tanquam naturaliter ex pacto debitarum retentio permissa fuit, uti et retentio pignorum pro usuris ita promissis obligatorum; ut petitio seu exactio usurarum non item, *l. quamvis usura* 3. *l.* 4. *l. creditor* 7. *l. pignoribus* 22. *C. h. t. l. solutum* 11. §. *si in sortem* 3. *ff. de pignorat. act. l. Titius* 24. *ff. de præscript. verbis,* nisi res aliæ præter numeratam pecuniam mutuo datæ fuissent, *l. frumenti* 12. *C. h. t.* vel usuræ civitati ex pacto promissæ, *l. etiam* 30. *ff. h. t.* vel fisco, *l. Herennius* 43. *ff. h. t.* argentariis, *novell.* 136. *cap. insuper* 5. vel ex trajectitia pecunia, *l. periculi pretium* 5. §. 1. *l. in quibusdam* 7. *ff. de nautico fœnore.* Quarum exceptionum ratio respectu quidem civitatum, fisci, trajectitiæ pecuniæ, & argentariorum, petenda videtur ex speciali favore fisci, civitatum, utilitatis etiam publico obvenientis ex negotiatione maritima, nec non necessario argentariorum usu: quippe quorum officium ac ministerium publicam causam habebat, uti mensa publicam fidem, *l. argentarius* 10. §. *ideo* 1. *ff. de edendo, l. si ventri* 24. §. *in bonis* 2. *ff. de rebus auctorit. jud. possid. l. si hominem* 7. §. *pen. & ult. l.* 8. *ff. depositi.* Hordei vero vel frumenti intuitu id ita placuisse probabile est, quia plerumque illud mutui genus inter rusticos, stipulationum & formularum imperitos, magisque simplicitati ex jure gentium in pactis spectandæ studentes, celebrari solebat. Nam quamvis incerti pretii ratio induxerit, ut in fructibus mutuo datis additamentum usurarum ejusdem materiæ admitteretur, *l. oleo* 23. *C. h. t.* non tamen etiam, ut illud ex pacto peti posset. Sed cum moribus hodiernis generaliter ex nudo pacto actionem dari tralatitium sit, ut dictum *t. de pactis,* consequens est, parum nunc interesse, utrum pacto an stipulatione usuræ promissæ sint, ad id, ut exactio earum fieri possit. Groenewe-

---

cessantis, sive damni emergentis, sive periculi proximi Juris utriusque Consulti licitas docent; addunt & licitas quoque, punitivas moraee culpabilis in pactum deductae, modo non excedant culpae gravitatem, nec in fraudem inducantur; at mere lucrativas, quibus exigendis nulla suppetit caussa, nullus titulus, nulla ratio, sed lucri cupido tantum praesto sit, licitas jure quis dixerit, cum nullum jus in hypothesi suffragetur? Leges Imperiales in eo totae fuerunt, ut cupiditatem lucri si minus extinguerent, minuerent tamen ad offensionem justitiae publicae vindicandam. At Canones e regione in id intenti semper fuere, ut cupiditatem hanc non circumscriberent, sed extirparent prorsus atque abigerent; hinc leges quavis aetate Usuras contrahunt plus minus variantque; at Canones quavis aetate non contrahunt, sed prohibent, atque omne sortis augmentum e medio tollunt. Videre id licet ad oculum, collatis quovis seculo Legum et Canonum statutis: cum non omne mutuum careat titulo, neo omnis contractus sit mutuum, hinc et extra mutuum et in mutuo ipso non vi mutui sed alterius tituli, augmentum sortis est licitum; in quo tantum locum habet quod Auctor disserit.

gen *ad l.* 22. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 17.

8. Quod si usuræ in conventionem quidem deductæ sint, sed sine certa quantitate; etsi nonnullis placuerit, nihil inde peti posse; magis tamen est, ut tum jure Romano, tum præcipue hodierno ad eam quantitatem obligatio usurarum contracta intelligatur, quæ ex more regionis, in qua conventio celebrata, præstari solet: eo quod secundum Ulpianum *semper in stipulationibus & in ceteris contractibus sequimur quod actum est, aut si non pateat quid actum sit, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur, & si neque regionis mos appareat, quia varius fuit, ad id, quod minimum est, redigenda summa est, l. semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. juris*, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 7. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *t.* 14. *defin.* 3. Groenewegen *ad l.* 31. *ff. h. t.* Nec huic contrarium est, quod idem Ulpianus habet, *quod in stipulatione sic adjectum est*, usuras, si quæ competierint, *nullius esse momenti, si modus certus non adjiciatur, l.* 31. *ff. h. t.* Cum illic stipulatio concepta non sit de usuris in futurum præstandis, sed de præteritis, iisque non certo debitis, sed incertis, puta, *si quæ competierint*, ut proinde mirum non fuerit, nihil ex illa stipulatione incerta peti, quamdiu de debita certa usurarum quantitate probatum non est. Non etiam adversatur *l. tutor* 41. *§. ult. ff. t.* ubi Modestinus respondit, ex formula, *scripsi me accepisse & accepi ab illo mutuos & numeratos decem, quos ei reddam Calendis illis proximis, cum suis usuris placitis inter nos*, usuras peti non posse, si non appareat de quibus usuris conventio facta sit. Considerandum enim, non fuisse ibi simpliciter de præstandis usuris conventionem interpositam, sed certam usurarum quantitatem placito partium fuisse definitam; cumque scriptura de ista conventione deinceps concepta esset, nec tamen instrumento inserta appareret usurarum quantitas placito partium determinata, non potuit ex illo instrumento usurarum petitio moveri, nec debitor in usuras ex more regionis præstari solitas damnari, tum, ne forte vel in minus vel in plus, quam placuerat, condemnatio sequeretur, tum quia illa obligatio ad usuras ex more regionis præstandas tantum usum invenit, cum inter contrahentes nihil certi circa usurarum quantitatem conventione constitutum est. Dissentit Donellus *ad l.* 3. *C. h. t. n.* 2. 3. 4. Respons. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 273.

9. Quisquis autem mutuam pecuniam in annum accipiens, se sortem cum usuris anno elapso restituturum promisit, maturius sortem reddere non potest, nisi additis simul anni totius usuris, nec liberari potest, eas solvendo pro rata temporis, quo forte usus est, cum pecuniæ fœnebri dies appositus initio saltem inspecto magis in creditoris gratiam videatur additus: contra quam in gratuito pecuniæ usu concesso dicendum foret. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 31. Groenewegen *ad l.* 122. *ff. de verb. oblig.* Adde *tit. de reb. creditis n.* 20. Plane si ultra anni spatium retineat debitor usum sortis, etiam pro rata temporis usurarum conventarum cursus perdurat; eo modo, quo in rerum non fungibilium locatione post finitum primum locationis tempus ex tacito contrahentium consensu locatio cum onere ejusdem mercedis continuata intelligitur, juxta *l. item quæritur* 13. *§. ult. ff. locati*, cum usura nihil aliud sit, quam merces quædam pro temporario nummorum usu pendenda, ut supra dictum. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *const.* 10. *defin.* 5. Groenewegen *ad l.* 7. *C. h. t.* Leeuwen *cens. forens. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 20. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 24. *def.* 1. Sande *dec. Fris. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4.

10. Hactenus de usuris promissis: non promissæ debentur ac peti possunt ex mora in bonæ fidei judiciis, sive mora ex re fuerit, sive mora ex persona, *l. mora fieri* 32. *§. in bonæ* 3. *ff. h. t.* junct. *l.* 1. *§.* 1. *ff. h. t. l. curabit* 5. *C. de act. emti, l. initio* 5. *C. de pactis inter emt. & vendit.* eum constitutum sit, in bonæ fidei judiciis, quantum ad usuras attinet, ut in eas fiat condemnatio, tantundem posse officium arbitri, quantum stipulatio, *l. Lucius Titius* 24. *ff. depositi.* In stricti juris judiciis eas neque ex mora extrajudiciali, neque ex mora judiciali, adeoque nec post litem contestatam deberi verius est, *l.* 1. *C. de condict. indeb.* arg. *l. quamvis usuræ* 3. *C. h. t. l. Titius* 24. *ff. de præscript. verbis, l. idemque* 10. *§. si quis Titio* 4. *ff. mandati*, nisi in solvendis legatis aut fideicommissis, quæ actione ex testamento stricti juris petuntur, mora intervenerit, *l. in fideicommissi* 3. *§. ult. l. usuræ vicem* 34. *ff. h. t.* vel in judicato satisfaciendo ultra quatuor menses a lata sententia, *l. eos, qui* 2. *&* 3. *C. de usuris rei jud.* (in quo tamen aliud moribus nostris obtinere, monetur *in seqq. h. t. num.* 11.) vel fisco quantitas debeatur, *l. cum quidam* 17. *§. fiscus* 5. *ff. h. t.* Nec his adversatur, quod Paulus libro quinquagesimo septimo ad edictum scripsit, *lite contestata usuras currere, l.* 35. *ff. h. t.* sensus enim est, usurarum ante vel ex conventione, vel ex mora in bonæ fidei judiciis, inductum cursum non sisti per subsecutam litis contestationem; quod & a Pomponio non obscure traditum in *l. cum stipulati* 90. *ff. de verb. obligat.* Quamvis enim per novationem ex partium libera voluntate interpositam usuræ currere desinant, teste eodem Paulo, *l. novatione* 18. *ff. de novation*, non tamen ita per novationem illam, quæ ex necessitate per litem contestatam fiat, quia non solet deterior fieri conditio illorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior, *l. non solet* 86. *l.* 87. *ff. de reg. juris.* Neque improbabile, verba *d. legis* 35. *& d. l.* 18. continuata serie a Paulo fuisse scripta, hoc modo, *novatione legitime facta liberantur hypotheca & pignora, usuræ non currunt, l.* 18. *at lite contestata usuræ currunt, l.* 35. utraque certe Pauli est, utraque ex *libro* 57. ad edictum deprompta. Nec novum, ita necessariæ ac voluntariæ novationis differentes effectus, continuata serie in jure proponi: nam & Ulpianus circa pignoris liberationem scripsit, *solutum non videri, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit: novatam autem debiti obligatione pignus perimere, l. solutum* 11. *pr. & §.* 1. *ff. de pignor. act.* & ipsum quoque Paulum alibi eadem methodo in enarrandis voluntariæ ac necessariæ novationis differentiis processisse, patet ex *l. aliam causam* 29. *ff. de novation.* Non etiam obstat, quod fructus post litem contestatam debentur in stricti juris judiciis, usuræ autem vicem fructuum obtinent, & merito a fructibus non debent separari, *l. videamus* 38. *§. si actionem* 7. *ff. h. t.* junct. *l. usuræ vicem* 34. *ff. h. t.* Etenim, licet in eo tertio cum

fructibus usuræ comparentur, quod ex mora debeantur in bonæ fidei negotiis, uti ipsa *l.* 34. aperte significat, in ceteris tamen, atque adeo etiam in stricti juris judiciis, dispar ratio est. Minus urget, quod in stricti juris contractibus post litem contestatam omnis causa restituenda sit, seu id omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutio facta fuisset *l. cum fundus* 31. *ff. de reb. credit*. Non enim sub causa continentur usuræ, de quibus certo asseri nequit, actorem eas post litem contestatam fuisse percepturum; cujus rei argumentum est, quod licet malæ fidei possessor omnes fructus, etiam consumtos ac percipiendos, quos petitor honeste percipere potuisset, reddere domino vindicanti teneatur, *l. si navis* 62. §. 1. *ff. de rei vindic*. tamen ex pecunia, quam non attigit, seu qua usus non est, ad usuras condemnandus haud sit, *d. l.* 62. *pr. ff. de rei vind. l. item veniunt* 20. §. *Papinianus* 14. *ff. de petit. hered.* idque quia fructus sine suo potuit periculo percipere, dum res, ex qua fructus colliguntur, domini periculo est; at, ut usuras percipiat, sortis periculum subire deberet, cum pecunia periculo dantis fœneretur, *d. l.* 62. Adde *tit. de petit. hæred. num.* 15.

11. Nostris vero moribus, quibus magna ex parte non ita anxie servantur illæ, quæ ex jure civili inter bonæ fidei & stricti juris judicia inductæ fuerant differentiæ, regulariter ex sola mora extrajudiciali usuræ nec in bonæ fidei nec in stricti juris negotiis adjudicandæ sunt; post litem vero contestatam utrobique omnino Groenewegen *ad l.* 37. 33. *de neg gestis*, & *ad l.* 11. *C. de contrab. & commit. stipulat.* Appendix decisionum *post resp. Jurisc. Holl. par.* 3. *vol.* 1. *pag.* 9. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 24. *def.* 33. Carpzovius *defin. for. part.* 2. *constit.* 30. *defin.* 17. Plane, si sententia judicis condemnatio ad usuras comprehensa non sit, neque statim a lata sententia, neque post lapsum mensium quatuor, usuræ nunc currere incipiunt, sed demum, si dilata intra annum fuerit executio sententiæ, & ob id reus condemnatus iterum ex more vocatus fuerit ad id, ut videat, nova executionis mandata contra se decerni, Neostadius *curiæ supr. decis.* 33. Groenewegen *ad l. ult. C. de usuris rei judicatæ*, Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 33. *num.* 5. Quantitas autem usurarum, in quas ex mora judiciali condemnatio fit, videtur definienda ex more regionis, arg. *l. cum servus* 39. §. *fructus* 1. *ff. de legatis* 1. *l.* 1. *ff. h. t. l. tutor, qui* 7. §. *quæ autem* 20. *ff. de admin. & peric. tut.* & quidem penes nos præcipue ex illo usurarum modo, quem respublica nomine sortium debitarum promittere ac solvere consuevit. Unde licet eo tempore, quo Groenewegius & alii scripserunt, in quincunces usuras ex mora judiciali rei soliti fuerint condemnari, quia & tantæ per ærarium publicum tunc pendebantur; tamen quia nunc solæ trientes solvuntur a Republica, etiam in eas tantum, velut in regione maxime frequentatas, condemnationem sequi, æquum videtur. Vide Groenewegen *ad l.* 26. §. 1. *h. t.* Quod si debitor ac creditor diversis in locis, vario circa usurarum quantitatem jure utentibus, domicilium foveant; magis est, ut in adjudicandis ex mora usuris mos servetur loci illius, in quo debitor commoratur, & in quo maxime ad solvendum id, quod debetur, conveniri ac compelli potest, arg. *l. tutor, qui* 7. §. *quæ autem* 10. *in fine ff. de admin. & peric. tut.* Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 145. *q.* 9. nisi alius solutioni faciendæ locus expresse vel tacite obligationi adjectus sit, arg. *l. at ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctoris. jud. possid. l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act.*

12. Sunt tamen casus nonnulli, in quibus etiam secundum usum fori hodiernum ex sola mora extrajudiciali reus ad usuras condemnari potest; puta, si ex causa negotiationis majoris seu mercium non minutim sibi venditarum ac traditarum debens, morator extiterit, aut, cum ex more mercatoribus frequentato ultra citroque plura deberentur, frustratoria dilatione is, qui major est debitor, pariationem ad dignoscendam residui debiti quantitatem facere tergiversatus est, Groenewegen *ad Grotium manud. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 73. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 1. *cons.* 303. *in fine*, Adde Molinæum *de usuris n.* 548. & generaliter, si emtor sit in mora solvendi pretii post terminum solutioni præfinitum, licet neque de usuris præstandis quicquam convenerit, neque ex re vendita tantos fructus perceperit aut potuerit percipere, quantum usurarum nomine ex more regionis solvendum est: cum æquitas non patiatur, eundem emtorem eodem tempore & fructus rei & usuras pretii sibi lucrari, *l. curabit* 5. *C. de act. emti*, *l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. & 21. *ff. de act. emti*, *l. usuras emtor* 2. *C. h. t.* Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 24. *defin.* 6. *in fine*. Molinæus *de usuris n.* 552. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *const.* 30. *defin.* 6. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 8. Groenewegen *ad l.* 12. *C. de contrahend. & committ. stipul.* Leeuwen *cens. for. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 14. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 411. Quin &, si emtor rei venditæ evictionem passus sit, non ad pretii tantum soluti restitutionem recte egerit, sed & ad usuras ejus a tempore factæ evictionis, Neostadius *curiæ supremæ decis.* 68. Adhæc in legatorum ac fideicommissorum persecutione, idque favore ultimarum voluntatum, quas exitum sortiri publice interest, *l. vel negare* 5. *ff. testam. quemad. aper. inspic. & descr.* Groenewegen *ad l.* 1. *C. de usuris & fructibus legatorum*. Idemque pupillorum & similium personarum miserabilium favore obtinere volunt convenienter Romani juris principiis, si tutor, curator, Ecclesiæ œconomus aliique similes pupillorum, aut adultorum, aut Ecclesiæ ac piorum locorum pecunias in suos usus converterint. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. & *par.* 4. *consil.* 317. de quibus plenius suis locis. Denique etiam in actuario seu graphiario, qui nummis apud se publice depositis usus est, Groenewegen *ad l.* 2. & 4. *C. depositi*.

13. Nuda autem usurarum præstatio per annos plures continuata, sine præcedente alia obligationis usurariæ causa, non inducit obligationem ad eas in posterum præstandas; *l. creditor* 7. *C. h. t. l. si certis* 28. *C. de pactis*, Menochius *de præsumt. lib.* 3. *præs.* 131. *num.* 54. Neostadius *de pact. antenupt. observ.* 21. *in notis in fine*. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *def.* 4. Ant. Faber *C. lib.* 8. *tit.* 4. *def.* 7. Quibus contradicere prima specie videtur Papinianus in *l. cum de in rem verso* 6. *ff. h. t.* sed penitius considerata lege, apparet, non illic de eo quæstionem esse, an usuræ in posterum solvendæ essent, sed potius, per quem. Filius nempe eas promiserat; pater longo tempore solverat; ex ea solutione diutius per patrem continuata præsumtio nascebatur, sortem, cujus intuitu

usuræ & promissæ & solutæ fuerant, in rem patris fuisse versam, indeque concluditur, recte per actionem de in rem verso heredes patris a creditore conveniri. Juvatque hanc interpretationem ejusdem *legis sexta paragraphus prima*, principio cohærens, in quo itidem non quærebatur, an usuræ dotis aut dos ipsa esset debita, sed a quo, & definitur, filiæ Flavii Athenagoræ, cujus bona publicata erant, de fisco decem millia dotis nomine numeranda esse ideo, quia pater, qui ad dotem filiæ dandam ex officio paterno obligatus erat, illius quantitatis usuras ipse solverat. Cum enim alioquin dubium sæpe esset, an pater dotem filiæ constituens, eandem de suis an magis de filiæ bonis videretur constituisse, secundum ea quæ occurrunt in *l. ult. C. de dotis promissione*, nunc ex eo, quod pater dotis promissæ usuras solvisse probabatur, etiam conjectura capiebatur, dotem non ex filiæ sed patris ipsius rebus fuisse constitutam, ac proinde fiscum, ex publicatione successorem patris promittentis, ad eam quantitatem devinctum esse. Non etiam obstat *l. 1. C. de fideicommissis*, non enim illic de usurarum præstatione, sed annuo alimentorum fideicommisso agitur, quod dum tertium præstat heres, defuncti voluntatem minus perfectam rebus ipsis ac factis declarato consensu intelligitur ratam habuisse, suadente inter alia etiam alimentorum favore talem ratihabitionis interpretationem. Vide Menochium *de præsumt. d. lib. 2. præs. 131. n. 5.* Brunnemannum *ad d. l. 1.*

14. Non tamen inficias eundum, quin tacitum inducatur pactum de præstandis in posterum usuris levioribus, si annis pluribus leviores sint præstitæ, quam erant promissæ, creditore haud ignaro, majores deberi, ne alias error excludat consensum, *l. adversus 5. l. quamvis Bassa 8. C. h. t. l. qui semisses 13. ff. h. t.* Groenewegen *ad l. 5. C. h. t.* eo quod leges magis ad liberandum quam ad obligandum proniores sunt, *l. Arrianus 47. ff. de oblig. & act.* Aliud dicendum foret, si nullæ usuræ longiore tempore fuerint exactæ aut præstitæ, cum nulla de cetero earum remittendarum ratio aut præsumtio appareret: tunc enim & præteritas, in quibus mora facta, jure peti, & futurarum suo tempore exactionem patere, certum est ex generalibus juris principiis, secundum quæ liberum actori est, quando agere, quando petitionem differre velit, si modo tempora præscriptioni actionum præfinita elabi non patiatur, *l. 5. §. ult. ff. de doli mali & met. except.* Quod si appareat, ideo creditorem usuras annis pluribus non exegisse, ut gratior apud debitorem esset, in futurum quidem remissæ haud censentur, sed in præteritum parum juste earum fieri exactionem, D. Pius rescripsit, *l. cum quidam 17. §. Divus 1. ff. h. t.* nam &, qui dat ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, aut amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non potest, opinione licet falsa deceptus, *l. dedi tibi 3. §. sed si servus 7. in fine ff. de condict. caus. data*, arg. *l. si repetendi 7. C. de condict. ob caus. dat.*

15. Cessat usurarum obligatio, si a creditore remissa sit. Et quamvis ob insolitam sterilitatem, inundationem, incursum hostium, & alias similes calamitates compelli locatores possint, ut vel totam mercedem illius temporis, vel partem, conductori remittant, & hoc quoque in annuorum redituum mere realium debito ratione non improbabili defendi posse videatur; in usuris tamen debiti sive chirographarii, sive etiam immobilium hypotheca muniti, neque jus civile ex causis suprascriptis remissionem fieri præcepit, neque usus hodiernus id ipsum difficillimis reipublicæ temporibus induxit, sed tantum aliquam solutionis dilationem, aut graviorum usurarum ad vulgares pro illo tempore reductionem, de quo pluribus Abr. a Wesel *de remiss. mercedis cap. 9.*

16. Cessat quoque, si debitum principale per solutionem sine additamento usurarum, aut per præscriptionem extinctum sit, *l. qui per collusionem 49. §. 1. ff. de act.* emti, arg. *l. ult. ff. de eo quod certo loco*, cum sublato principali tollatur accessorium, ac is, cui solutum, in sua habuerit potestate, ut id, quod solvebatur, prius in usuras acciperet, & reliquum in sortem, *l. in his vero 5. §. ult. ff. de solution, l. si usuras 21. C. h. t.* Idemque est, si judex in condemnando sortem quidem adjudicaverit, usurarum autem adjectionem ex natura negotiorum bonæ fidei non fecerit, neque ab ea sententia appellatum sit. Non enim ultra tunc de usuris creditor experiri potest, quia non duæ actiones sunt, altera sortis, altera usurarum, sed una; ex qua condemnatione facta, iterata actio rei judicatæ exceptione repellitur, *l. si deposita 4. C. depositi, l. in bona fidei 13. C. h. t.* Quæ vera, si ex sola mora adeoque judicis officio debita fuerint, *d. l. 49. §. 2. ff. de act. emti, d. l. 4. C. depos. d. l. 13. C. h. t.* Nam si ex stipulatu, etiam perempta sortis obligatione ad usuras actio superest; eo quod duæ tunc obligationes principales intelliguntur, altera certi, altera incerti, sortis altera, altera usurarum, *l. ubi autem 73. §. pen. ff. de verbor. obligat. l. 1. C. de judiciis*, arg. *l. centum Capuæ 8. ff. de eo quod certo loco.* Nec aliud statuendum videtur, si usuræ in conventionem fuerint deductæ per pacta a lege firmata, vel etiam contractui bonæ fidei in continenti adjecta, ideoque actionem ad usuras petendas secundum id, quod superius traditum, producentia; cum non minor pactorum talium, quam stipulationis vis sit, arg. *l. legitima 6. l. juris gentium 7. §. quin imo 5. ff. de pactis, l. in bonæ fidei 13. C. de pactis.* Sande *decis. Frisic. lib. 3. tit. 14. defin. 10.* Carpzovius *defin. for. par. 2. constit. 30. defin. 12. & 13.* Sim. van Leeuwen *cens. for. par. 1. l. 4. cap. 4. n. 29. 39.* aliique *ibid. citati.* Neque hæc jure novissimo per Justinianum mutata in *l. eos, qui 26. pr. C. h. t.* qua generaliter videtur constitutum, *eos, qui principali actione per exceptionem triginta vel quadraginta annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstionem, dicendo, ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non ad triginta vel quadraginta annos præteritos referuntur, asserendo, singulis annis earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente, satis supervacuum esse, super usuris vel fructibus adhuc judicem cognoscere.* Etenim satis commode legem illam acceperimus de usuris non ex conventione, sed sola mora debitis; maxime, cum jungantur fructibus, quos non ex conventione sed mora deberi patet ex *l. videamus 38. pr. & §§. seqq. ff. h. t.*

17. Utrum autem sola sortis & usurarum, quarum dies cessit, oblatione sistatur usurarum concursus, an vero consignatione ac depositione opus sit, distinctione definiendum est: si enim usuræ tantum propter moram ex persona, quæ per interpellationem

introducitur, currere cœperint, sola quoque oblatione debiti legitime facta, quasi interpellatione contraria, moram priorem purgante, currere desinunt, cum nihil tam naturale sit, quam unumquodque eo genere dissolvi, quo colligatum est, arg. *l. si servum stipulatus* 91. §. *sequitur* 3. *ff. de verbor. oblig.* junct. *l. nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* Si vero ex conventione aut mora ex re fuerint debitæ, præter oblationem consignatio etiam ac depositio necessaria est, *l. si per te* 9. *l. acceptam* 19. *C. h. t. l. tutor pro* 28. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut. l.* 1. §. *ult. l. debitor.* 7. *ff. h. t.* ut tamen depositionis loco habeatur, si debitore depositionem minitante, creditor profiteatur, se pecuniam habere pro consignata, Sande *decis. Fris. lib.* 3. *t.* 14. *defin.* 13. Cumque secundum mores hodiernos ex sola mora ex persona seu interpellatione extrajudiciali non soleant usuræ currere, sed ex conventione, vel mora ex re quibusdam in casibus juxta superius observata *n.* 11. non mirum, quod a Groenewegio *ad l.* 6. *C. h. t.* & Ant. Fabro *C. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 53. & *lib.* 4. *t.* 33. *defin.* 15. scriptum fuit, solam debiti oblationem ex praxi nostrorum temporum non sufficere ad sistendum usurarum cursum, sed consignatione ac depositione opus esse. Quamvis & sola realis oblatio in judicio facta sufficere videatur ad id, ne inchoetur usurarum obligatio, quæ forte alioquin citra conventionem aut moram ex re, ex sola mora judiciali intuitu haberet, arg. *l. si per te* 9. *Cod. h. t.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 230. *n.* 2. Ant. Faber *C. lib.* 8. *t.* 30. *defin.* 40.

18. Quod si secundum praxin hodiernam debitum usurarum auctoritate judicis sub debitore arrestatum sit, adeoque interdictum debitori ad tertii petitionem, ne creditori solvat, magis est, ut non aliter debitor ab usurarum obligatione in futurum liberetur, quam si more consueto pecuniam publice deposuerit, aut saltem ex creditoris declaratione ea pro deposita habeatur. Aliter quam statuendum, si necdum usuræ currere cœperint, nec ex conventione debeantur, sed ex mora judiciali deinceps forte cursus earum inchoandus fuerit; tunc enim auctoritas judicis solutionem prohibens impediret, ne debitor morator dici queat, adeoque ne existat causa, mora scilicet, ex qua usurarum cursus initium caperet; cum præceptum judicis a mora ac contumacia debitorem excuset, Mævius *de arrestis cap.* 9. *n.* 51. Adde Carpzovium *defin.* 25. Meeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 33. Plane, si ob id, quod rei immobilis evictio in limine contractus imminere videtur, emtor differat numerationem pretii annua bima trima die solvendi cum pacto usurarum in casum moræ, usurarum præstationem respectu pensionis, cujus dies jam venit, evitare non potest, si non sua quaque die consignatam pretii partem publice deposuerit; cum iniquum esset, & fructus rei & pretii usuras aut usum, ejusdem emtoris lucro cedere contra *l. curabit*, *C. de act. emti*, *l. Julianus.* 13. §. *veniunt* 20. & 21. *ff. de act. emti.* Nec recte moveris in contrarium, venditorem ex suo latere nondum implevisse contractum; ac proinde nec emtorem hactenus in mora solvendi esse: cum utique ad inducendam obligationem usurarum ob pretium suo tempore non solutum necesse non sit, dominium rei venditæ in emtore translatum esse, sed vel precariæ tantum possessionis translatio sufficiat, & hoc solutum spectandum sit, an emtor habeat faculatem fructus percipiendi *d. l.* 13. §. 21. *ff. de act. emti*, Fachineus *controvers. lib.* 2. *cap.* 32. *q.* 2. Berlichius *par.* 2. *conclus. pract.* 38. *n.* 15. Carpzovius *defin. for. par.* 2. *constit.* 34. *def.* 38. Sande *decis. Frisic. lib.* 3. *tit.* 14. *defin.* 8. aliique ab eo citati.

19. Ceterum sortem excedere non potuerunt usuræ, sive particulatim, sive simul & semel solutæ, *l. de usuris* 27. *C. h. t. nov.* 121. & 138. (abrogata *l. usura per* 10. *C. h. t.*) Sed cum ipsi Justiniano placuerit, constitutiones illas ad reditus annuos civitatibus debitos haud extendi, *nov.* 160. non iniquum ex nostris moribus visum fuit, durare obligationem usurariam, donec sors restituta fuerit, etiamsi triplicatæ vel quadruplicatæ sortis superent quantitatem, si modo particulatim solutæ sint: nam si quis simul & semel annorum viginti quinque aut triginta exigeret usuras quincunces, ei non nisi annorum viginti, sortem æquantium, solutionem adjudicandam esse, adeoque reductam videri dispositionem, *d. l.* 10. *C. h. t.* tradit Sande *decis. Frisic. l.* 3. *tit.* 14. *def.* 5. *in fine*, Groenewegen *ad l.* 27. §. 1. *C. h. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *n.* 35. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. *in fine*.

20. Similiter usurarum usuras exigi, aut usuras iterum in sortem conveniri (quod *anatocismi* nomine venit) prohibitum est, *l. ut nullo* 28. *C. h. t. l. si non sortem* 26. §. 1. *ff. de condict. indeb. l. præses provinciæ* 27. *ff. de re judic. l. placuit* 29. *ff. h. t.* Cicero *epist. ad Attic. lib.* 5. *epist. ult.* adeo ut ne is quidem, qui adversarium jam in usuras condemnatum habet, eundem post quadrimestre spatium in usurarum usuras convenire queat judicati actione, licet sortis ipsius centesimæ ex eo tempore debeantur, *l. ult. C. de usuris rei judicatæ*, nec creditor secundus hypothecarius priori sortem offerens cum usuris, atque ita in ejus locum subintrans, usurarum depensarum usuras a debitore consequatur, quia non alterius negotium gessit, sed magis suum, *l. creditor, qui* 12. §. *sciendum* 6. *ff. qui pot. in pign.* nec denique is, qui actionem principalem una cum annorum quorundam usuris jam debitis emit, pretiumque exsolvit: tum quia & hic cedens ac cessionarius non debitoris sed suum negotium gessisse videntur, arg. *d. l.* 12. §. 6. *ff. qui pot. in pignor.* tum quia hac ratione porta aperiretur ad machinationes in fraudem legum, anatocismum prohibentium merito improbandas. Brunnemanus *ad l. ult. C. h. t.* Si tamen tutor usuras pupillares a debitoribus pupillaribus exactas in suos usus converterit, quia parvi refert, utrum usuris pupillaribus an sorte suum in commodum usus sit, ad usurarum usuras damnandus est, *l. tutor, qui* 7. §. *si usuras* 12. *l. qui negotiationem* 58. §. 1. & *ult. ff. de admin. & peric. tut.* Confer Resp. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 87. Idemque est, si tutor pupillares nummos ipse fœnori acceperit, auctore forte contutore, convenienter *legi non existimo* 54. *ff. de admin. & peric. tut.* vel etiam a patre pupilli aliove cui pupillus heres extitit, ac usuras suis temporibus a se non exegerit, deinceps in utilitatem pupilli rursus collocandas: sive enim ab extraneo debitas atque exactas in suos usus converterit, sive a se exigendas non exegerit, cum id ex officio agere deberet, sed in suos usus retinuit, quid quæso refert? Tutorem certe uti, ab aliis ita & a

semetipso quicquid debet pupillo exigere debuisse, in aperto est. *l. quotiens* 9. §. *sed si sub* 4. in *fine*, §. 5. *ff. de admin. & peric. tut.* nec justum, deterioris conditionis pupillum esse in eo quod tutor, quam quod extraneus ipsi debet, ac proinde, si exactas ab aliis pupilli debitoribus usuras ipse jure veteri, ac moribus hodiernis, ex officii necessitate rursus fœnori aut aliter utilitates pupilli collocare obstrictus fuerit, *l. tutor, qui* 7. §. *si post depositionem* 3. *ff. de admin. & peric. tut.* iniquum esset, usuras, quas ipse pupillo debet, ac retinet, pupillo otiosas esse, Resp. Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 146. Zangerus *de except. par.* 3. *cap.* 23. *n.* 21. Sed &, si procurator ex mandato domini usuras consecutus sit a domini debitoribus, easque in suos usus convertisse probetur, eum ad usurarum usuras teneri, Papinianus ac Ulpianus respondent, *l. idemque &* 10. §. *si procurator* 3. *in fine ff. mandati.* Præterea, si negotiorum gestor usuras pro debitore solverit, ne aut litem aut pignorum distractionem patiatur, vel fidejussor usuras, in quas pro principali debitore fidejusserat, recte usurarum ita solutarum usuras repetierit, dum contendit ad indemnitatem, arg. *l. si vero* 12. §. *si mihi mandaveris* 9. *ff. mandati, l. & in contraria* 37. *ff. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 21. *n.* 9. De annuis quoque reditibus jam debitis novum reditum posse constitui, & in fisci ac civitatum debitis anatocismum hodie probari, nonnullis placet, Groenewegen *ad l.* 28. *C. h. t. num.* 3. Leeuwen *cens. for. par.* 1. *lib.* 4. *cap.* 4. *num.* 27.

21. Fructus proprie sunt, qui naturaliter ex re nascuntur ac renasci solent, *l. fructus* 7. §. *de pensionibus* 11. 12. 13. *ff. soluto matrimon. l. item, si fundi* 9. *pr. ac* §§. *seqq. de usufr. & quamad. quis utat. l. in pecudum* 28. *l. equis* 39. *ff. h. t.* Hi in stricti juris judiciis ex mora non debentur ante litem contestatam, quoties actio stricti juris tendit ad consequendum id, quod antea actoris non fuit, veluti ex stipulatu debitum: post litem vero contestatam perceptos a debitore ex æquitate præstandos esse visum fuit, ut causa restituatur, *l. videamus* 38. §. *si actionem* 7. *ff. h. t.* Quod si id petatur judicio stricti juris quod ante actoris fuit, etiam ante litem contestatam percepti fructus una cum re restituendi sunt; uti id evenit in condictione causa data causa non secuta; condictione indebiti; condictione rerum mortis causa donatarum, ubi donantem pœnituit; actione Faviana & Pauliana; interdicto unde vi; actione quod metus causa antequam ex contumacia cœpit arbitraria esse, *d. l.* 38. *pr. &* §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. *ff. h. t.* In bonæ quoque fidei judiciis fructuum rationem habendam esse, patet ex *d. l* 38 §. *ex causa* 8. *& seqq. ff. h. t.* & nominatim in hereditatis petitione fructuum venire restitutionem, ac usuras etiam fructuum ante litem contestatam perceptorum oportere reddi, patet ex *l. heres furiosi* 51. §. 1. *ff. de petit. hered.* & dictum *tit. de petit. hered. n.* 15. licet in singulari rei vindicatione fructuum usuræ non debeantur; eo quod in petitione hereditatis fructus veniunt jure actionis; quippe augentes ipso jure hereditatem: at in rei vindicatione non veniunt jure actionis, cum rem vindicandam non augeant ipso jure, sed tantum ex officio judicis, ac de hac singulari rei vindicatione agitur in *l. neque eorum* 15. *ff. h. t.* dum ibi sermo est de fructibus, qui *officio judicis* restituendi sunt. De cetero generalior de fructibus tractatio in titulo *de acquirendo rerum dominio* instituenda erit.

22. Causa est omnis rei qualitas & utilitas, quæ circa eam est, adeoque illud omne quod habiturus fuisset actor, si litis contestandæ tempore res soluta fuisset, *l. cum fundus* 31. *ff. de reb. credit. l. præterea* 20. *ff. de rei vind.* §. *si ad exhibendum* 3. *Instit. de offic. judicis*, *l. ult.* §. *ult. ff. de verb. signific.* & vel interna est, ut bonitas, fertilitas, integritas, libertas ab oneribus, & similia; vel externa, ut fœtus, partus, pensiones, fructus, quæque per servum debitum acquisita sunt, *d. l.* 20.

23. Accessio est omne illud, quod quomodocunque rei accedit, sic ut præter ea, quæ sub causa continentur, etiam ususfructus proprietati accrescens & insula & alluvio & alia similia alteri rei cohærentia atque cedentia comprehendantur; quin & id quod interest ac pœnæ conventionales, de quibus duobus ex professo agetur *t. de verb. oblig.* uti de accessionibus in *tit. de acquir. rer. domin.*

24. Mora est solutionis faciendæ vel accipiendæ frustratoria dilatio. Quam frequentius quidem debitor committit, rarius creditor; committit tamen hic, si rem legitimo modo oblatam non acceptet sive ea mobilis sit, sive immobilis, & debitor se eam præstare paratum denunciaverit, *nov.* 91. *cap. illud quoque* 2. De qua oblatione debiti pro parte in superioribus actum, & pluribus tractandum erit in *tit. de solution. & liberat.* An autem in unoquoque negotio mora intelligatur, nec ne, judicis prudentis æstimatio est, cum difficilis sit hujus rei definitio, & D. Pius rescripserit, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quæstione id decidi posse, quia magis facti, quam juris est, *l. mora* 32. *ff. h. t.*

25. Dividitur mora, quod alia *ex re* sit, alia *ex persona*: hæc frequentior, illa rarior. Mora *ex persona* fit, si interpellatus opportuno loco & tempore non solverit, *d. l. mora fieri* 32. *ff. h. t.* seu, cum postulanti non datur, ut Paulus ait *sent. lib.* 3. *tit. ult. in fine.* Ac induci potest per unam interpellationem legitime factam, sive judicialem sive extrajudicialem, arg. *l. Titia Sejo* 87. §. 1. *in fine ff. de legatis* 2. *l. si ex legat.* 23. *ff. de verb. oblig. l. qui decem* 72. *ff. de solution.* Bronchorst. *enant. cent.* 2. *assert.* 73. Wissenbach *ad Pand. h. t. num.* 15. si modo ei interpellans inhæserit; nam si adversario denunciatum esset, & cum is postea sui faceret potestatem, omissa fuerit per denunciantem debiti repetendi instantia, non protinus per debitorem mora facta intelligitur, *l.* 32. §. *& non* 1. *ff h t.* Quanquam nec dubium, quin ex abundanti plures interpellationes adhiberi possint; sicut & adhibitæ commemorantur in *l. Æmilius* 38. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. si mandatu Titii* 59. §. *pen. ff. mandati*, *l. qui Romæ* 122. §. *coheredes* 3. *de verb. oblig.* Quod si prima denunciatio non ipsi debitori, sed forte procuratori ejus aut alteri simili facta sit, si quidem is, cui denunciatum debitorem certiorem fecerit, etiam tunc debitor incipit in mora esse; si vero certioratus non sit, iterata interpellatione opus est, *l. item veniunt* 20. §. *petitam* 11. *ff. de petit. hered.* junct. *l. dies* 4. §. *prætor* 5. *ff. de damno infecto.* Quemadmodum etiam ad contumaciam inducendam una denunciatio non sufficit, sed trina requiritur, arg. *l. si convenit* 4. *in fin. ff. de pignorat. act. l. ad peremtorium* 68. *et seq. ff. de judiciis.*

26. Mora ex re est, quæ fit sine interpellatione; adeoque lege introducitur sine facto hominis; seu quando res ipsa moram in se continet, unde & a Paulo *mora in re* appellatur, *l. vincamus* 38. §. *& quidem* 1. *ff. h. tit.* eo fere modo, quo & interdum pura stipulatio *ex re ipsa* dilationem capere dicitur, *l. interdum* 73. *ff. de verb. oblig.* & ipsa *res* in se dolum habere, *l. si quis, cum* 36. *ff. de verb. oblig.* Licet enim nulla intelligitur mora fieri, ubi nulla petitio est, *l. nulla intelligitur* 88. *ff. de reg. juris*, sciendum tamen, non ab homine tantum interpellationem fieri, sed & legem, atque etiam diem, pro homine interpellare, si modo dies certus obligationi adjectus sit, *l. magnam* 12. *C. de contrab. & commit. stipulat. l. trajectii.* 23. *ff. de oblig. & act. l. si fundus* 4. §. *ult. ff. de lege commiss. l. si fundum* 114. *ff. de verb. oblig. l.* 2. *C. de jure emphyteut.* Ant. Faber *C. libr.* 4. *tit.* 24. *defin.* 31. Mynsingerus *cent.* 3. *observ.* 95. Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 220. *n.* 46. 47. Si enim obligatio ex die incerto vel incerta conditione suspensa esset, magis est, ut non nisi per interpellationem ab homine factam debitor in mora constituatur; cum unusquisque certi quidem diei appositi meminisse & possit & debeat, nec obligatio sed sola solutio ex die suspensa sit, *d. l.* 12 at probabiliter ignorare debitor possit, nec divinare debeat, extitisse conditionem aut diem incertum, qui conditionis loco est. Præterquam quod existentia conditionis id tantum operatur, ut debitor esse incipiat, qui hactenus non fuerat; ac proinde, uti in debito puro, ita quoque in hoc jam purificato, recenterque nato, interpellationem adhiberi, æquum est, arg. *l. si dies* 21. *l. si penum* 24. *ff. quando dies legat. cedat.* Donnellus *ad l.* 73. *ff. de verb. oblig. num.* 3. Zoesius *ad Pand. h. t. num.* 50. 51. 52.

27. Lege ipsa quasi interpellante, mora fit, si fur res furto subtractas non reddat; quippe qui semper moram facere intelligitur, *l. in re furtiva* 8. §. 1. *l. ult. ff. de condict. furt.* si quis pupillo vel fisco debitum non solvat, *l. cum quidam* 17. §. *fiscus* 5. *ff. h. t. l. in minorum* 3. *C. in quib. caus. in integr. restit. necess. non est*, si emtor fructus ex re vendita percipiens pretium non præstet, *l. curabit* 5. *C. de act. emti, l. evictis* 18. §. 1. *ff. h. t. l. usuras* 2. *C. h. t. l. Julianus* 13. §. *veniunt* 20. *ff. de act. emti*, si socius pecuniam communem, negotiorum gestor aliique similes pecuniam ejus, cujus negotia gerunt, in suos usus converterint, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t. l. qui sine* 38. *ff. de negot. gestis*, de quibus actum latius *tit. pro socio, n.* 17. si dos in fungibilibus promissa sit, & ultra biennium solutio differatur, *l. ult.* §. *ult. C. de jure dot.* si nullus sit, qui interpelletur aut conveniatur, *l. sed & si* 23. §. 1. *ff. h. t.* His vero in casibus, quibus ex re mora fit, quandoque moram abesse, leges ajunt, quatenus abest mora ex persona, quæ ex interpellatione est, *d. l.* 1. §. 1. *ff. h. t. d. l.* 5. *C. de act. emti.*

28. Effectus moræ ex parte debitoris moratoris est, quod ad usuras & fructus secundum ante dicta, & pœnam conventam, & id quod interest, incipiat obligatus esse; atque etiam ad id quanti crevit pretium rei debitæ a tempore moræ, si res ipsa perierit, & ob id æstimatio ejus præstanda veniat, ut expositum *tit. de contradict. triticaria*, præcipue vero, quod perpetuetur obligatio etiam post interitum rei casu contingentem, si non eodem modo apud creditorem fuisset peritura; secundum ea, quæ per distinctiones tradita *ad tit. de rei vindicat. n.* 34. quodque actiones natura sua temporales reddantur perpetuæ, si modo tunc mora judicialis facta sit, *l. ult. in fine ff. de fidejuss. & nominat. & hered. tut. l. aliam causam* 29. *in fine ff. de novation. l. nam, postquam* 9. §. *si is* 3. *ff. de jurejur.* Ex parte creditoris in mora accipiendi existentis id mora operatur, ut solvat antichresin, si qua creditori in pignore constituta sit, *l. ex prædiis* 11. *C. h. t.* ac transferat periculum rei debitæ in creditorem, *l. qui decem* 72. *ff. de solut. l. si servum* 91. §. *sequitur* 3. *ff. de verb. obligat.* De cetero mora regulariter soli nocet moratori, non alteri, ac ne correo quidem, *l. mora fieri* 32. §. *pen. ff. h. t. l. in condemnatione* 173. §. *pen. ff. de reg. jur.* licet unius correi factum alteri noceat, dum ex duobus Stichi promissoribus correi unus Stichum interemit, *l. pen. ff. de duobus reis constituendis.* An & quo usque mora debitoris principalis fidejussoris noceat, *ad tit. de fidejussoribus* explicandum erit.

29. Evenit tamen aliquando, ut mora excusationem mereatur; in quantum non omne, quod differendi causa fit, moræ adnumerandum est. Quid enim, si amicos adhibendos debitor requirat, vel expediendi debiti, vel fidejussoribus rogandis? vel exceptio aliqua allegetur? *l. sciendum* 21. *l.* 22. *l.* 23. *ff. h. t.* Quid si modicam arbitrio judicis dilationem sibi ad solvendum necessariam debitor a judice impetrandam desideret? arg. §. 2. & 3. *Instit. de offic. judicis, l. quod dicimus* 105. *ff. de solution.* Quid, si casus superveniens, aut ipsius creditoris factum, id quod obligationis contractæ tempore promissori facile erat, difficile admodum reddiderit, veluti si servus venditus aut promissus inciderit in hostium potestatem? æquum sane haud fuerit, debitorem ex mora propter hujusmodi impedimentum commissa obligari, *l. ult. ff. de act. emti*, arg. *l. ult.* §. 1. *ff. de leg. Rhod. de jactu, l. si servum* 91. §. 1. *ff. de verb. oblig.* Contra quam obtineret, si vel ipsius debitoris culpa difficultatem implementi procurasset, *d. l.* 91. §. 1. vel ipso promissionis tempore jam adfuisset difficultas præstationis, nec promissor id ignorasset: tunc enim est quod sibi imputet debitor, qui ipse sibi libera sua voluntate talem imposuit necessitatem, arg. *l. si fidejussor* 7. §. 1. *in fine ff. qui satisd. cog.* stipulationem enim non facit inutilem difficultas præstationis, *l. stipulationum* 2. §. *ex his* 2. *in fine ff. de verbor. oblig.* & generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet; ne alias dicamus, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit; ut venuste Venulejus in *l. continus* 137. §. *illud inspiciendum* 4. *ff. de verbor. oblig.*

30. Nonnunquam etiam moræ jam commissæ in universum purgatio fit, puta, novatione principalis debiti, *l. si Stichum* 8. *l. quotiens* 14 *l.* 15. *l. novatione* 18. *ff. de novation. l. parvi refert* 17. *ff. de condict. furtiva*, remissione per eum facta, cui alioquin jus aliquod ex mora adversarii quæsitum aut quærendum est, cum ita suo tantum juri renunciet, quod licitum ex *l pen. C. de pactis, l. de lege* 6. §. *ult. l.* 7. *ff. de lege commissoria, l. commissoria* 4. *C. de pact. inter emt. & vend.* mora posteriore per eum commissa, cui prius mora facta erat, *l. interdum* 73. §. *ult. l. si servum* 91. §. *sequitur* 3. *ff. de verbor. oblig. l. qui*

decem 72. *ff. de solution. l. semel mora* 26. *ff. soluto matrim. l. illud* 17. *ff. de peric. & commod. rei vend.* Adde *d. tit. de peric. & commodo rei vend. num.* 2. Atque hinc, si dies certus obligationi sit appositus, cum diversis in locis debitor & creditor domicilium foverent, & creditor non venerit ad locum illum, ubi die adjecto solutio facienda erat, verum quidem est, ipsam diei existentiam interpellasse pro creditore secundum ante dicta; sed & verum, per creditorem ad locum solutioni destinatum haud venientem stetisse, quo minus sua die solutio fiat; cui consequens est, ut priorem debitoris moram, ex interpellatione diei inductam, per posteriorem creditoris non venientis moram existimemus purgatam esse. Mynsingerus *cent.* 3. *obser.* 95. *num.* 3. Costalius *ad l.* 9. *ff. h. t. num.* 15.

31. Notandum tamen, non omni in casu moræ purgandæ licentiam moratori tributam esse: nam si protinus a mora commissa nova quædam ei, cui mora facta, nata fuerit obligatio, purgationi locus non est, cum nemini jus semel quæsitum sine suo facto adimendum sit. Qua ratione, sicut res sub lege commissoria fuerit vendita ac tradita, isque ultra diem præfinitum solutionem distulerit, postea offerendo nihil agit, nec auferre venditori potuit emtæ rei per actionem in rem vel in personam revocandæ facultatem, ex primo moræ momento quæsitam, *l. trajectitiæ* 23. *in fine ff. de oblig. & act.* Adde *tit. de lege commissoria.* Sed & moram in solvendo canone commissam purgari non potuisse ad evitandam commissi pœnam, traditum *in tit. si ager vectigal. emphyt. pet. num.* 36. Simili modo, si quis se certo die daturum facturumve quid promiserit, & si non dederit vel fecerit, se pœnæ nomine certam pecuniæ quantitatem soluturum, deinceps autem in dando vel faciendo moram fecerit, sic illico ad pœnam incipiet obligatus esse, ut nec offerendo postmodum quæ dare vel facere promiserat, invito creditore eandem evitare possit, sed demum si sponte creditor ex vi præcedentis obligationis principalis oblata recipiat, *l. Celsus* 23. *ff. de receptis qui arbitr. recep. l. Trajectitia* 23. *ff. de oblig. & act.* arg. *l. stipulatio ista* 38. *§. alteri* 17. *ff. de verb. oblig. §. ult. Instit. de verb. oblig. §. alteri* 19. *Instit. de inutil. stipulat.* Cujacius *ad l.* 84. *ff. de verb. obligat.* Nec obstat hisce *l. & si post tres* 8. *ff. si qui. caution. in jud. sist. caus. fact.* quippe cujus solutionem dedi in *tit. si quis caut. in jud. &c. n.* 4. Et quamvis Cujacius eam sibi ante placuisse, at non amplius placere scripserit, *ad d. l.* 84. *ff. de verb. oblig.* verendum tamen, ne eam reprobando deteriorem aliam amplexus sit. Quod enim ait in *d. l.* 8. nullam pœnæ promissæ mentionem esse, adeoque tantum ad id quod interest actorem ibi agere potuisse, probandum non est, nam si nulla in casu *d. l.* 8. pœna fuisset apposita, reus nulla indiguisset exceptione adversus actorem, sed ipso jure satis abundeque tutus fuisset, in quantum actori, *cujus jus ex mora deterius factum non erat* secundum verba Jurisconsulti, ne summo quidem jure potuit actio competere ad interesse, cum non interesset, arg. *l. si procuratorem* 8. *§. mandati actio* 6. *ff. mandati.* Ut proinde in *d. l.* 8. præsupponatur pœnæ promissio, adversus quam vero commissam, ac de rigore juris jam debitam, exceptionem prætor ex benignitate indulsit, ubi apparebat, jus actori ex mora illa modica trium quatuorve dierum necdum deterius esse. Denique etiam, si colonus fundum in quinquennium conduxerit, nec locator ei usum præstet, quia tunc lex colono copiam fecit statim totius quinquennii nomine agendi ad id quod interest, quod frui non licuerit, hinc nec locator postea liberabitur, etsi anno secundo ac sequentibus fruendi patientiam colono præstare paratus sit; eo quod sera est patientia fruendi, quæ offertur eo tempore, quo frui colonus, aliis jam rebus conductis forsan illigatus, non potest, *l. si in lege* 24. *§. colonus* 4. *ff. locati.*

TITULUS II.

De Nautico Fœnore.

SUMMARIA.

1. *Quid sit nauticum fœnus, quid quasi nauticum, & de periculi pretio ad* l. 3. ff. h. t.
2. *In quo consistat substantia nautici fœnoris? quando cesset, & vulgares tantum usuræ debeantur?*
3. *Moribus periculi pretium in materia* assecurationis *legitimis usuris non est coarctatum, nec ullos fines habet. Ubi materia* assecurationis *tractata sit?*
4. *Si mutuum detur magistro vel domino navis sub pignore curiæ*, op Bodemerye, *etiam supra centesimas usuras pacisci licet. Si navis pereat, an in instrumentis & reliquis salvatis talis creditor aliquod jus habeat? Quid juris, si navis culpa nautæ perierit aut publicata sit, aut perierit, dum nauta alio navigat, quum quo iter ab initio destinatum erat?*
5. *Lucrum, quod ex procuratis cambii literis provenit, usurarum vulgarium modo adstrictum non est. Qualis contractus intercedat in cambii literis expediendis? inter quos obligationes oriantur, & quæ actiones? Nulla per literas cambii novatio fit. Si quis ob non solutas cambii literas egerit contra scriptorem literarum, & non obtineat ob inopiam ejus, redire potest ad acceptantem.*
6. *Quibus modis fieri possit, ut literæ cambii effectu careant? cui solutio per cambii literas mandatur, eas vel acceptare vel rejicere potest, nisi ab institore ad præponentem, quem obligare poterat, directa sint. An acceptatio fieri possit sub conditione? An eo, cui per literas solutio mandatur, eas acceptare recusante, tertius eas acceptare possit ante vel post protestationem? Is, qui eas offert, si non acceptentur, intra triduum protestari debet, ne regressu careat contra scribentem. Quando non noceat, neglectam esse intra triduum protestationem?*
7. *Si, die literarum cambii veniente, acceptans non solvat, intra quantum temporis spatium tunc protestatio facienda sit? An & quando literæ cambii cum protestatione arrestari possint?*
8. *Literæ cambii ante & post acceptationem, re adhuc integra, revocari possunt; nisi quis per eas procurator in rem suam constitutus sit. Ante diem literis cambii expressum solutio non recte fit: & cur? interim ab illis, qui ex cambii literis debitores sunt, cautio exigi potest.*
9. *Si secundus primo scripserit literas cambii, ita, ut fateatur, sibi a primo, tertio, & quarto quan-*

titatem jam solutam esse, & illa per primum tertio, per tertium quarto data, ac per quartum oblata mandatario non acceptentur, an quartus contra secundum agere per saltum possit?

10. *Cujus loci leges in quaestionibus cambii spectanda sint? Quae sint privilegia mensa cambialis Amstelodamensis?*

1. NAuticum fœnus est, quod ex pecunia vel merce aliave re trajectitia seu transmare vehenda periculo creditoris, penditur atque etiam ex pacto peti potest, *l.* 1. *l. periculi* 5. §. 1. *l. in quibusdam* 7. *ff. h. tit.* & ex rationis parilitate etiam ex pecunia rebusve per loca terrestria, ob incursum hostium aut prædonum periculosa, transvehendis. Quin imo, quasi nautica poterit dici pecunia, & fœnus quasi nauticum, quoties creditor pecuniæ qualiscunque mutuo datæ, utcunque per terras periculosas haud devehendæ, periculum in se recepit in casum, quo conditio aliqua non extiterit, veluti si quis piscatori crediderit in apparatum piscationis, aut athletæ unde se exhiberet exerceretque, ea lege, ut ille, *si cepisset*, hic, *si vicisset*, redderet, una cum periculi pretio seu additamento; contra nihil redderet, *si ille* nihil cepisset, *hic* ab adversario in certamine superatus esset. Quibus similia sunt, si tibi centum dederim, ut, *si manumittas, si non illud facias*, puta, si non Romam eas, *si non tua cura convaluero*, oculis forte aut pedibus laborans, *reddas* cum usuris centesimis; alioquin in casus contrarios nihil restituas, si modo id unum caveatur, ut tales ineantur *conventiones, quæ in alea* (vetitæ scilicet) *speciem non cadunt*, adeoque tales, *ex quibus condictiones* (ita legendum, non *conditiones*) *nasci solent*, id est, actiones in personam efficaces ad persequenda ea, quæ convenerunt: quales actiones efficaces haud competunt, quoties negotium tale gestum est, quod in aleæ vetitæ speciem cadit, secundum ea, quæ *ad tit. de aleatoribus* dicta sunt. Nisi forte magis placeat, ad aleam vetitam referri verba illa, *veluti ea, ex quibus condictiones nasci solent*, ut sensus sit, conventionem valere, *si in alea* (puta vetitæ) *speciem non cadat*, adeoque non contineat ea, *ex quibus condictiones*, id est repetitiones amissorum, *nasci solent*; dum aliunde constat, id, quod in alea amissum est, tanquam ex injusta causa penes victorem existens, condici posse, *l.* 1. *C. de aleator.* Eo fere modo, quo & a Gajo scriptum, *quod ex non concessa donatione retinetur, id aut sine causa, aut ex injusta causa retineri, ex quibus causis condictio nasci solet*, *l. quia quod* 6. *ff. de donat. inter vir. & uxorem.* Atque hunc puto sensum esse *d. l.* 5. *ff. h. t.* Confer Cujacium *lib.* 9. *observ.* 29.

2. Substantia itaque fœnoris nautici in eo consistit, quod pecunia credita non debitoris seu mutuatarii, ut vulgo, sed creditoris seu mutuantis periculo sit; propter quod periculum licet olim nullus fœnori nautico terminus præscriptus fuerit, indeque in infinitum ex conventione partium extendi potuerit quantitas ejus, teste Paulo *recept. sent. lib.* 2. *tit.* 14. §. 3. jure tamen novo ad centesimas restrictum est, *l. eos qui* 26. *C. de usuris*, ac jure novissimo confirmatum *per novell.* 110. abrogata *nov.* 106. quæ centesimas excedi permiserat. Et quia usura hæc gravissima periculi pretium est, hinc cessante periculo seu ad creditorem non pertinente, redit illico usurarum communium seu vulgarium observatio; quod fit, si vel id ab initio actum sit, ut debitoris ipsius periculo pecunia naviget, vel cum ab initio periculo creditoris transvehenda esset, ad portum seu locum destinatum delata sit, aut dies vel conditio extiterit, ad quam usque ex conventione periculum debebat creditoris esse, *l. nihil interest* 4. *ff. h. t. l.* 1. 2. 4. *C. h. t.* Sciendum tamen, ita demum trajectitiæ pecuniæ aut mercium periculum ad creditorem pertinere ex conventione, si non dolo aut culpa ipsius debitoris intereat: „ nam „ si propter vitium debitoris, nec loco quidem navi- „ gii servato, illicitis comparatis mercibus, quas na- „ vis continebat, fiscus occupaverit; amissarum mer- „ cium detrimentum, quod non ex marinæ tempe- „ statis discrimine, sed ex præcipiti avaritia & in- „ civili debitoris audacia, accidisse asseveratur, ad- „ scribi creditori juris publici ratio non permittit", ut rescriptum est in *l. pen. C. h. t.*

3. Ceterum nostris & gentium plerarumque navigationi studentium moribus circa periculi pretium rursus jus vetus Romanum reductum fuit, cujus superius ex Pauli *receptis sententiis* mentio facta, quod nempe trajectitia pecunia ac merces propter periculum creditoris infinitas usuras, centesimis haud coarctatas, recipere possit, ac quantitatis cujuscunque obligatio subsitat, quæ pro magnitudine periculi in conventionem deducta est per contractum *assecurationis* vulgo dictum, quo id agitur, ut merces & alia assecurata navigent periculo non domini, sed assecuratoris, pro periculo suscepto pretium recipientis. De hoc vero assecurationis contractu universa huc transcribere, quæ circa modum assecurationis, personas assecurare valentes aut prohibitas, res assecurandas vel assecurationem respuentes, rerum assecurandarum æstimationem, conservationem, impensas, cessionem, seu abdicationem, periculum, præmium assecurationis seu periculi pretium ac solutionem ejus, observanda veniant, consultum non censui. Videri ista possunt enarrata prolixe satis & accurate variarum regionum legibus superiori & hoc seculo conditis; ac in plerisque consensum, in paucis, iisque levioribus tantum dissensum continentibus, præcipue, *edicto nautico Philippi Hisp. Regis ann.* 1563. *cap. ult. & edicto peculiari de assecurationibus ann.* 1570. *municipali Medioburgensium an.* 1600. *Roterodamensium anni* 1604. *Amstelodamensium an.* 1612. quæ omnia simul juncta in *vol.* 1. *placitor. Holl. a pag.* 820. *ad pag.* 876. ac tandem novissime, pariterque plenissime, *edicto Ludovici XIV. Galliorum Regis, ann.* 1681. in libello cui titulus, *ordonnance de Louis XIV: touchant la marine, livr.* 3. *t.* 6. Quibus addendus Petri de Santerna Lusitani & Beneventi Stracchæ de *assecurationibus liber.* Notandumque insuper, rerum hostilium, aut ad portus hostiles vehendarum, assecurationem, tam eam, quæ directo, quam quæ fraudulentis machinationibus fit, interdictam esse sub pœna publicationis nummorum, assecuratione contentorum. *Declaratie van oorlogh tegen Vrankryck* 9. *Martii* 1689. *art.* 13. *vol.* 4. *placit. Holl. pag.* 201.

4. Simili modo neque vulgaribus neque centesimis usuris restrictum est ex moribus hodiernis mutuum illud, quod creditor sub pignore carinæ dat vel ad certum tempus, vel quamdiu navis salva est, ea lege, ut ex quotidiano quæstu ejus graviores pro ratione periculi præstentur usuræ, ac carina pereunte sors

tota creditori pereat, adeoque navis naviget periculo creditoris, qualis mutui species appellatur nostratibus *contract. van bodemerije*, Grotius *manuduct. ad jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 11. Groenewegen *ad l.* 26. *C. de usuris n.* 3. Roseboom *costumen van Amsterdam cap.* 52. Qua conventione posita, si navis pereat, sed instrumenta navis ac funes aut ipsius carinæ reliquiæ salventur, ne in hisce quidem salvatis ullum creditori jus aut pro sorte aut pro usuris superesse, sed salvata illa sine ullo crediti onere ad navis exercitores pertinere, aliquoties responsum in Hollandia & judicatum apparet ex Responsis Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 111. *&* *consil.* 124. idque ex eo fundamento, quod nulla ad restitutionem sortis aut graviorum usurarum obligatio nascatur in casu, quo in certum tempus mutuum sub pignore carinæ contractum est, quam si navis salva sit; quia ex illa conditione suspensa ad restitutionem obligatio deficere censenda est deficiente conditione, *l. fænerator* 6. *ff. h. t.* Sed vix est, ut hanc opinionem probaveris, quamdiu eam usu constante firmatam esse doceri nequit. Quod enim ajunt, nave non salva non nasci principalem debiti obligationem, quæ sub conditione navis salvæ contracta est, adeoque nec pignoris accessoriam obligationem consistere aut nasci posse, expeditum quidem ac certum est: at ubi & funes & instrumenta alia navis & ipsius carinæ reliquiæ ex naufragio subductæ atque collectæ, dominis suis salvæ sunt, ibi navem, quæ cum instrumentis obligata fuerat, salvam non esse, gratis assumitur. Quin potius, cum in suis partibus salva sit, etiam usque ad vires æstimationis istarum partium obligationem nasci, recte dixeris. Nam &, cum de contributione propter jactum quæstio est, responsum fuit, jactum demum *nave salva in tributum venire*, *l. navis onustæ* 4. *pr. ff. ad leg. Rhod. de jactu*, & tamen navis tunc quoque salva credita fuit, ad obligationem contributionis inducendam, cum jactu facto navis alio in loco submersa fuit, & aliquorum mercatorum merces per urinatores deinde extractæ sunt, *d. l.* 4. *§.* 1. *ff. ad leg. Rhod. de jactu*. Uti ergo ibi pars quædam mercium post naufragium salvata nasci facit obligationem contributionis, quasi nave salva, ita ratio non est, cur non in nostro quoque casu ex collectis navis ac instrumentorum reliquiis, quasi nave hactenus salva, tueamur nativitatem obligationis. Plane, si tota navis cum instrumentis non casu sed manifesta mutuatarii culpa pereat, dum forte ob merces illicitas ei impositas publicatur, damnum illud mutuatarium magis quam mutuantem onerare, dubium non est; in quantum mutuanti saltem actio in factum in id quod interest adversus mutuatarium in culpa positum danda foret, arg. *l. pen. C. h. t.* Christinæus *vol.* 3. *dec.* 47. *num.* 5. 6. Idemque dicendum, si magister navis iter suum consulto aliorsum instituat, atque ita ad alia loca navigans naufragium passus sit: argumento eorum, quæ de assecuratione cauta sunt, periculum scilicet mercium ad assecuratorem non spectare, si nauta consulto portum alium aut aliam regionem petat, quam quæ assecurationis instrumento inserta fuit, *edicto Philippi Regis de assecuratione an.* 1670. *art.* 14. *Lege Amstelod. de assecurat. art.* 7. *Roterodamensi, art.* 11. *Medioburgensi art.* 14. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 110. An autem, & quando, magister, cui cura navis demandata est, hac ratione mutuum accipere possit *op bodemerije*, dictum *tit. de exercit. act. n.* 3.

5. Denique, cum hodie minus frequens sit pecuniæ ipsius numeratæ de regione in regionem translatio, seu ejus vice frequentari cœperint literæ *cambii* vulgo dictæ, quibus præcipue mandatur, ut pecuniæ uno in loco numeratæ, aut numerandæ, alio in loco per alios adnumerentur, notandum est, illud quoque lucrum, quod ex tali nummorum alio in loco solvendorum procuratione captatur, ordinario fini usurarum legitimarum non esse inclusum, sed vulgatis majores posse symbola collybistica comprehendi. Quod ut intelligatur, paulo latius cambiorum seu literarum cambii natura explicanda est: ac primo quidem sciendum, quemadmodum non uno sed duobus imo tribus contractibus ad minimum intervenientibus delegatio peragitur, idque inter plures quam duas personas, dum delegans mandat debitori suo, ut is solvat, & creditori suo vel alteri, ut acceptet a debitore solvenda, & deinceps is, cui solvendum, stipulatur a debitore delegantis, ut sibi debeat in posterum ac solvat quæ hactenus deleganti debuit, ita quoque non una sed multiplicata conventione & plurium personarum interventu opus esse, ut negotium cambiale suis circumstantiis plenissime quasi vestitum absolvatur. Est enim primo quasi loco is, qui numerat in antecessum vel postea numeraturus est quantitatem alibi solvendam; est secundo is, cui numeratur, quique per literas cambii solutionem alii faciendam mandat; est & tertio mandatarius, per quem pecunia alibi est ex mandato numeranda; est denique, cui ex mandato solutionem fieri oportet. Primus verbi gratia agit cum secundo datis aut promissis mille aureis cum quodam lucri additamento, ut is per tertium Romæ degentem quarto peregrinanti Romam venturo numeret ista mille, datis eum in finem mandati literis, ad quartum mittendis, ac per eum tertio offerendis, ut is solutionem sibi a secundo mandatam in se recipiat, seu literas cambii subscriptione acceptet, ac sua die adimpleat mandatum solutionis; quo mandato per tertium suscepto, quartus ille ex pacto quodam constituti de solvendo, acceptationi seu susceptioni mandati incluso (& ad agendum ita efficace, ut & per civilem custodiam, *by gyseling*e, acceptans ad solutionem cogi possit ex consuetudine Amstelodamensi, apud Roseboom *cap.* 50. *art.* 13. *&* 30.) adversus tertium habet actionem in personam, ad obtinendam solutionem sibi promissam: tertius rursus actionem mandati contrariam adversus secundum mandantem, postquam solvit; nisi mandatis debitor esset, quo casu liberatio magis ei contingeret ad summam concurrentem: secundus denique primum ad cujus desiderium literas cambii dedit, vel ex mandato vel ex contractu innominato obligatum habet, quoties primus eo tempore, quo cambii literæ conscribebantur, comprehensam iis quantitatem secundo non repræsentavit una cum lucro in conventionem deducto. Non tamen ulla in toto hoc negotio novatio contingit, uti quidem accidit in delegatione, sed utcunque quartum tertium incepit sibi ex literarum cambii acceptatione devinctum habere, tamen & secundus, si forte per repræsentationem nummos jam accepit in antecessum, ad restitutionem & id quod interest obstrictus manet, positis ponendis (de quibus post) si tertius promissioni non stet, at-

que ita conventio cambialis implementum non habeat, Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit.* 50. *art.* 3. Rotæ Genuæ *decis.* 2. adeo ut is, qui prius mandantem solum sibi devinctum habebat, deinceps & ipsum & mandatarium sibi obligatum teneat, neuterque nisi solutione per alterutrum impleta liberetur. Hinc si, mandatario post acceptationem literarum cambii non solvente, is, cui vel in cujus gratiam solutio facienda erat, convenire jam cœperit mandantem seu scriptorem literarum, nec quicquam ab eo aut non solidum ob inopiam consecutus sit, redire iterum potest ad mandatarium refractarium, eumque ex pacto tacito de solvendo (quod acceptationi inclusum dixi) cogere, ut solutionem adimpleat, quatenus ea per mandantem facta non est, Rosoboom *Consuymen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 9. van. Antwerpen *tit.* 55. *art.* 4. Neostadius *Curia supr. decis.* 12. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 163. Imo, usque adeo electio datur ei, qui cambii litteras tenet, utrum mandantem, an acceptantem & sua die non solventem, convenire malit, ut is, quem elegit, nullo possit ordinis beneficio uti, ac desiderare, ut aliter prius excutiatur, Neostadius *d. decis. supr. Curia* 12.

6. Qua occasione considerandum ulterius, contractum cambialem posse effectu destitui vel ex eo, quod is, cui per cambii literas solutio injuncta fuit, easdem acceptare atque ita mandatum suscipere noluit; vel ex eo, quod post acceptationem, die solutionis veniente, in mora solvendi est, vel ex eo, quod mandatum de solvendo per literas cambii interpositum, deinceps per mandantem aut eum, ad cujus rogationem mandaverat, revocatum fuit. Quid in singulis obtineat casibus, enarrare operæ pretium erit. Acceptationem quod attinet, uti ex natura mandati liberum cuique est mandatum suscipere vel non suscipere, *l. filiusfamilias* 8. §. *invitus* 1. *ff. de procurat. l. sicut initio* 5. *C. de oblig. & act. l. invitus* 17. *C. de procurat.* arg. *l. de curatore* 2. §. *quæritur* 3. *ff. de curatore bonis dando*, ita quoque is, ad quem literæ cambii datæ, invitus compelli nequit, ut eas sibi oblatas acceptet ac solutionem promittat, nisi ad mercatorem directæ sint ab institore ejus, per quem obligari poterat, ac contineant pecuniam, quam institor mutuam acceperat in usum præponentis, arg. *l. cuicunque* 5. §. *non tamen* 11. 12. & 13. *ff. de instit. act.* Consuet. Antwerpiens. *tit.* 55. *art.* 1. Roseboom *constuymen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 1. Hugo Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 15. *num.* 4. Et quamvis invito eo, cui solvendum, acceptatio ex conditione quadam suspendi nequeat, quin tamen eo consentiente possit, dubitandum haud videtur; adeo ut tunc nulla in acceptantem actio nata intelligatur, quamdiu conditio impleta non est, secundum propriam naturam obligationum ex conditione suspensarum, §. *sub condiiione* 4. *Instit. de verb. oblig.* Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 59. Interim mandatario mandati susceptionem declinante, liberum cuivis extraneo est, easdem acceptare, quo ipso is, qui id fecerit, intelligetur negotiorum gestor illius, qui literis cambii mandaverat solutionem, arg. *l. solvendo* 39. *de negot. gestis*, *pr. Instit. quib. mod. tollitur obligatio*, sive propter literas cambii non acceptatas per eum, ad quem datæ, is, cui solutio facienda erat, jam protestatus sit, sive non, cum in casu necdum factæ protestationis extraneus acceptans ac solvens petere possit, sibi actiones cedi adversus pecuniæ cambialis debitorem ad indemnitatem; protestatione vero jam interposita, etiam desiderare, sibi ipsas tradi literas cambii cum protestatione, ad obtinendam indemnitatis præstationem, Consuet. Antwerp. *tit.* 54. *art.* 5. Roseboom *consuet. Amstel. cap.* 50. *art.* 10. 11. Grotius *d. libr.* 3. *cap.* 13. *num.* 3. Leeuwen *cens. forens. part.* 1. *lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 9. Observandum enim, toties quoties mandatarius cambii literas acceptare recusat, necessitatem ei, cui nummi ex mandato fuissent solvendi, ex consuetudine impositam esse, ut intra triduum a denegata acceptatione protestetur de damnis & eo quod interest, atque ita literas cambii cum protestatione remittat quantocius ad mandantem; ne alioquin, neglectis hisce, regressu careat adversus eum qui mandaverat solutionem, & cui nummi, literis cambii comprehensi, jam in antecessum numerati sunt, Costuymen van Antwerpen *tit.* 55. *art.* 8. & *ult.* Roseboom *Costuymen van Amsterd. tit.* 50. *art.* 4. Respons. Jurisc. Holl. *part.* 3. *vol.* 2. *consil.* 199. nisi ejus, qui literas cambii dedit, non intersit, protestationem intra triduum factam esse dum ipse non est creditor illius, cui per cambii literas mandaverat solutionem, sed ex acceptato & impleto solutionis mandato ipsi fuisset mandato obligandus: tunc enim & post tridui lapsum protestatione interposita reddi oportere per mandantem seu literarum scriptorem nummos, quos accepit, & symbolam, cum eo quod interest a tempore protestationis, responsum fuit a celeberrimis mercatoribus inter Responsa Juriscons. Holl. *par.* 3. *vol.* 1. *consil.* 59. ne alias cum alterius jactura locupletetur sine causa.

7. Quod si literæ cambii mature oblatæ ac per mandatarium, ad quem datæ (vel etiam rationarium ejus, ut habet Roseboom *d. cap.* 50. *art.* 2.) acceptatæ sint, atque ita ille exhibenti sese obligaverit, deinde autem veniente solutionis die in mora solvendi sit, similis protestationis interponendæ ac cum literis cambii ad mandantem remittendæ necessitas incumbit ei, cui solutio facienda erat; ni malit jure seu regressu suo adversus mandantem excidere, eo modo, quo id jam traditum de casu, quo ipsa acceptatio denegatur: ut tamen hic non ita rigide protestatio triduo adstricta sit, sed intra octo aut decem dies, apud Antwerpienses intra quatuordecim, eam fieri sufficiat, nisi is, qui acceptavit, non differat, sed aperte deneget solutionem, aut foro cedat, aut latitet; tunc enim triduum omnino observandum foret, Roseboom *Costumen van Amsterdam cap.* 50. *art.* 5. 6. & 29. Costuymen van Antwerpen *t.* 55. *art.* 9. Ne vero remora quædam huic literarum remissioni ad mandantem ob denegatam acceptationem aut solutionem injiciatur, atque ita turbentur, quæ paratissima esse debent, cambiorum jura, vetitum, ne cambii literæ aut protestatio sistantur seu arrestentur; nisi is, qui eas acceptaverat, ac in mora solvendi fuerat, easdem ipse sistat, ac probet, quantitatem iis comprehensam jam in rationes ejus, cui numeranda erat ab argentariis apud mensam publicam transcriptam esse, Roseboom *d. cap.* 50. *art.* 22. 23. 24. 27.

8. Ceterum uti vulgo, ita quoque hic, mandatum solutionis, literis cambii comprehensum, per mandantem vel eum, qui mandanti nummos literis compre-

hensos alibique numerandos, numeravit aut numeraturus est, revocari pótest, non tantum ante earundem acceptationem, sed & post, si modo res integra sit, seu solutio necdum secuta; nisi is, cui solutio facienda erat, ex mandato procurator in rem suam constitutus fuerit, dum quantitas cambii literis comprehensa, ei ab illo qui cambii literas scripserat aut procuraverat debita erat. Consuet. Antwerp. *t.* 55. *art.* 7. Neostadius *curiæ Holl. decis.* 38. Grotius *manud. ad Jurisprud. Holl. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 10. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 230. & *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 140. Quæ & ratio est, quod mandatarius solutionis solvere nequeat ante tempus literis cambii insertum, ne in damno hæreat, si forte is, cui maturius solutum, foro cesserit ante diem solutioni destinatum, & ob id mandans suum mandatum literis comprehensum, censuerit revocandum esse, Antwerpienses *d. t.* 55. *art.* 6. Roseboom *consuet. Amstel. d. t.* 50. *art.* 12. Grotius *manuduct. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 13. *n.* 8. Dilata autem solutione in tempus certum, cambii literis expressum, jure is, cui solvendum, cautionem interim exegerit ab acceptante, ubi eum facultatibus labi suspicio est. Sed & is, qui literas cambii procuravit ac mandanti nummos repræsentavit, similem a mandante cautionem desiderare potest. Consuet. Antwerp. *t.* 55. *art.* 2. Grotius *manud. ad jurispr. Holl. lib.* 3. *cap.* 45. *num.* 11.

9. Accidit autem aliquando, ut plures simul literis cambii exprimantur, tanquam tales, qui quantitatem iis comprehensam mandanti seu scriptori jam solverunt; veluti in hac facti specie: primus Amstelodami agit cum secundo, sibi literas cambii dari, ex quibus ipsi primo solvantur mille Francofurti; sed cum primus tertio, tertius quarto, quartus quinto, obligati essent ad literas similes ejusdem quantitatis Francofurti solvendæ dandas; agit primus ulterius cum secundo, ut is repræsentatam sibi a primo pecuniam fateatur sibi etiam a tertio, a quarto & quinto numeratam esse, atque ita literæ cambii per secundum primo datæ, ac per plures manus tertii, quarti ac quinti ambulantes tandem a quinto offeruntur ei, ad quem datæ, ut is eas acceptet. Si ergo ille acceptationem facere recuset, & ob id protestatio ex more intercesserit, quæsitum fuit, an quinto liceat per saltum agere adversus secundum, qui literas cambii scripsit & solutionem mandavit, an vero, quasi cum nemine præterquam cum quarto contraxisset, quartum convenire debeat, quartus tertium, tertius primum, & tandem primus secundum? Per saltum quinto adversus secundum actionem competere, præteritis reliquis, variis rebus in Hollandia judicatis confirmavit auctor consilii inter Respons. Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 53. Et merito, cum utique secundus ex numeratione sibi facta obligatus esse cœperit omnibus illis a quibus sibi numeratum esse confessus est. Ne dicam, primum actionem suam quodammodo cessisse tertio, tertium quarto, quartum quinto; actione autem principali cessa, ad obtinendam scilicet Francofurti solutionem, actiones quoque accessorias, licet postea demum cedenti acquirerentur, adeoque etiam actionem ex denegata solutione & subsecuta protestatione primo natam, in quintum translatam fuisse, ac per eum posse moveri, patet ex *l. emtori* 6. *ff. de hered. vel act. vend.*

10. Quia vero in quibusdam circa cambiorum jura variant leges ac consuetudines variarum regionum, notandum est, in decidendis circa hæc controversiis spectandas esse leges loci illius, ad quem literæ cambii destinatæ, & in quo vel acceptatæ sunt, vel acceptari debuerunt, non item loci unde missæ; cum illic contractus intelligatur celebratus, ubi implementum ejus destinatum est, *l. contraxisse* 21. *ff. de oblig. & act. l. aut ubi quisque* 3. *ff. de reb. auctorit. jud. possid. l. exigere* 65. *ff. de judiciis.* Quæ porro mensæ cambialis Amstelodamensis jura ac prærogativæ sint, qua ratione nummi apud mensam illam depositi arresto gravari nequeant, & quæ sint alia hujus generis, videri potest apud Roseboom *consuet. Amstelod. cap.* 50. *num.* 14. & *multis seqq.*

TITULUS III.

De Probationibus & Præsumtionibus.

SUMMARIA.

1. *Quid sit probatio? Quid argumenta artificialia seu insita, & inartificialia seu assumta?*
2. *Probatio vel ordinaria est vel extraordinaria; ad extraordinariam etiam pertinet ocularis inspectio.*
3. *Est & vel plena vel minus plena. Quid si utraque? multum ab arbitrio judicis dependet, quousque probatio fidem faciat.*
4. *An, & quousque, fama ac rumores fidem faciant?*
5. *An fuga semiplene probet?*
6. *De probatione seu purgatione vulgari per ferrum candens, duellum &c.*
7. *De assertione vulnerati vulnerantem excusantis aut accusantis, de inscriptionibus et titulis et signis rei impositis, de unius testis depositione. Omnes probationes plena fieri possunt minus plena.*
8. *Probanda facta dubia, non notoria. Quid sit notorium? Quando jura probanda sint?*
9. *Probat actor; sæpe reus, quoties graviores contra eum militant præsumtiones, vel ipse offert probationem.*
10. *An, et quando is, qui negat, onere probandi gravetur?*
11. *Probare tenetur qui non possidet.*
12. *Probandum intra tempora a judice vel lege præfinita. An illa tempora sint continua? An ante litem contestatam probari possit? An operetur aliquid productio instrumenti facta ante litem contestatam. De testibus examinandis ante litem contestatam, si mortis aut absentiæ metus immineat.*
13. *Non etiam recte fit probatio post conclusionem in causa. Quid juris, si ex uno latere tantum in causa conclusum sit? An post conclusionem in causa produci possit authenticum, cujus exemplum ante productum fuerat? An mediante restitutione post conclusionem in causa probatio nova fieri possit? An judex ex officio novam probationem injungere?*
14. *Quid sit præsumtio? Quotuplex? Quid sit præsumtio hominis, & quam vim habeat?*
15. *Quid sit præsumtio juris? Exempla ejus. Qui scripserint de his? Præsumtio juris levior pellitur per præsumtionem contrariam graviorem; quod exemplis docetur.*
16. *Quid sit præsumtio juris & de jure, & quæ exempla ejus.*

17. *Præsumtiones plerumque desumuntur ex eo, quod frequenter accidit, quandoque tamen etiam ex eo, quod raro contingit.*
18. *An ex præsumtionibus juris sententia ferri possit, & reus condemnari in civilibus & criminalibus causis?*
19. *Quid sint fictiones juris, & in quo distent a præsumtionibus?*
20. *Quid sit simulatio, & in quo distet a fictione juris?*

1. CUm in judiciis paria sint, aliquid non esse, et non apparere, ac multi in lite succumbant, quibus non jus sed probatio deficit, arg. *l. duo sunt Titii* 30. *ff. de testam. tut. leg. in re* 3. *ff. de fide instrum.* non mirum, si litigantium unusquisque omnes intendat vires ad conquirenda undequaque, quæ ad suæ causæ adstructionem conducere persuasus est. Probationem cum Cujacio *in paratil. C. h. t.* non male definiveris *intentionis suæ legitimam fidem*; seu actum quo rei dubiæ per argumenta fides sit. Qualia argumenta secundum Rhetores atque Dialecticos vel artificialia sunt, vel inartificialia. Artificialia dixerunt, quæ ex causa ipsa quodammodo trahuntur ac gignuntur, adeoque industria et arte ex ipsius negotii qualitatibus atque circumstantiis eruuntur; inde etiam a Cicerone *insita* appellata; veluti si quis a causa, vel ab effectu, vel ab alio quo loco dialectico, suas deduxerit pro litis justitia rationes. Inartificialia sunt, quæ extrinsecus ad fidem faciendam adhibentur, adeoque quæ extra dicendi rationem accipit causarum Orator, ob id *assumta* a Cicerone dicta: cujus generis non modo tabulas et testes, sed et jusjurandum et præjudicia, et quæstiones esse, in iisdem maximam contentionum forensium partem consistere, Quintilianus auctor est, *instit. orator. lib.* 5. *cap.* 1. Sciendum tamen, omnia fere argumenta artificialia inniti inartificialibus; in quantum circumstantiæ ac qualitates negotii, ex quibus artificialia colliguntur atque formantur, per testes aut tabulas aliaque similia probandæ sunt. Qua ratione, si quis virginem esse neget, quia peperit; hominem a se Carthagini Calendis Aprilibus occisum inficietur, quia toto eo die alibi fuit; corruet omnis argumenti vis, nisi partus editio atque absentia a loco cædis aliunde doceatur. Idemque de ceteris judicium esto.

2. Dividitur quoque probatio, quod alia sit ordinaria, quæ scilicet per instrumenta aut testes fit, alia extraordinaria, ad quam jusjurandum nec non adversarii confessio pertinet, sive sponte emissa, sive per quæstiones extorta: unde & Jurisconsultus, agnoscens satis, has duas species ad probationem ordinariam ac proprie dictam haud posse referri, de jurejurando dixit, *perinde haberi id quod juratum est, atque si probatum esset*, *l. sed si possessori* 11. §. *si, eum de* 3. *ff. de jurejurando*, ac de confessione, *confessum pro judicato esse*, *l.* 1. *l.* 3. *l.* 5. *pr.* & §. 2. *ff. de confessis*. Ceterum de jurejurando actum satis in *tit. de jurejurando*; de confessione pluribus ex professo *ad tit. de confessis*, & *ad tit. de quæstionibus* tractandum erit. Sed & ad hanc extraordinariam probationem forte non perperam retuleris ocularem judicis inspectionem, de qua quædam tradita *in tit. finium regund. num.* 9. ac latius tractat Joh. Andr. Dorusperger *syntagmate juris de probat. libr.* 1. *cap.* 2. & 3. Rutgerus Rolant. *de commissariis & commission. part.* 2. *l.* 3. Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 27. 28.

3. Est insuper probatio secundum interpretes alia plena, alia minus plena. Plenam dicunt, quæ sufficientem gestorum fidem facit sic, ut judex per eam abunde instruatur ad sententiam ferendam. Minus plenam, quæ sola non satis instruit judicem, ut ad definitivam possit sententiam procedere, sive in se spectata debilior sit, sive per se satis firma, per alia in contrarium adducta labefactetur; quo fit, ut dubium incertumque relinquat animum ejus, ac in criminalibus quidem ad quæstionum adhibitionem subinde impellat, in civilibus vero ad jurisjurandi delationem, actori faciendam vel reo pro circumstantiarum varietate, secundum ea quæ pluribus *tit. de jurejurando n.* 27. & *seqq.* dicta sunt. Neque dubium, quin probationum minus plenarum aliæ magis, aliæ minus judicem movere valeant, atque adeo vel leviorem gignere in mente ejus suspicionem, vel præsumtionem graviorem; unde nec certis juris præceptis tradi satis apte potest, quantam probatio cuique rei adhibita judici fidem faciat: *quæ argumenta* (inquit Imp. Hadrianus in suo ad Valerium Verum rescripto) *ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita sæpe, sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur: alias numerus testium, alias dignitas & auctoritas, alias veluti consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris*, *l. testium fides* 3. §. *ejusdem.* 2. *ff. de testibus.*

4. Illud constat, famam publicam rumoresque dispersos per se neque plene, neque semiplene (ut loquuntur) probare, sed tantum indicium aliquod facere, ad quod judex in criminalibus ulteriorem instituat veritatis indagationem, atque etiam circa tutores fama publica suspectos inquirat eosque removeat, si ex apertissimis rerum argumentis ei liqueat, tutorem suspectum esse, arg. *l. tutor quoque* 3. §. *præterea* 4. *ff. de suspect. tut. l. congruit* 13. *ff. de offic. præsidis.* Sed & probationes alias a fama publica concurrente adjuvari atque confirmari, habet *d. l.* 3. §. 2. *ff. de testibus.* De cetero fama tam ficti pravique tenax, quam veri nuncia; unde & Quintilianus *lib.* 5. *institut. orator. cap.* 3. scripsit: *famam atque rumores pars altera consensum civitatis & velut publicum testimonium vocat; altera sermonem sine ullo certo auctore dispersum, cui malignitas initium dederit, incrementum credulitas; quod nulli non innocentissimo possit accidere fraude inimicorum falsa vulgantium.* Cui consequens est, arbitrio judicis providi committendum esse, quo usque famæ credendum sit; licet hoc judicis arbitrium interpretes varie restrictum velint, ut patet ex iis quæ scripsit Thomas de Piperata, *in tractatu de fama*, qui est *in tractatu tractatuum tom.* 11. *part.* 1. *pag.* 8. Mascardus *de probationib. conclus.* 749. & *seqq. ad conclus.* 756. ad verbum *fama*. Joh. Andreas Dorusperger *syntagm. juris de probat. libr.* 1. *cap.* 40. Menochius *de præsumtion. libr.* 1. *quæst.* 1. *num.* 39. & *seqq.* & *quæst.* 89. *num.* 25. & *seqq.*

5. Fuga quoque, licet aliquam generet suspicionem

adversus fugientem, non tamen plenam, imo ne semiplenam quidem probationem habet. Esto enim, quod reus *per fugam sui pene accusator existat*, ut ait Imp. in *novell.* 53. *cap. si vero semel* 4. non tamen inde nocens dicendus est; cum non accusatio, sed convictio atque probatio, nocentem faciat; atque insuper a metaphoricis ac hyperbolicis novellarum, stilo luxurantium, locutionibus perperam argumenta petantur. Nec adversatur *l. impuberibus* 7. §. *praterea* 2. *ff. de suspect. tut.* Non enim ibi fuga, vel potius latitatio tutoris, plenam aut semiplenam delicti alterius probationem continet, sed magis constituit ipsum illud delictum, propter quod tutor patitur missionem in possessionem rerum suarum, ac tanquam suspectus removetur; uti id ex *d. l.* 7. §. 3. apertum est. Quadratque hæc eadem responsio etiam in legem *si in libertinum* 28. §. 1. juncto *princ. ff. de bonis libertorum.* Licet enim prima specie illic hi, qui fugerint, nocentibus atque damnatis aut conscientia sceleris metuque accusationis mortem sibi consciscentibus assimilati, ac æqualiter publicationem bonorum patientes, pro confessis atque convictis ex fuga habendi videantur: non tamen ita est: sed potius ipsa fuga est delictum illud, propter quod publicatio bonorum imponitur; eo quod ex juris Romani principiis rei criminum absentes & latitantes requirendi erant, ac citandi, ut se sisterent, atque interim bona eorum adnotabantur, ut, si ultra annum distulissent sui copiam facere, bona adnotata in fiscum redigerentur; non in pœnam delicti, cujus insimulati erant, sed in pœnam contumaciæ, quod requisiti & edictis vocati spreverant judicem vocantem; adeo ut post annum sese sistentes ad innocentiæ quidem demonstrationem admittendi essent, quo evitarent graviores delicto pœnas a lege propositas, sed bona ob contumaciam publicata haud recuperarent, *l.* 1. *l. annus* 4. *& tot. tit. ff. de requirendis reis vel absent. damnandis*, *l. quicunque* 2. *C. eod. tit.* denique nec quicquam facit, quod in *l. consiliarios* 3. *C. de assessoribus*, fugientes videantur pro confessis habendi. Etenim ibi quoque fuga seu profectio præmatura crimen constituit in personis illis, de quibus ibi sermo est; quatenus judices civiles & militares post administrationem depositam quinquaginta dies in civitatibus vel certis locis, ubi administrarunt, remanere debent, alioquin graviter, etiam tanquam rei majestatis læsæ puniendi, *l. unic. C. ut omnes judic. tam civ. quam milit. post administr.* inter quas pœnas & illa in *d. l.* 3. proponitur, quod judex qui accusatus consiliarios & domesticos suos (ex quibus veritatis inquisitio fieri poterat) subtraxit, seu curavit abesse, pro confesso habeatur, ac ut talis condemnari debeat. Plura de fuga, & inde nata præsumtione vel graviore vel leviore, inde apud Menochium *de præsumt. l.* 1. *qu.* 89. *n.* 36. *& seqq.* Mascardum *de probationib. concl.* 820. 821. 822. 823. ad verbum *fuga.* Jacob. Coren *consil.*

6. Longe minus plene vel semiplene fidem faciunt probationes illæ, quæ *canonicis* probationibus seu purgationibus in jure Canonico oppositæ, *vulgares* dictæ sunt: certum quippe nullum in jure naturæ aut ratione fundamentum habentes, sed vulgi opinioni erronea ac corruptela inductæ, seculis mediis barbarie laborantibus invaluerunt; veluti, quæ per flammam, ferrum candens, aquam frigidam aut ferventem, sacram hostiam, duellum, & similia fiebant: quarumque descriptiones & exempla videri possunt apud Rittershusium *in partitionib. feudalibus l.* 2. *cap.* 10. *n.* 27. *& multis seqq.* Petrum Gregorium Tholosanum *in syntagm. juris civilis libr.* 48. *c.* 15. *&* 16. Guidonem Papæ *decis.* 597. *& seqq.*

7. Quantam porro fidem faciat assertio vulnerati vulnerantem excusantis aut culpantis, dicetur *in tit. de Senatuscons. Silan. & Claudiano.* Quo usque probent inscriptiones & tituli & signa rebus imposita, vide apud Dominum Ant. Matthæum *de probationibus c.* 2. *num.* 40. *& seqq.* Quid operetur unius testis depositio, ex parte jam traditum *in tit. de jurejurando n.* 26. ac ulterius in *tit. de testibus* explicandum erit. Quæ confessionis extrajudicialis sit auctoritas ad probandum, videri licet in *tit. de confessis.* Longum esset singulas enarrare probationum minus plenarum species; maxime si consideres, etiam omnes illas, quæ in se spectatæ efficaces essent ad plenam judici fidem faciendam, ex innumeris prope circumstantiis, ac tentatis in contrarium probationibus debilitari, & ita minus plenas fieri.

8. Versantur probationes circa facta, & ea quidem dubia, non certa aut *notoria* vulgo dicta, arg. *l.* 1. *in fine ff. de act. emti*, *l.* 1. §. *furiosum* 12. *ff. de oblig. & act.* (de quibus notoriis fuse egit Antonius de Butrio *tract. de notorio*, qui est *in tractatu tractatuum tom.* 4. *pag.* 50. Mascardus *de probat. conclus.* 1107. 1108. 1109. 1110. 1111. ad verbum *notorium.* Menochius *de arbitrar. jud. libr.* 2. *causa* 166. & *de præsumtion. libr.* 1. *quæst.* 67.) idque vel præcise, die & consule designato, vel etiam aliquando ἀπλάτα, puta, cum quæritur, utrum operis alicujus facti memoria existat, nec ne, *l. in summa* 2. §. *idem Labeo* 8. *ff. de aqua & aquæ pluv. arcenda*, *l. si arbiter* 28. *ff. h. tit.* de cujus emendatione Ræverdus *variorum l.* 1. *cap.* 14. Factorum scilicet fides facienda est judici, quoniam sola facti quæstio in judicantis potestate est, non item juris auctoritas, *l. ordine decurionum* 15. *in fine pr. ff. ad municipalem*, *l.* 1. §. *quorum* 4. *in fine ff. de senatusc. Turpill.* Atque hinc nec jura probanda; quippe quæ publice constituta certa apparent, judicique aut nota sunt, aut esse debent, adeo ut officium ejus sit supplere ea, quæ in juris allegationibus advocatis partium deesse videt, secundum ea, quæ *tit. de judiciis n.* 49. dicta sunt. Si tamen circa jus versetur facti quæstio, id quod facti est probatione indiget, veluti si quis legem neget promulgatam esse, ac ob id non ligare contendat, ut expositum *tit. de legibus n.* 10. vel si consuetudo allegetur, quam adversarius usu introductam inficiatur, *l. cum de consuetudine* 34. *ff. de legibus*, vel si personali privilegio quis nitatur, ac pars adversa excipiat, illud nunquam fuisse impetratum: vel denique quis dicat, adversarium suum ab aliquo jure prohibitum esse specialiter lege aut constitutione, *l. ab ea part.* 5. *ff. h. t.* dum, verbi gratia, quis advocato partis objicit, eum de jure non posse postulare; vel accusatori, eum non posse accusare, quia tali laborat defectu, propter quem edicto prætoris, aut lege, postulandi vel accusandi facultas ei negata est: juxta *l. qui accusare* 8. *& seqq. ff. de accusation.* & *l.* 1. *ff. de postulando*, *l. si qui* 5. *C. eod. tit.* Vinnius *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 11.

9. Probat autem primo loco actor suam intentionem, nisi illa in confesso sit, dein reus exceptionem,

eum excipiendo actor fiat, *l. si quidem* 9. *C. de exception. l. possessiones* 2. *l. exceptionem* 19. *l. actor.* 23. *C. h. t. l. verius* 21. *ff. h. t.* §. *non solum* 4. *in fine. Instit. de legatis.* Actore non probante, reus absolvendus est, licet nihil ipse præstet; nec actor profitendo, se probare non posse quod asseverat, reum necessitate monstrandi contrarium adstringit, *l. qui accusare* 4. *C. de edendo, d. l.* 2. & *l.* 23. *C. h. t. d. l.* 9. *C. de exception.* nisi graviores contra reum militent præsumtiones; quippe quæ in reum rejicerent protinus probandi onus. Qua ratione, quia quisque bonus præsumitur, heres inofficiosi testamenti querela pulsatus docere debet, veram esse causam exheredationis testamento insertam, ac agenti impactam, *novell.* 115. *cap. aliud quoque* 3. *in pr.* Conventus indebiti condictione a muliere, minore, milite, & similibus, soluta sibi reddere compellitur velut indebita, si non ipse debita probet. Idemque est, si primo ipsam inficiatus sit solutionem, & mendacii convictus, *l. cum de indebito* 25. & §. 1. *ff. h. t.* Subsidiaria quoque actione adversus magistratus mota per pupillos ex administratione tutelæ læsos, ab ipsis magistratibus vocatis probatio exigitur, idoneos fuisse dationis tempore tùm datos tutores tum fidejussores admissos, *l.* 1. §. *probatio* 13. *ff. de magistrat. conveniendis.* Voluntatis mutatæ probationem ei incumbere, qui convenitur, Papinianus auctor est, *l. cum tacitum* 3. *ff. h. t.* Et, cum legatarius duas protulisset scripturas legata sibi relicta continentes, heredi reo injunctum, ut probet, defunctum non duplicare, sed tantum repetere legatum voluisse, ac posteriorem scripturam inanem esse, *l. quingenta* 12. *h. t.* Sciendum tamen illis in casibus, quibus actori secundum jus commune prius onus probandi incumbit, dein reo, posse nihilominus reum, ad finem litis festinantem, & causæ suæ meritis fidentem, suas producere probationes, antequam ulla per actorem productio facta fuerit, dum suo quisque juri valide renunciat, ac reo etiam permissum est, ultro in se suscipere probationem, *l. circa eum* 14. *in med. ff. h. t.* Damhouderus *praxi civili c.* 160.

10. Probat & qui asserit, non qui negat, eo quod per rerum naturam factum negantis probatio nulla est, *l. actor.* 23. *C. h. t. l. asseveratio* 10. *C. de non numerata pecun. lib.* 2. *l. quoties* 18. §. *ult. ff. h. tit.* si modo negatio facti, & negatio simplex sit, nullis circumstantiis loci aut temporis munita: nam si vel juris negatio fiat, vel facti negatio qualitatibus loci atque temporis vestita sit, ipsi negotii probatio per leges imposita est; cum hujusmodi inficiationes in se involvant affirmationem quandam, ex cujus probatione per argumentum artificiale educitur veritas negationis, unde & talem negationem a pragmaticis dici *negativam prægnantem*, monet Merula *Praxi l.* 4. *tit.* 69. *num.* 6. Qua ratione ei, quem promisisse stipulanti scriptum est in instrumento, quique promissionem a se factam negat, quia eo tempore præsens non fuit; hujus absentiæ probatio injuncta est; eo quod docendo, se alibi fuisse (quod adfirmationem non vero negationem continet) docet aperte, se altero in loco, in quo promissio facta dicitur, præsentem haud fuisse, nec stipulanti promisisse, *l. optimam* 14. *C. de contrah. et comitt. stipulat.* §. *item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* Similiter compotem mentis non fuisse eum, qui codicillos forte condiderat, probare tenetur, qui eo fundamento detrectat relictorum solutionem; cum probatis furoris actibus, eo tempore exercitis, quo codicilli feruntur conditi, sponte fluat, quod probandum erat, *l. ne codicillos* 5. *C. de codicillis.* Sed &, si quis Titium, qui pro Mævii filio habebatur, filium Mævii esse neget, negationis suæ fidem facere debet, probata scilicet partus suppositione, aliove quo facto, quod ipsum affirmationem habens, efficit, ut pateat, negationi veritatem adesse, *l. quidam, quasi* 15. *in fine ff. h. t. l. non nudis* 14. *C. h. t.* Et si filius *in potestate patris se esse* neget, ab eo probationem judex recte exegerit, quia se quodammodo liberum, seu a patria potestate liberatum, contendit, atque ita negando affirmat, *l. si filius* 8. *ff. h. t.* Is quoque, qui quid de se confessus fuit, (veluti, hominem a se occisum esse) si deinde neget ea, quæ confessione complexus est, subire debet probandi necessitatem; si confessionem suam sibi nolit damnosam esse, *l. inde Neratius* 23. §. *ult. l.* 24. *ff. ad leg. aquil.* Idemque de innumeris prope aliis, in jure sparsim occurrentibus, dicendum est. Confer de negatione probanda Franciscum Herculanum & Martinum de Fano, *in tractatibus de negativa probanda*, in tractatu tractatuum *tom.* 4. *fol.* 12. *et seqq.* Meyerum *Collegio Argentorat. ad Pand. h. t. n.* 7. Vinnium *select. quæst. lib.* 2. *cap.* 12. Parentem p. mem. Paulum Voet *in prima Philosophia cap.* 7. *sect.* 2. *n.* 14. & *seqq.* & *ad* §. 12. *Instit. de inutil. stipulat. n.* 4.

11. Probat denique is, qui non possidet; utpote quo deficiente in probatione, possessor vincit ac absolvendus est: eoque nititur fundamento prudens Gaji monitum, cum ait, eum, qui destinavit rem petere, animadvertere debere, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est, ipsum possidere, & adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere, *l. is, qui destinavit* 24. *ff. de rei vindic. l. ult. C. eod. t.*

12. Facienda probatio intra tempus a judice vel lege, certas ad probationem faciendam dilationes variis in casibus indulgente constitutum, *l.* 1. *C. de dilationib. l. quinquaginta* 38. *ff. de excusat. tut.* adeo ut hæc tempora continua esse, atque ipsis etiam feriatis diebus currere velint arg. *l. sive pars* 3. *C. de dilationibus*, ac peremtoria esse. Christinæus *ad Leg. Mechl. t.* 1. *art.* 28. *in additam. num.* 2. licet aliquando ex justa causa aliam concedi dilationem cautum sit, Instruct. Curiæ supr. *art.* 183. & *seqq.* Curiæ Hollandicæ *art.* 59. & 147. Curiæ Brabant. *art.* 452. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 909. Et quidem regulariter probandum post litem contestatam, ante conclusionem in causa, *auth. at qui C. h. t.* Ante litem contestatam præmatura ac sæpe superflua probatio est; cum sciri nequeat, quid reus confessurus, quid negaturus sit, ac sola negata, non item ea quæ in confesso sunt, probatione indigeant. Quæ adeo vera, ut pragmatici velint, nihil agi per instrumentorum productionem, quæ litem contestatam antecessit, nisi post litem contestatam repetatur. Mynsingerus *cent.* 2. *observ.* 53. Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 9. Si tamen ante litem contestatam metus justus subsit, ne forte testes moriantur, jam senes vel ægrotantes, aut ne longe absint peregrinatione in plures annos continuanda, indeque non jus tandem, sed probatio deficiat, etiam ante litem

contestatam solemnem testium audiri depositionem, ac in perpetuum rei memoriam asservari obsignatam, & suo tempore una cum reliquis probationibus publicandam, moris est. Ita tamen, ut citandus videatur futurus adversarius, quo testium productioni adsit, &, si consultum putet, eosdem vicissim pro se interrogari petat. Quibus observatis, perinde id habendum erit, ac si post litem contestatam examen peractum esset; nisi post litem contestatam testes etiamnum in vivis essent, quo casu rursus producendi forent, depositiones suas confirmaturi, *cap. quoniam frequenter* 5. *extra*, *ut lite non contestata non procedatur ad test. receptionem. Ampliatie van d'instructie van den Hove van Holland.* 21. *Dec.* 1597. *art.* 19. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 771. *Instructie van den Hove van Vlaanderen art.* 322. *d. vol.* 2. *pag.* 2747. Neostadius *Curiæ supr. decis.* 60. Damnouderus *praxi civili cap.* 162. And. Gayl *libr.* 1. *observ.* 92. 93. 94. Joh. Andr. Dornsperger. *syntagm. juris de probation. lib.* 1. *c.* 17. Rutgerus Rulant *de commissariis & commission. p.* 2. *lib.* 1. *c.* 1. *& mult. seqq.* Wassenaar *pract. judiciel. c.* 1. *n.* 166. 167. 168. Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *consil.* 33. Sed & ante litem contestatam probandas esse declinatorias fori exceptiones, & quæ dicuntur *litis finitæ*, impedientes ingressum litis, alibi traditum.

13. Ex adverso post conclusionem in causa ulterior probationum productio seu adhibitio improbata est, ob metum subornationis, *auth. jubemus C. de judiciis*. Instructio Curiæ Holl. *art.* 81. si modo ex utroque latere in causa conclusum & ita ulteriori productioni renunciatum fuerit: nam si ex uno tantum latere in causa conclusum sit, etiam huic ipsi, qui in causa jam conclusit, adhuc in Hollandia probationes facere permissum est, eo quod tunc nondum didicit adversarii productiones. Neostadius *Curiæ Holl. decis.* 42. Post conclusionem tamen in causa ipsum produci authenticum instrumentum, cujus solum exemplum antea productum fuerat, nihil impedit; cum illa nova probatio dici nequeat, maxime si notabilis negligentia producentis incursari non possit, Rittershusius *ad novellas lib.* 9. *cap.* 24. *num.* 22. Vide Carpzovium *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 11. Sed & post conclusionem in causa ac probationum publicationem novas probationes, præcipue noviter repertas, producendi licentiam frequenter impetrari, petita ad id in integrum restitutione, in praxi receptum est. Confer Instr. Curiæ supremæ *art.* 191. *& seqq.* Ultrajectinæ *t.* 14. *van requeste civile*, *art.* 2. *& seqq.* Flandricæ *art.* 310. *& seqq. vol.* 2. *placit. Holl. p.* 2745. Wassenaar *pract. judic. cap.* 2. *num.* 1. *& multis seqq.* Quin imo, si lis apud delegatos Ordinum Hollandiæ (*Gecommiteer de Raden*) agitetur, etiam sine restitutionis impetratione nova documenta produci, postquam jam utrimque documenta communicata sunt, cautum est. *Reglement van de Rolle van de Gecommiteer de Raden* 22. *Januarii* 1660. *art.* 23. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1125. Similiter & ipsos judices, examinatis reprobationibus probationum atque salvationibus, decernere posse ulteriorem inquisitionem in facta salvationibus aut reprobationibus comprehensa, si putent, inde dependere, ut hoc vel illo modo sententia feratur, constat ex Instructione Curiæ Hollandicæ *art.* 148. Quæ & alia similia apertius & perfectius a quotidiano judiciorum usu petenda, ac agendo discenda sunt. Etenim in modo, forma, ac ratione probandi observanda consuetudo loci, in quo litigantur, & ubi probationes producuntur, *l. testium fides* 3. *§. ult. ff. de testibus*.

14. Altera tituli parte de præsumtionibus agitur, quæ sunt conjecturæ ex signo verisimili ad probandum assumtæ; vel opiniones de re incerta, necdum penitus probata. Harum triplicem speciem DD. constituunt, aliam nempe hominis, aliam juris, aliam juris & de jure. Præsumtio hominis est, cum ex ipsius negotii probabilibus qualitatibus ac circumstantiis aliquid inducitur, & fidem quandam invenit, aliquando majorem, aliquando minorem, donec contrarium probatum aut gravioribus præsumtionibus inductum fuerit. Qua ratione nemo negaverit, graviorem contra Titium præsumtionem militare, si ipse inimicus Mævii existens cædis tempore visus sit gladio cruentato, mente turbata, torvo vultu, egredi ex cœnaculo, in quo Mævius occisus est, nec tamen ideo plena ex hoc solo atque perfecta probatio surgit. Et quamvis dubium non sit, quin apud viros graves et honestos suspicio quædam nascatur, tutelam fraudulenter gestam et rationes pupillares distractas fuisse a tutore, cum nec ipse nec uxor ejus quicquam ante administrationem habuissent, et derepente tempore administratæ tutelæ opulentus evasisset, non tamen hoc sufficiens ad probandum indicium est, sed aliis id argumentis comprobari oportet; eo quod pauperibus augmentum patrimonii labore et industria multisque casibus aliis acquiri potest, et in dubio bonus unusquisque credi debet, donec aliud probatum fuerit, *l. si defunctus* 10. *C. arbitrium tutelæ*, *l.* 51. *ff. pro socio*. Dependent ergo potissimum ab arbitrio judicis hæ præsumtiones hominis, quantam nempe iis vim, quantamque fidem, secundum animi sui religionem, tribuat. Menochius *de præsumtion. lib.* 1. *quæst.* 44. *n.* 8. 9.

15. Juris præsumtio dicitur, quæ ex legibus introducta est, ac pro veritate habetur, donec probatione aut præsumtione contraria fortiore enervata fuerit. Cumque ex ipso jure descendat, in potestate vero judicis facti quidem quæstio sit, non juris auctoritas, consequens est, eam ab arbitrio judicis haud dependere, arg. *l. ordine* 15. *in fin. pr. ff. ad municipalem*, *l.* 1. *§. quorum* 4. *ff. ad senatusc. Turpill.* Menochius *de præsumt. d. lib.* 1. *quæst.* 44. *num.* 3. *& seqq.* Hujus exempla prope infinita per universum jus dispersa, singulis in materiis fere adnotata sunt; veluti, neminem velle suum jactare, *l. cum de indebito* 25. *ff. h. t.* Ademtum legatum, quod testator ex libera voluntate alienavit, *l. rem legatam* 18. *ff. de admin. vel transferend. legatis*, aut si capitales inter testatorem et legatarium inimicitiæ exarserint, *l. si quis ita* 3. *§. ult. ff. eod. tit.* Pignore per creditorem legato ei, qui id obligaverit, remissum esse pignoris jus, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de liberatione legata*. Negotium unumquodque, quod gestum est, rite atque ordine, solemnitatibus tum internis tum externis adhibitis gestum esse, *§. si scriptum* 17. *Instit. de inutil. stipulat. §. ult. Instit. de fidejussoribus*, *l. sciendum est*, 30. *l. Titia quæ* 134. *§. pen. ff. de verb. oblig. l.* 1. *C. de contrah. & commit. stipulat. l. si scriptum* 11. *C. h. t.* Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 16. *num.* 19. Quæ pauca hic attigisse suffecerit, longam enim præsumtionum seriem habent, qui de his scripserunt, Guido Papa *de præsumt. in tractatu tractatuum tom.* 4. *fol.* 400. Menochius *de*

præsumtion. Alciatus *de præsumt.* Dornspergerus *in syntagmate juris de probation. lib.* 1. *cap.* 38. & 39. De cetero præsumtionem leviorem a graviore pelli, ex variis facti speciebus constat. Ita, licet nemo præsumatur velle jactare suum, *d. l.* 25. *ff. h. t.* tamen si sciens indebitum solverit, donasse præsumitur, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris.* Præsumitur quisque solvisse quod erat debitum, ac indebitum a se solutum asserens probare debet. Sed si accipiens primo numerationem ipsam inficiatus ac mendacii convictus fuerit, indebitum accepisse creditur, uti & mulierem, militem, minorem, ac similes indebitum solvisse præsumtio est, ubi intentant indebiti condictionem *dist. l.* 25. *pr.* & §. 1. *ff. hoc t.* Patrem, quæ filio studiorum causa peregre agenti subministravit, non credendi animo sed pietate debita ductum misisse, si non aliud probetur, Ulpianus auctor est *l. quæ pater* 50. *ff. familiæ ercisc.* si tamen bona materna filius habeat, credendi ac deducendi opinione in studia aut honorem filii a patre erogatum fuisse, judex arbitrabitur, *l. ult. ff. de petit. hered.*

16. Præsumtionem juris & de jure appellant interpretes, quoties jus præsumit aliquid, ac super præsumto disponit, nec admittit in contrarium probationem, veluti puellam minorem annis duodecim necdum viripotentem esse; ideoque nullas cum ea posse nuptias contrahi, licet in domum mariti deducta, jam loco nuptæ esse cœperit, *l. quæsitum est* 9. *ff. de spons.* arg. *l. si sponsa* 74. *ff. de jure dot. l. nec ullam* 13. §. *omnibus* 1. *ff. de petit. hered.* Minores viginti quinque annis, qui curatores acceperunt, impares esse rebus suis administrandis, licet res bene gerant, & ob id ad eam usque ætatem curatorum auxilio debere regi, *l.* 1. §. *ult. ff. de minor.* 25. *annis.* Eum, qui cum aliena uxore loqui deprehenditur in domo mariti, vel uxoris, vel in popinis, vel in suburbano, cum ei jam ter a marito in scriptis sub præsentia trium testium fide dignorum denunciatum esset, ut abstineret, adulterum esse: ac propterea impune a marito occidi *auth. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Donare voluisse eum, qui sciens prudens indebitum solvit, ideoque denegandam ei indebiti condictionem, *l. cujus per errorem* 53. *ff. de reg. juris, l. quod quis sciens* 50. *ff. de condict. indeb.* Falsi crimen commisisse, qui sibi fuisse in testamento alieno quid adscripsit, ideoque & relictis carere debere, & ex publico legis Corneliæ de falsis judicio damnari, *l. Divus Claudius* 15. *ff. ad leg. Cornel. de falsis.*

17. Licet autem præsumtiones aut plurimum ex eo, quod frequenter accidit, & fieri ordinarium est, desumi soleant, quandoque tamen ea etiam, quæ rarius eveniunt, lex præsumit, usque adeo, ut & super præsumto tali disponat. Tergeminos uno partu edi rarius est, frequentius singulos; & tamen in casu, quo pater uxore prægnante & filiis jam natis relictis moritur, præsumtum fuit tergeminos nascituros, & ob id definitum, ita interim, donec vidua pepererit, defuncti parentis hereditatem liberis jam natis assignari, ut tres partes utero reserventur, quasi tergeminis nasciturís, *l. antiqui* 3. *l.* 4. *ff. si pars hered. pet.* Ad centum annos vivere homines, prout nunc hominum corpora tellus producit, insolitum esse, certum est; si tamen municipio, corpori, vel collegio ususfructus constitutus fuerit, centum annis tuendos esse municipes placuit, quia is finis vitæ longævi hominis est, *l. an. ususfr.* 56. *ff. de ususfr.* & *quemad. quis ut.*

18. Ceterum ex præsumtionibus juris & de jure ferri posse sententiam, vix ambigi potest, cum ea ratione secundum leges, aliquid præsumentes, ac super præsumto disponentes, judicetur. Sed & ex solis juris præsumtionibus, probatione contraria aut præsumtione fortiore non enervatis, sententiam absolutoriam ferri posse, tum in civilibus tum in criminalibus, dubium esse nequit, si consideres, actore non probante eos regulariter absolvendos esse, licet ipsi nihil præstent, dum pro his rem possidentibus præsumtio militat in actionibus in rem; & nemo se vel res suas obligasse creditur; nemo delicti vel criminis intuitu nocens, sed magis bonus præsumitur; quo fit, ut ab actione in personam aut accusatione absolvendus sit, qui nec debitor nec nocens per adversarium probatur, secundum vulgata jura. In causis quoque civilibus ex juris præsumtione condemnationem sequi posse expeditum puto: nam si quis indebiti condictione conventus, ipsam pecuniæ solutionem per mendacium inficiatus sit, ita indebitum ei solutum præsumitur, ut, nisi ipse debitum probet, ad soluti restitutionem compellendus sit, *l. cum de indebito* 25. *ff. h. t.* idemque est, si a muliere, vel milite, vel minore, indebiti condictio intentetur, *d. l.* 25. §. 1. *ff. h. t.* Conventi actione subsidiaria magistratus in id, quod pupillus a tutore ac fidejussore ejus servare non potuit, condemnationi subjacebunt ex eo, quod jus præsumit, eos vel non idoneos dedisse tutores, vel fidejussores minus idoneos admisisse, si non ipsi contrarium docuerint, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. 12. & 13. *ff. de magistratibus conveniendis.* Simileque jus est in ceteris casibus, in quibus leges contra reum præsumtiones induxerunt. Vide *l. fideicommissa* 11. §. *si rem suam* 12. & 13. *ff. de legatis* 3. *l.* 9. §. 2. *l.* 16. *l.* 17. *l.* 18. *l.* 22. *l.* 23. *ff. de reb. dubiis, l. cum hic status* 32. §. *si ambo* 14. *ff. de donat. inter vir.* & *uxor.* Præterquam quod & a pragmaticis est traditum, ex pluribus præsumtionibus simul junctis etiam sæpe plenam posse induci probationem; de quo vide Menochium *de præsumt. lib.* 1. *qu.* 40. & 41. Mynsingerum *cent.* 2. *observ.* 100. Berlichium *conclus. pract. par.* 1. *conclus.* 36. *n.* 156 & *seqq.* Causas criminales quod attinet, licet ibi regulariter requiri videantur probationes luce meridiana clariores, nec ex *suspicionibus* solis pœnæ infligendæ sint, satiusque tunc existimatum fuerit, impunitum dimitti facinus nocentis, quam innocentem condemnari, *l. absentem* 5. *ff. de pœnis;* tamen & ex præsumtionibus urgentissimis reum damnari posse, innuit *l. ult. C. h. t.* in qua dum ab Imperatoribus rescriptum est, accusatores eam rem deferre in publicam notionem debere, quæ munita sit *idoneis testibus*, vel instructa *apertissimis documentis*, vel *indiciis indubitatis* & *luce clarioribus*, per indicia indubitata, a testibus & a documentis idest instrumentis distincta, non aliud intelligi posse videtur quam gravissimæ præsumtiones ex criminis ipsius qualitatibus, atque circumstantiis surgentes. Atque ita in *l. si quis adulteriis* 34. *C. ad leg. Jul. de adulteriis*, proponuntur indicia manifesta, ex quibus facinus velut convictum confessumque puniri jubetur. Quibus similia sunt, quæ traduntur in *aut. si quis ei C. ad leg. Jul. de adulteriis.* Incestus pœnas iis imponendas esse qui clam incestuosas nuptias con-

traxerint, quia præsumit jus eos scientes incestu se polluisse, Paulus docet *l. ult. in fine ff. de ritu nuptiar.* Ex lege Cornelia dum is solus punitur, qui dolo occidit, necesse est, ut admittamus, ex præsumtionibus damnationem sequi; cum dolus, in mente residens, non nisi ex ipsius facti qualitatibus colligi, atque ita ex præsumtione doceri possit, *l. 1. §. Divus 3. ff. ad leg. Cornel. de sicariis*, junct. *l. dolus emtoris 10. C. de rescind. vendit. l. fraudis interpretatio 79. ff. de reg. juris.* Sande *decis. Fris. lib. 5. t. 9. defin. 14. ibique plures citati.*

19. Præsumtioni affinis est fictio juris; commentum scilicet ad conciliandam æquitatem cum ratione & subtilitate juris. Quæ tamen juris fictiones in eo distant a præsumtionibus, quod præsumtiones ea contineant, quæ probabilem habent veritatem, fictiones vero manifestam supponant ac agnoscant falsitatem, licet de cetero tantum soleant operari in casu ficto, quantum veritas in casu vero, uti id latius traditum *tit. de reb. creditis num.* 4. 5. 6. Confer de juris fictionibus D. Noodt *probabilium lib. 3. cap. ult.* Anton. Dadinum Alteserram, *in libello de juris fictionibus.*

20. Fictioni non absimilis simulatio est, nisi quod fictiones *juris* sunt, & effectum in jure sortiuntur; at simulationes *hominum* magis, & effectu carere debent, ubi deteguntur, dum plus valere debet quod agitur, quam quod simulate concipitur, *tit. C. plus valere quod agitur &c.* Ex quibus autem circumstantiis contractus præsumi possit simulatus, prolixius excussit Lambertus Goris *Adversarior. tract. 3. cap. 14. n. 1. & seqq. usque ad n. 15.*

TITULUS IV.

De Fide instrumentorum & Amissione eorum.

SUMMARIA.

1. *Quid sint instrumenta? An & in criminalibus possint fidem facere?*
2. *Quid sint instrumenta publica, quæ auctoritate publica conficiuntur? Acta publica non sunt ex locis, ubi asservari solent, transferenda.*
3. *De instrumentis publicis a tabellione confectis. Quæ eorum requisita ex jure Romano? Quæ ex moribus hodiernis? De protocollo per tabellionem habendo. An propria tabellionis manu scribi debeat? An instrumentum sit nullum si tabellio protocollum facere neglexerit? Debet tabellio aut testes novisse eos, qui contrahunt aut testantur. Si ob neglectas a tabellione solemnitates instrumentum sit nullum, tabellio læsis tenetur ad id quod interest.*
4. *Tabellio debet esse legitime creatus & admissus. Quid si scribat extra locum, in quo admissus? Quid si putativus tantum? An instrumentum legitime a tabellione factum ubique fidem faciat? An & in locis, ubi tabellionum usus non est?*
5. *Quibus in casibus tabellio non majorem fidem faciat quam alius privatus? Quid si gestis præsens non fuerit? Quæ fides ejus, quatenus de sana mente testatoris & similibus testatur? An sibi aut suis adscribere, aut alios obligare possit? An pater tabellio filii testamentum excipere, & vice versa?*
6. *De instrumentis quasi publicis trium testium subscriptione munitis, aut confectis per actuarios, consultum nationis Belgicæ negotiantis in locis peregrinis, de libro auctionarii publici; de actis collegiorum, civitatum, ecclesiarum.*
7. *Regulariter exemplo instrumenti publici non creditur. Quando tamen credatur? Quid si protocollum perierit, sed extet exemplum ab eodem tabellione cum authentico collatum & subscriptum?*
8. *An contra tertium vel pro tertio probet instrumentum publicum? An non saltem in antiquis? An probet, quatenus habet relationem alterius instrumenti? Quo modo firmetur fides instrumenti publici, quod ex longinquis regionibus adducitur?*
9. *Instrumenta* guarentigiata *apud nos non obtinent.*
10. *Quid sit instrumentum privatum? Ubi & de apochis, & antapochis, ac harum usu.*
11. *Privatum contra scribentem plene probat, si agnitum. Si quis neget se scripsisse, & mendacii convincatur, quo modo puniatur? An ex sola literarum collatione possit mendacii convinci? An instrumentum privatum, si scriptum quidem sit ab aliquo, sed non subscriptum, probet contra eum?*
12. *Contra tertium vel pro tertio non probat instrumentum privatum: nec pro scribente. An, & quando, & in quibus libri mercatorum & ephemerides eorum probent? An probent pro tertio? Et quid, si unus ex mercatoribus sociis rationes nomine omnium scripserit?*
13. *Quam fidem mereantur libri advocatorum & procuratorum de salariis sibi debitis? Quid in libris publicanorum? In rationibus sociorum? In notatis lignis diffissis, vulgo* Kerf Stoken?
14. *Quomodo evertatur fides instrumentorum? Quid si is, qui obligatus dicitur, probet se tunc alibi fuisse? Quid si testes adhibiti in instrumento omnes jurato deponant, aliter negotium gestum fuisse? Quid si omnes negent, se præsentes fuisse? Quid si instrumentum simulata contineat? Quid si scripturæ diversæ sibi contraria ab una parte producantur?*
15. *Quid, si ab actore & reo producantur instrumenta sibi invicem directo contraria? Quid, si ex pluribus testibus pauciores instrumento contradicant, aut sigillum suum non agnoscant? Quid si instrumentum sit cancellatum, deletum, aut margini ejus quid adscriptum?*
16. *Quid, si ipse tabellio fateatur, se falsa in instrumento scripsisse? An uno instrumento tabellionis falso pronunciato, etiam reliqua ab eo scripta pro falsis habenda? si pars una instrumenti falsa probetur, an & altera falsa censeri debeat?*
17. *An instrumentum invalidum, si non contineat causam debiti?*
18. *An quis possit instrumentum, quod pro se produxit, reprobare, si & adversarius eo uti velit? & an quis instrumentum a se productum possit liti eximere invito adversario? An liber rationum etiam contra producentem possit fidem facere?*
19. *An amissio instrumenti noceat, si aliter res gesta probari possit? Et quid, si instrumentum ex conventione vel statuto sit necessarium?*
20. *Ubi protocolla tabellionum post eorum obitum sint asservanda?*
21. *An semper prosit, jurejurando asserere, se nec possidere nec dolo desiisse possidere instrumentum,*

de cujus exhibitione convenitur, quove ipse fuisset usurus?

22. *An, si de dubito constet, debitor solutionem denegare possit sub eo praetextu, quod chirographum amissum ei reddi nequit?*

23. *An creditor debitorem cogere possit, ut loco amissi chirographi aliud det, ubi de debito constat?*

1. QUamvis instrumentorum appellatione subinde etiam testes, seu personae judicem instruentes, contineantur, *l. nomionem* 99. §. *ult. ff. de verbor. signif.* tamen hoc in titulo instrumentum est scriptura ad rerum gestarum fidem comprobandam assumta, *l. in re* 4. *ff. h. t. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor.* & *hyp.* non in civilibus tantum, sed & in criminalibus negotiis fidem faciens, arg. *l. in exercendi* 15. *C. h. t. l. ult. C. de probation. l. ubi falsi* 22. *C. ad leg. Cornel. de falsis.* Nam quod Hadrianus Imperator rescripsit, *testibus se non testimoniis crediturum*, *l. testium fides* 3. §. *idem divus* 3. *ff. de testibus*, non eo pertinet, ut per instrumenta fidem criminis fieri vetuerit; sed tantum, quod ipsos testes praesentes censuerit super crimine interrogandos esse, ut ex vacillatione vel constantia in respondendo dijudicetur, quo usque eorum depositioni credi oporteat. Unde & in *seq.* §. 4. *d. l.* idem Imperator ait, *aliam esse autoritatem praesentium testium, aliam testimoniorum, quae recitari solent.*

2. Sunt autem instrumenta quasi in subsidium introducta; cum sine iis de veritate rei gestae post longa tempora vix quicquam certi possit cuiquam constare, dum labilis est hominum memoria, vita brevis, & obnoxia fallaciis humana negotia. Horum vero instrumentorum alia publica, alia privata sunt. Publica dicuntur, primo quidem, quae authoritate publica conficiuntur, veluti tabulae censuales & alia acta publica, sparsim in jure occurrentia, ac multis in negotiis adhibenda, *l. census* 10. *ff. de probation.* §. *alia* 2. *Instit. de donation. l. donatio* 25. *l. data* 27. *l. in hac* 20. *l.* 31. *C. de donation. l. publicati* 2. *l. testamenta* 18. *C. de testamentis, l. testamenti tabulas* 2. *C. quemadmod. testam. aper. inspic.* & *describ.* quae ne corrumpantur, aut intervertantur aut amittantur, in eodem loco jubentur perpetuo asservari, prohibita omni eorum translatione, *d. l.* 18. *C. de testamentis*, sicut etiam apud nos nunc vetitum decreto Curiae Holl. 11. *Sept.* 1569. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1415. ne quis ex Graphejo curiae libros domum ferat.

3. Sed & secundo publica instrumenta sunt, quae forma solemni a persona publica, puta tabellione, conscribuntur, *l. contractus* 17. *C. h. t. l. ult. C. de jure deliberandi princ. instit. de emt. vendit.* quorum requisita erant ex jure Romano, ut scriberentur a tabellione in charta signata, *nov.* 44. *cap.* 1. & 2. ac exprimeretur in iis nomen Imperatoris & annus imperii, praeterea consul, indictio, mensis, dies, *nov.* 47. *cap.* 1. §. 1. atque insuper locus, in quo conficiuntur, utpote qui maxime ad fidem eorum firmandam, falsitatemque detegendam, conferre potest, arg. *l. optimam* 14. *C. de contrah.* & *commit. stipulat.* §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat.* Neque hoc, quod de loco dictum, mutatum est per *d. nov.* 47. *cap.* 1. §. 1. tum quia Imperator disertis cavet verbis, *se priorum nihil auferre*, seu nihil antiquo juri derogare; tum quia nominatim civitatis nomen inseri jubet, quod necessario involvit loci seu civitatis expressionem. Nostris autem moribus praeprimis necesse est, ut tabellio omnia instrumenta a se tanquam tabellione confecta referat in memorialem scripturam, (quae *protocollum* dici solet) habentia subscriptionem contrahentium aut testantium, & testium, atque ipsius quoque tabellionis; indeque deinceps exempla verbotenus transcribat, suaque confirmet subscriptione, significante, exemplum cum exemplari seu protocollo collatum convenire. Quam memorialem scripturam si tabellio non confecerit, ut ad eam velut ad instrumentum principale recurri possit, munere privandus aliaque poena arbitraria coercendus est. *Edicto Caroli V.* 4. *Octobr.* 1540. *art.* 13. *vol.* 1. *placit. Holl. pag.* 38. ut tamen ob id non videatur ipsum instrumentum dicendum nullum, ne alioquin in tabellionis, pretio vel alio modo corrupti, potestate foret, interverso aut suppresso protocollo, actus omnes eorum, qui apud ipsum egerunt aut contraxerunt, inutiles efficere. Radelantius *Curia Ultraject. decis.* 125. *num.* 2. Marta *in digestis juris novissimi Tom.* 3. *tit. instrumentum cap.* 49. Groenewegen *ad Grotii manuduct. jurisprud. Holl. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 22. *lit. B in postrema editione.* Et quamvis consultius sit, totam primam memorialem scripturam manu tabellionis ipsius scribi, tamen, si alio scribente ipse dein subscripserit, atque ita confirmaverit instrumentum, tanquam apud se confectum, vim ei haud esse denegandam plures opinantur. Ant. Sola *ad constit. Sabaudiae tit. de opposition. contra formam extrinsec. Instrum. pag. mihi* 277. 270. De cetero exprimendus locus & tempus, & nomina, cognomina, qualitates, dignitates contrahentium aut testantium, ac testium, quae vulgo nota. Vide Responsa Jurisc. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 226. (vel 228.) *pag.* 649. eumque in finem opus est, ut vel ipse tabellio, vel testes negotio adhibiti fide digni ac tabellioni noti, noverint eos, qui apud ipsos contrahunt aut elogia suprema condunt, & id ipsum exprimatur, *Edicto Caroli V.* 4. *Octobris* 1540. *art.* 14. *vol.* 1. *placit. Holland. pag.* 319. neque suffecerit, testatorem aut contrahentem alterutri testi notum esse, sed utrique debet esse cognitus sub poena nullitatis, *Decreto Ordinum Holl.* 18. *Martii* 1671. *vol.* 3. *placitorum Holl. pag.* 48. Et generaliter eas adhiberi oportere solemnitates, quae praefinitae sunt lege loci, in quo unumquodque instrumentum conficitur, expositum antea *cit. de constit. Principum* parte altera *de statutis. n.* 15. 14 13. quales etiam in dubio praesumi adhibitas, donec contrarium probetur, dictum *tit. praced. de probat. n.* 15. Quod si solemnitates quaedam, lege publica vel more necessariae, omissae fuerint, & ob id instrumentum effectu destituatur, tabellio ad damni reparationem laeso obstrictus est, cum culpa sit, aut profiteri artem, quam non calleat, aut negligenter in ea exercenda versari, arg. *l. jubemus* 29. *in fine C. de testamentis, p. Instit. de obligat. quae quasi ex delict. nasc. l.* 1. *l.* 4. §. *ult. l.* 6. *l.* 7. *si mensor. fals. modo dixerit, l. idem juri.* 8. §. 1. *ff. ad leg. Aquil.* Hugo Grotius *manud. ad jurisprud. Holl. lib.* 1. *c.* 27. *num.* 17. & *seqq.*

4. In primis vero requiritur ad horum instrumentorum a tabellione confectorum validitatem, ut ipse auctoritate publica constitutus, ac fides ejus publice probata sit. Qua occasione disputari solet, an gesta

apud tabellionem putativum, vel creatum quidem sed impedimento legali laborantem, subsistant, nec ne? Uti &, an instrumentum nullum sit, ac fidepublica destituatur, si tabellio extra territorium Principis illius, a quo creatus est, illud conscripserit? Ac, quid juris sit, si conscripserit quidem in territorio ejusdem Principis, sed in alia urbe vel pago, quam in quo a magistratu admissus est? Quæ omnia a me jam tractata vide *in tit. de officio prætorum num.* 6. *&* 7. Ceterum, ubi nullum in tabellione vitium, nullus defectus est, confecta ab eo instrumenta publica non tantum in loco, in quo creatus ac admissus est, sed & ubique aliis in locis, fidem inveniunt: ut ex iis, quæ in *tit. de constit. princ.* parte altera *de statutis n.* 13. *& seqq.* dictat, colligi potest: exceptis iis regionibus, quarum lege reprobatus deprehenditur in universum usus tabellionum; utpote in quibus licet testamenta alibi coram tabellione condita & contractus a tabellione alibi conscripti fidem mereantur, & effectum habeant circa res illic sitas, difficilius tamen admittuntur ea, quæ ad actus judiciales expediendos pertinent. Atque hinc est, quod in Gelria Gelri nihil deferunt instrumento mandati ad lites, alibi coram tabellione ac testibus facto, sed scriptum apud acta, seu coram lege loci, mandatum requirunt; quin & circa contractus, & testamenta alibi a tabellione confecta, testimonium ipsius magistratus, quo significatur, hunc, qui instrumentum scripsit, talem esse, cui in omnibus fidem habent, Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *n.* 11. parens p. mem. Paulus Voet *de statutis sect.* 10. *n.* 11.

5. Observandum tamen, hanc tabellionum fidem publice probatam non ultra operari quam quantum ad ea, quæ a tabellione, qua tali, adeoque nomine officii gesta sunt: in ceteris non majorem eos, quam privatos quosvis alios integræ famæ homines, fidem facere, dum vel tanquam testes in negotio, cui interfuerunt ut privati, producuntur, vel instrumentum sine forma solemni, sine testibus, adeoque privatum, in gratiam tertii, ab iis conscriptum est. Confer Menochium *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 105. *n.* 39. *& seqq.* Mascardum *de probation. concl.* 1101. *quanta sit notarii auctoritas.* Præterea, in quantum non de ipsis gestis actis atque transactis inter partes testantur in suis instrumentis, sed de prærequisitis qualitatibus paciscentium aut testantium, vulgatis clausulis comprehendi solitis, præsumtionem quidem veritatis pro iis militare, sed hanc contraria probatione subverti posse, Ant. Faber docet, dum testatorem sanæ mentis esse, mulierem Vellejano renunciantem beneficii sui admonitam fuisse, aliaque similia, instrumento asserta sunt, *C. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 26. Quin imo nullam omnino fidem invenit tabellionis instrumentum in iis, quæ non præsente, sed absente tabellione inter partes acta dicuntur, Abr. a Wesel *ad nov. const. Ultraject. art.* 6. *n.* 24. Uti nec in his, quæ tabellio in publico instrumento in suam suorumve scripsit utilitatem: qua ratione neminem sibi suisve in testamento alieno adscribere posse, sed magis falsi reum esse ex jure Romano, alibi dicendum erit, ac patet ex *l. Divus* 15. *ff. ad leg. Corn. de falsis. tit. C. de his, qui sibi adscripser. in testament.* Et quemadmodum exemplo perniciosum est, ei scriptura credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit, *l. exemplo* 7. *C. de probation.* ita quoque suspectum haberi debet illud notarii instrumentum, quo non se aliis, sed alios sibi filiove suo devinctos scribit. Nam etsi non videtur negandum, quin filius suo patri vel matri, & pater vicissim suo filio, testamentum condituro tanquam tabellio adesse, ac supremum morientis elogium excipere possit, dummodo nihil sibi suisve adscribat; eo quod non tam ipsi testatori morienti, quam potius heredibus institutis ac legatariis commodum inde sperandum est, arg. *l.* 1. *§. inter filium* 8. *§. ad leg. Cornel. de falsis, l. qui testamento* 20. *§. per contrarium* 2. *ff. qui testam. fac. poss.* Peckius *de testamentis conjugum l.* 3. *cap.* 11. tamen quoties aut patris aut filii commodum vertitur, ac versatur spes lucri, vel damni metus, filium patri, patrem filio testem idoneum non esse expeditum est, *l. testis idoneus* 9. *ff. de testibus, §. sed neque heres* 10. *Instit. de testament. ordin.* At quis, obsecro, magis testimonium perhibet, quam qui hæc aut illa apud se præsentem gesta esse, ac ob id fidem plenam mereri, palam profitetur?

6. Non etiam hoc loco prætermittendum, instrumentis publicis secundum jus Romanum exæquata fuisse quasi publica, quæ cum privatim scripta essent, trium testium fide dignorum subscriptione, munita erant, *l. pen. C. qui pot. in pign.* Atque insuper ex moribus nostris in fide publica faciendi exæquatos esse actuarios consulum gentis nostræ ad peregrinas oras mercaturæ causa missorum, ex decreto Ordinum Generalium 8. *Dec.* 1612. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1333. & 1. *Novemb.* 1633. *d. vol.* 2. *p.* 1342. 1343. Librum quoque præconis seu auctionarii de rebus auctione publica distractis, earumque pretio, emtore, ac similibus ad auctionem publicam pertinentibus, ad instar instrumenti publici plenam fidem facere, sive ipse scripserit, sive per scribam auctoritate publica electum scribi curaverit auctionis tempore, pro vario locorum usu, docet Ant. Matthæus *de auction. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 5. Denique & acta publica collegiorum, veluti civitatum, ecclesiarum, nosocomiorum, pro publicis haberi, ac in ipsis quoque causis collegiorum plenam fidem facere, tradit Leeuwen *cens. for. part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 16. 17. eo quod illi, quibus id incumbit, ista non in suum sed collegii commodum usumque conscripserunt, ideoque ita fidem merentur, uti apparitores officii nomine quid referentes.

7. Ex supra dictis colligi potest, quæ instrumenti publici vis sit; nempe, quod plenam fidem judici faciat; si modo authenticum fuerit; non item, si exemplum tantum; quippe ex quo regulariter jus dicendum non est; nisi fide publica transcriptum sit, citata adversa parte, *l. quicunque* 2. *ff. h. tit. l.* 1. *§. sed si unum* 7. *ff. de bonor. possess. secund. tab. l. ult. ff. testam. quemad. aper. insp. & describ.* junct. *l. publicati* 2. *C. de testamentis, Ordon. op de justitia in de Steden en ten platten Lande van Holl.* 1. *April.* 1580. *art.* 18. Instruct. Curiæ Holl. *art.* 68. Brabantinæ *art.* 546. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 894. Ampliatio Instruct. Curiæ Holland. 21. *Dec.* 1579. *art.* 17. quo facto, authentici ipsius aut protocolli exhibitio non ultra jure desideratur, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *tit.* 16. *defin.* 6. *&* 16. vel nisi exemplum sit actorum fiscalium, & is, cui describendi potestas facta est, caveat, se eo adversus fiscum aut rempublicam non usurum *l. in fraudem* 45. *§. ipse autem* 6.

ff. de jure fisci. Quin imo, si manu tabellionis exemplum ex protocollo ejus transcriptum sit, ac munitum subscriptione tabellionis, id cum authentico convenire testantis, & forte postmodum protocollum incendio aliove casu perierit, magis est, hujusmodi exemplo fides haberi debeat, utcunque collationis ergo pars adversa citata non fuerit. Ant. Faber C. d. lib. 4. tit. 16. def. 16. Confer Mynsingerum cent. 6. observ. 73. 74. 75. Fachineum controv. lib. 11. cap. 38. Covarruviam pract. quæst. c. 19. Joh. Andr. Dornspergerum syntagm. juris de probation. lib. 1. cap. 5. post med. pag. 116.

8. Non tamen instrumentum publicum, inter duos celebratum, probat pro tertio aut contra tertium; cum res inter alios acta aliis neque noceat neque prosit, arg. l. sæpe constitutum 63. ff. de re judicata, l. Imperatores 3. ff. de transaction. l. ult. ff. de interrogat. in jure faciendis, l. ult. ff. de probation. & argumento eorum, quæ scripsi ad tit. de jurejur. n. 20. Quamvis negari nequeat, quin inde pro tertio subinde quædam præsumtio nascatur, utcunque debitor, quam ut onus probandi in adversarium derivaret, secundum facti species, quæ sunt in l. si duo 13. pr. ff. de jurejurando, l. quaro 58. §. ult. ff. de ædilit. edicto, Fachineus controvers. lib. 11. cap. 36. Maschardus de probation. conclus. 940. num. ult. Rebuffus ad constitutiones regias tom. 3. tract. de inventario art. 1. n. 10. nisi forte in antiquis, Andr. Gayl. l. 2. observ. 37. n. ult. Sed &, si in instrumento publico instrumenti alterius mentio fiat, non aliter fidem faciet quantum ad narrata ex eo instrumento, quam si ipsum illud, cujus injecta mentio, exhibeatur, etiamsi instrumenti alterius plena verba transcripta essent, auth. si quis in aliquo C. de edendo, l. ult. ff. de probationib. Carpzovius defin. for. par. 1. constit. 17. defin. 4. Jacobus Coren observ. 22. num. 44. 45. Ant. Matthæus de auction. lib. 1. cap. 19. n. 73. Denique, si instrumentum publicum ex longinqua producatur regione, non adeo indubitatam fidem judici faciet; unde tutius esse monent Pragmatici, si is, qui tali instrumento uti vult, jungat ei scriptum ac sigillo publico munitum testimonium magistratuum loci, ubi factum, quo significatur, instrumentum talis argumenti seu talia continens, a persona ejus loci publica seu legali conscriptum esse, Menochius de præsumtion. l. 2. præs. 78. n. 10. & 24. Berlichius conclus. pract. par. 1. conclus. 44. n. 34. 35. Leeuwen cens. for. par. 2. lib. 1. cap. 29. n. 11.

9. Quæ vero apud alios instrumentis publicis, quæ guarentigiata dicunt, per tabelliones conscriptis, vis tribuitur, quod nempe paratam executionem habeant, ea apud nos in usu non est; sed praxi receptum, subjungi instrumentis consensum in condemnationem eorum, quæ iis comprehensa sunt. Confer Merulam praxi lib. 4. tit. 100. Ant. Matth. de auction. lib. 1. cap. 5. n. 2. Leeuwen cens. for. par. 1. lib. 4. cap. 36. num. 6. 7. ibique alios cit.

10. Instrumentum privatum dicitur, quod auctoritate privata a privatis est compositum, & quo & epistolæ referendæ, l. qui negotia 34. ff. mandati, l. Titius Sejo 24. l. quidam 16. ff. de constit. pecunia, l. cum tabernam 34. §. 1. ff. de pign. & hypoth. ac rationes domesticæ, l. in hac actione 3. §. interdum 14. l. pen. ff. ad exhibendum. Et vel obligatorium vel liberatorium est. Obligatorium aliter syngrapha, chirographum, idiocheirum, cautio, appellatur, l. lecta 40. ff. de reb. creditis, l. pen. C. qui pot. in pign. l. liberationem 3. §. 1. ff. de liberat. legata, l. Labeo 2. §. 1. ff. de pactis, Liberatorium apocha & securitatis nomine venit, l. plures 19. C. h. t. l. in contractibus 14. §. 1. & 2. C. de non numerat. pecun. Antapochæ magis obligatoriis quam liberatoriis scripturis adnumerandæ sunt, cum eas debitor suo det creditori, isque profiteatur, se reditus, pensiones, usuras, aliaque similia annua aut menstrua solvisse, ut ita appareat, debitum a debitore fuisse agnitum, & præscriptio temporis summoveatur, d. l. plures 19. C. h. t.

11. Omnis autem privata scriptura contra scribentem plene probat, æque ac publica, licet non eundem habeat cum publica effectum circa prælationem in pignore tribuendam, l. Publia Mævia 26. §. ult. ff. depositi, d. l. 24. & l. 26. ff. de constit. pecun. junct. l. pen. C. qui pot. in pign. Sande decis. Fris. lib. 3. tit. 12. defin. 13. Busius de offic. judicis cap. 4. n. 25. Fachinæus controv. lib. 11. cap. 29. & 31. Si modo de scriptura constet ex propria adversarii scribentis agnitione, qui ne temere ad inficiationem scripturæ suæ confugiat, constitutum est, eum mendacii convictum in duplum damnandum esse, sicut moribus ad pœnam arbitrariam, auth. Contra C. de non numer. pecun. ibique Groenewegen nov. 18. cap. 8. Ut tamen ex sola literarum collatione mendacii convinci nequeat, si non alia indicia concurrant ad debiti scriptura abnegata comprehensi adstructionem, ne via falsi crimini pandatur, licet id a Justiniano videatur probari cum aliqua distinctione, l. comparationes 20. C. h. t. novell. 73. cap. 4. & 7. Gudelinus de jure noviss. lib. 4. cap. 11. versu, ceterum, seu num. 14. Cujacius ad nov. 49. Ant. Faber C. lib. 4. tit. 13. defin. 71. Carpzovius defin. for. par. 1. const. 17. defin. 12. Brunnemannus ad l. 20. & auth. adhac C. h. t. Busius de officio judicis cap. 4. n. 11. & seqq. Plane, si se scripsisse fateatur, ea autem, quæ scripto comprehensa, falsa dicat, scripturæ suæ plena constabit auctoritas, donec contrarium probatum fuerit, arg. l. generaliter 13. C. de non numer. pecun. l. inde Neratius 23. §. ult. ff. ad leg. Aquil. Fachinæus controvers. lib. 11. cap. 29. Utrum autem ipse totum instrumentum sua manu scripserit debitor atque subnotaverit, an tantum scripturæ ab alio conscriptæ subscripserit, parum refert quantum ad probandi vim, d. l. pen. C. qui pot. in pign. pr. Instit. de emt. vendit. l. contractus 17. C. h. t. Si tamen totum instrumentum de suo debito vel rerum suarum obligatione scripserit quidem, sed nomen suum non subscripserit, neque etiam sic instrumento inseruerit, ut subscriptio supervacua videretur, dum forte nomen suum ex more Romano præmisit (juxta formulas occurrentes in l. Lucius Titius 24. l. Publia Mævia 26. §. ult. l. Quintus Cæcilius 28. ff. depositi), scriptura hujusmodi, veluti imperfecta, non haberet probandi vim: tum, quia quis posset per talem scripturam alienæ tantum obligationi ministerium præbere, totamque debiti confessionem non suo sed alieno nomine concepisse, deinceps subscriptione per eum, cujus nomine ac rogatu scripta, perficiendam ac confirmandam, tum etiam, quia novum non est, privatas scripturas obligatorias manu debitoris de debito, vel liberatorias manu creditoris de solutione in antecessum parari, ut numeratione deinde secuta per subscriptionem firmen-

tur. Nec obstat *l. pen. §. 1. ff. de pignor. & hypotec.* eo quod illic agitur de probanda pignoris obligatione, quæ epistola illa anterior erat; cum auctor epistolæ profiteatur de præterito, se tunc, cum mutuum acceperat, rogasse creditorem suum, ne sponsorem sed pignora reciperet: quod ergo epistola illa postmodum scripta neque diem neque consulem neque subscriptionem habebat, non idcirco obligationem pignorum cessare merito in *d. l.* responsum fuit; cum hypotheca consensu contrahatur, adeoque res, de qua convenit, etiam sine scriptura obligetur, ac generaliter scripturæ fiat, ut, quod actum est, per eas facilius probari posset; & sine his valeat quod actum est, si modo probationem habeat, *l. contrahitur 4. ff. eodem tit. de pignor. & hyp.* non etiam repugnat *l. fidejussor. 26. §. pater 1. ff. de pignor. & hypoth.* ubi filii prædium obligatum dicitur, quia is patris rogatione & patris nomine scripserat chirographum, quo patet inter alia prædium illud filii scribentis obligaverat, cum tamen filius istud instrumentum neque subscriptione sua neque signo suo firmasset. Etenim in specie istius legalis pater pignori obligaverat rem filii, & subscriptione sua illud instrumentum firmaverat, atque ita pignoris obligatio per illud instrumentum rite perfectum contigerat; sed quia nemo rem alienam obligare poterat sine domini voluntate, juxta *l. aliena res 20. ff. de pignor. act.* adeoque nec pater eam, quæ filii erat; consensus autem etiam tacite rebus ipsis ac factis declaratur; hinc Jurisconsultus censuit, filium abunde consensum suum in pignus significasse, quod ipse inter res a patre obligandas manu sua fecerat etiam domus propriæ commemorationem, sic ut ibi ea scripturæ pars, qua filius suam quoque domum inter pignora a patre obligata memorat, non tanquam scriptura quædam perfecta, sed tanquam factum aliquod, ad elicendum inde filii consensum sufficiens, consideretur.

12. Contra tertium, aut pro tertio, privata scriptura fidem non facit; cum ne publica quidem eam vim habeat, ut supra traditum: multoque minus pro ipso scribente, si non aliis fortioribus juvetur adminiculis, probare poterit domestica adnotatio aut rationes. Exemplo namque perniciosum fuit visum, ei scripturæ credi, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit: usque adeo, ut ne fisco quidem permissum fuerit, ex suis subnotationibus facere debiti probationem, *l. instrumenta 5. l. 6. l. 7. C. de probation.* Efficit tamen mercaturæ utilitas ac favor, ut moribus inductum fuerit, libros mercatorum, quibus debiti ac crediti mercatorii rationes continentur semiplenam facere probationem, ac jurejurando mercatoris aut morte ejus firmatos plenam fidem intervenire, quoties mercator integræ famæ & existimationis est; quasi contrahens cum mercatore, nec scripturam de contractu faciens, videatur tacite mandasse, ut mercator contractus ipsius terminos atque qualitates bona fide in suas referat rationes, fidem deinde facturas, Jac. Coren *consil. 16. n. 18. & seqq.* Busius *de officio judicis cap. 4. num. 26.* Groenewegen *ad l. 5. & seqq. C. de probation.* Carpzovius *defin. for. par. 1. constit. 17. defin. 35.* Menochius *de arbitrar. judic. lib. 2. casu 91.* Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect. 5. cap. 2. n. 9.* idque quatenus ea continent, quæ ad mercaturam spectant; non ad alia, veluti fidejussiones, mutui dationes, mandata, & similia. Unde si scriptum sit, Titium pro Mævio merces emente fidejussisse, vel Mævium ex mandato Titii merces emisse; ac inde Titius conventus fidejussionem, aut mandatum neget esse interpositum aliunde quam ex libro mercatorio, utcunque per jusjurandum aut mortem firmato, id probandum foret. Andr. Gayl. *lib. 2. observ. 20. num. 8. 9.* Menochius *de arbitrar. jud. d. lib. 2. casu 91. num. 22. & seqq.* Carpzovius *defin. for. par. 1. const. 17. defin. 37.* Groenewegen *ad d. l. 5. C. de proba.ion.* Sed & si totus contractus negetur cum mercatore celebratus, tota negetur transmissio mercium, alia probatione præter rationes mercatoris opus est, Groenewegen *d. loco n. 5.* Leeuwen *cens. for. par. 2. lib. 1. cap. 29. num. 19.* Minorem quoque manuali, seu diariis aut ephemeridibus mercatoris, quam quidem libris legitimam debiti & crediti appositionem habentibus, fidem oportere tribui, traditum Rotæ Genuæ *decis. 2. num. 27.* Denique regulariter hi libri pro tertio aut contra tertium fidem haud faciunt, nisi aliunde juventur, indiciis ac præsumtionibus, Responsa Jurisc. Holl. *par. 5. consil. 193.* aut nisi plures socii mercatores negotiationis curam atque administrationem, vel rationum conscribendarum provinciam, uni demandaverint, tunc enim ille, qui scripsit, non sibi tantum, sed & reliquit, nec tantum contra se, sed & contra reliquos socios fidem facit in iis, quæ ad istam respiciunt societatem; argumento eorum quæ dicta *tit. pro socio n. 13. & seqq.*

13. Porro libris mercatorum in fide facienda hodie non absimiles libri rationum, quod de salariis sibi debitis advocati, procuratores aliique his similes, conscribere consueverunt, concurrente scilicet probabilitate, aliisque similibus, quæ superius de libris mercatorum enarrata sunt; Jacobus Coren *Consil. 29. n. 1. & seqq. ad n. 13.* Idemque de libris publicanorum jure asserueris, licet non desint, qui hisce plenam fidem arrogant; sed nullo jure, cum enim ne fiscus quidem ex suis adnotationibus debitum probare possit, ut supra monitum, ex *l. 7. C. de probation.* non major utique publicanis tribuenda videtur aut fides aut auctoritas; quippe qui omnem suam potestatem ex eo solo metiri possunt, quod in vectigalium exactione fiscum repræsentent; minore etiam, quam fiscus, fide digni, dum eos audaciæ atque temeritatis leges incusant, *l. quanta 12. ff. de publican. & vectig.* Ant. Matthæus de *auction. lib. 2. cap. 6. n. 36.* Societatis quoque rationes inter ipsos socios fidem mereri, positis certis requisitis, quoties vel promiscue per omnes socios conscriptæ sunt, vel per unum ex reliquorum voluntate, tradit Menochius *de arbitr. jud. lib. 2. casu 92.* Hector Felicius *de societate cap. 33. n. 14. & seqq.* Notas quin etiam ligno diffisso incisas, cujus partem alteram venditor mercium minutim distractarum, partem emtor tenet (quæ *Kerf Stocken* dicuntur), in his minutis eandem fidem facere, quam in majoris momenti mercibus scriptæ mercatorum rationes, æquum est, dum notas tales scripturæ vicem inter imperitos obtinere usu inductum. Parens p. m. Paulus Voet *de statutis sect. 5. c. 2. n. 9. in med.*

14. Ceterum multifariam tum publici tum privati instrumenti fides subvertitur in totum, aut extenuatur. Etenim, ut nihil dicam de requisitorum solemnium & diei, mensis, similiumque in publicis instrumentis omissione, in totum enervantur instrumenta

probatione in contrarium, dum is, qui in instrumento scribitur certo die præsens contraxisse, apertissime docet, se toto illo die alibi fuisse, *§. item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat. l. optimam*, 14. *C. de contrah. & commit. stipulat.* Confer Menochium *de arbitrar. judicum lib.* 2. *casu* 105. *num.* 23. *& seqq.* Mynsingerum *cent.* 4. *observ.* 39. *n.* 3. *& seqq.* Uti &, si testes adhibiti omnes obloquantur instrumento, aliterque negotium gestum esse, jurato deponant, arg. *novell.* 73. *cap.* 2. *&* 3. Mynsingerus *cent.* 4. *observ.* 39. *in pr.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 105. *n.* 32. Longe magis, si omnes negent se instrumento præsentes aut adhibitos fuisse, aut illud a se subscriptione signove munitum, arg. *l.* 1. *§. ult. l.* 4. *l.* 5. *ff. testam. quemad. aper. inspic. & describ.* Menochius *de arbitrar. jud. lib.* 2. *casu* 105. *num.* 9. *& seqq.* Si instrumentum ipsum simulata comprehendat, dum vel persona alia inserta est, quam quæ vere contraxit, vel alia res, quam de qua vere actum; vel alius contractus, quam qui re ipsa celebratus fuit: eo quod plus valere debet, quod agitur, quam quod simulare verbis instrumenti conceptum est, *l.* 1. 2. *& seqq. C. plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* Si in unius ejusdemque instrumenti substantialibus contraria inveniantur, quæ conciliari nullo modo possunt, adeoque simul exitum invenire nequeunt, arg. *l. si Titius heres* 16. *ff. de condit. instit. l. scriptura* 14. *C. h. t. l. ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. jur.* (Contra quam statuendum foret, si nulla in instrumento pugna sit, sed illud diversis constans capitibus, in nonnullis prosit producenti, in aliis obsit. Vide Carpzovium *defin. for. part.* 1. *constit.* 17. *def.* 7.). Si scripturæ diversæ, fidem sibi invicem derogantes, ab una eademque parte prolatæ sint, *d. l. scriptura* 14. *C. h. t.* nisi illæ ultimam voluntatem contineant, quo casu vel posteriori scripturæ, vel si utraque eodem tempore confecta sit, ei, qua minor comprehensa quantitas, standum foret, *l. si mihi* 12. *§. ult. ff. de legatis* 1. *l. Sempronius Proculus* 47. *ff. de legatis* 2.

15. Quod si non ab eodem, sed a diversis argumenti contrarii instrumenta edantur, veluti, si a reo instrumenta producantur directo pugnantia cum iis, quæ ab actore pro ejus intentione prolata sunt, sic ut alterutrum falsum esse necesse sit, dubia tantum utriusque fides efficitur: quo fit, ut judex tunc alterutri jusjurandum velut in causa dubia deferre soleat, ex *l. admonendi* 31. *ff. de jurejurando*, de quo pluribus actum *tit. de jurejurando n.* 28. Ut tamen magis ei, qui publicum, quam qui privatum instrumentum adduxit, jusjurandum videatur deferendum, ubi ex pugnantibus publicum alterum privatum est; quasi major pro publico quam pro privato præsumtio militet; nisi aliud judici suadeant circumstantiæ concurrentes. Confer Ant. Fabrum *Cod. lib.* 4. *t.* 16. *defin.* 3. Simili modo non in universum perit, sed tantum diminuitur, instrumenti fides, si ex majore testium adhibitorum numero pauciores contradicant, aut sigillum suum vel subscriptionem haud agnoscant, *l.* 1. *§. ult. ff. testam. quemadm. aper. inspic. & describ.* potestque eo casu purgari suspicio adversus instrumentum nata, si testis ille mendacii circa inficiationem convincatur, quod fieri potest per depositionem reliquorum, jurato asserentium, hunc quoque, qui negat, præsentem fuisse ac cum reliquis signasse. Cancellatione insuper, ac ratione vel inductione, vel lini incisione, aliisque similibus; extenuatur instrumenti fides, nisi hæc in ea appareant instrumenti parte, qua illud suspectum fieri, nequit, vel ex voluntate partium delecta ac suprascripta sint, vel legi adhuc possint, *l. si chirographum* 24. *ff. de probation. l. si unus* 12. *C. de testamentis*, *l.* 1. *§. pen. & ult. ff. de bonor. possess. secund. tabulas*, *l.* 1. *& tot. t. ff. de his quæ in testam. delentur*, *l. inductum* 22. *C. de solutione.* Quo etiam pertinet, si quid margini instrumenti per tabellionem aut alium instrumenti scriptorem adjectum, nec testium subscriptione firmatum sit; cum nec hoc suspicione careat, si non aliunde juvetur; per ea quæ habet Joh. Papon. *lib.* 9. *t.* 8. *in appendice arrest.* 2.

16. Non tamen instrumento publico fides decedit ex eo solo, quod forte tabellio in eo adhibitus se falsa in illud retulisse confiteatur: nam licet ea confessione ita sibi noceat, ut saltem onere probandi confessionis suæ falsitatem gravandus sit, arg. *l. inde Neratius* 23. *§. ult. ff. ad leg. Aquil.* non tamen per eam tertio adimit jus faciendi fidem ex illo instrumento, pro quo, tanquam publico, præsumtio veritatis militat; cum talis sua confessione jam publici judicii, puta, falsi reus, & pro judicato habitus, infamis sit; atque insuper per propriam alleget turpitudinem, quales nec fidem merentur nec audiendi sunt, arg. *l.* 1. *ff. de confessis*, *l. athletas* 4. *§. ult. l.* 5. *ff. de his qui not. infam.* junct. *l. infamem* 7. *ff. de publicis judiciis*, *l. quæsitum* 13. *ff. de testibus*, Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 16. *defin.* 11. Sed &, si maxime tabellionem ex eo condemnatum proponas, quod in instrumento aliquo conficiendo falsitatem commisisse convictus fuit, ne tum quidem reliqua per eum conscripta ante condemnationem instrumenta viribus destituta censeri debent, quamdiu in his quoque falsitatem adhibitam esse probatum non est, Jul. Clarus *§. fin. quæst.* 73. *n.* 4. Quin imo, si ipsum illud instrumentum, quod producitur, falsa in aliquo capite continere, jam demonstratum sit, in ceteris tamen suis partibus ab illo capite falso haud dependentibus cur fidem non faceret, nihil vetat, arg. *l. pen. Cod. de transaction.* Qua ratione, si scriptum sit, Titium Mævio centum aureos numerasse mutuos, ac pro eorum restitutione Sempronium fidejussisse, mutui probatio ex illa scriptura, subscriptionem debitoris habente, recte fiet, licet Sempronii fidejussionem confictam falsamque esse judicatum jam fuerit. Uti enim sententia pluribus constans capitibus ex parte justa & ex alia parte iniqua esse, ac ob id adversus unum caput ejus & appellatio fieri, & restitutio in integrum peti potest, *l. etiam si patre* 29. *§. ex causa* 1. *ff. de minor.* 25. *annis*, *l. quædam mulier* 41. *ff. familiæ erciscundæ. l. si qui separatim* 10. *§. ult. ff. de appellation.* ut testamentum pro parte rescindi ut inofficiosum, pro parte alia firmum esse, tanquam non contra pietatis officia conditum, *l. nam etsi* 15. *§. ult. ff. de inoffic. testam. l. in substitutione* 31. *ff. de vulg. & pupill. substit.* ut denique ea sola, quæ quis sibi in alieno adscripsit testamento pro falsis habentur, ac pro non scriptis, manente in ceteris vigore testamenti, secundum ea, quæ *t. de his quæ pro non scriptis* explicanda erunt; ita et ex pluribus separatis ejusdem instrumenti capitibus, alterum verum esse, alterum falsitate laborare, novum aut improbabile non est, Responsa Jurisc. Hol-

land. *par.* 2. *consil.* 126. *quæst.* 1. *in med.* Fachineus *controvers. lib.* 9. *cap.* 79. Aliter Menochius *de præsumtion. lib.* 5. *præs.* 21. Mascardus *de probat. conc.* 743.

17. Causam debiti quod attinet, eam instrumento inseri necesse est, ut ex eo efficaciter agi, ac plena debiti probatio peti possit: adeo ut omissio ejus efficiat, onus probandi in eum rejici, qui debitum sibi asserit, *l. cum de indebito* 25. *§. ult. ff. de probation. l. palam* 2. *§. circa primam* 3. *ff. de doli mali & metus except.* Quod & jure Canonico firmatum, *cap. si cautio* 14. *extra, de fide instrument.* Mascardus *de probation. concl.* 343. Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 13. *num.* 9. Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 17. *defin.* 39. Si tamen cautiones judiciales, quæ appellantur *gereebtelyke Schult-bekentenissen*, indiscrete, id est nulla addita causa concipiantur, eas non eo minus efficaces haberi in Gelria, scribit Lambertus Goris *adversar. tract.* 4. §. 19. Idemque in Saxonia obtinere docet *defin.* 40. imo communiter fere receptum esse, colligi potest ex allegatis apud Mascardum *de probation. conclus.* 345. *n.* 16. Apud Antwerpienses quoque ex instrumentis causam debiti non continentibus jus dici, ac sequi posse condemnationem, statutis istius urbis expressum est, *t.* 53. *art.* 5. uti et nonnullis urbium Flandriæ legibus municipalibus, ut auctor est Damhouderus *praxi civili cap.* 175. *n.* 13. & *seqq.* Sed et, si in instrumento obligationis mentio fiat acceptæ pecuniæ, nec tamen specialis causa numerationis expressa sit, in dubio videri obligationem ex mutui causa descendere, post alios tradit Simon van Leeuwen *cens. for. p.* 1. *lib.* 4. *c.* 4. *n.* 4. Denique etiam, eum ex personarum contrahentium qualitate satis superque colligi potest causa debiti, instrumentum ob ejus omissionem viribus haud destitui, exemplis demonstrat Groenewegen *ad d. l.* 25. *§. ult. ff. de prob.*

18. Quisquis autem instrumentum aliquod pro se produxit in judicio, illum fidem ejus enervare non posse, quatenus id sibi producenti nocet, a pragmaticis vulgo tradi solet, utcunque producens protestatus fuerit, se illud tantum, quatenus sibi prodest, productum velle. Ut tamen adversario producentis integrum putent, producto contra se instrumento in suum uti commodum, si quid in eo pro se inveniat, salva de cetero facultate reprobandi ea, quæ partis adversæ causam videntur adjuvare. Et ex eo jure utendi instrumento per adversarium producto descendit, quod a Mynsingero *cent.* 6. *observ.* 76. aliisque scriptum est, eum, qui semel in judicio produxit instrumentum, quod postea sibi magis obesse quam prodesse deprehendit, non posse ex pœnitentia illud iterum judicio eximere, invito adversario, quasi non jam amplius producentis proprium, sed ex productione utrique litiganti commune effectum. An vero libri rationum, quos quis pro se adducit, etiam contra producentem possint judici fidem facere, prolixe discutit Menochius de *arbitr. judicum lib.* 2. *casu* 93.

19. Amissio instrumenti (de qua altera tituli pars est) non nocet creditori, *l.* 1. *l.* 5. *l.* 7. *l.* 8. *l.* 10. *C. h. t.* si modo aliter de negotii gesti veritate constare possit, *l. in re* 4. *ff. h. t. l. contrahitur* 4. *ff. de pignor. & hypoth.* Quo fundamento assignatam liberis a parente superstite quantitatem velut patrimonium parentis prædefuncti, per testes recte probari, cum ipsum assignationis instrumentum esset deperditum, re judicata firmat D. Someren de *jure novercar. cap.* 5. *sect.* 1. *n.* 4. Nec mutat, quod forte scriptura ex conventione partium fuerit ad contrahendum necessaria; dummodo tunc doceatur, scripturam ea de re vere confectam esse, arg. *l. testium* 18. *in fine Cod. de testibus.* Ant. Matthæus *de judiciis disp.* 9. *n.* 69. Struvius *ad Pand. exercit.* 28. *num.* 34. Quid juris sit, si ipsa tabellionis scriptura memorialis perierit, exemplum tamen inde descriptum extet, supra monitum *n.* 7.

20. Sed ne facile instrumentorum, præcipue publicorum a tabellionibus conscriptorum, contingat amissio, in Hollandia constitutum est, ut post obitum tabellionum acta eorum, seu protocolla, deferantur in graphejum urbis illius, in qua suo munere functi sunt, ibique asserventur, *Placit. Ordin. Holl.* 22. *April.* 1670. *vol.* 3. *pag.* 486. et quidem in graphejum loci illius, in quo postremum morati ac mortui sunt, si mutato identidem domicilio diversis in regionibus artem suam professi sint, *Placito Ordin. Holland.* 1. *Augusti* 1676. *d. vol.* 3. *pag.* 487. Quibus similia in plerisque cauta decreto Curiæ Brabantinæ 29. *Octobr.* 1665. *d. vol.* 3. *pag.* 488. Eandemque ob causam nec acta publica ex loco publico, nec libros ex graphejo Curiæ Hollandicæ esse domum asportandos, jam ante adnotatum est *n.* 2.

21. Multum interim refert, utrum is instrumentum a se amissum dicat, qui ipse eo ad agendum in judicio aut excipiendum usurus est; an vero alius, cui inde nec seritur nec metitur, ad ejus exhibitionem conventus; an denique ipse actor aut reus, qui, postquam instrumentum produxit, ad iteratam productionem convenitur, dum adversarius illud falsi arguere vult. Si enim amissio instrumenti, quo actor suam intentionem, aut reus suam exceptionem firmare deberet, ab his ipsis allegetur, nihil ipsis prodesset istiusmodi allegatio, utcunque jurejurando munita, si non aliunde actor intentionem aut reus exceptionem probet; quasi non jus sed probatio deficiat. Sin ex adverso tertius tanquam possessor instrumenti conveniatur ad editionem aut exhibitionem ejus, jurata assertione, quod neque possideat neque dolo malo possidere desierit, plerumque defungi potest, ac absolvendus est, *l. ult. in med. C. h. t.* Carpzovius *defin. for. part.* 1. *constit.* 17. *defin.* 28. si non aliud suadeant concurrentes circumstantiæ, aut evidens sit, ex editione damnum aliquod ei, qui ad editionem convenitur, imminere, ut dictum *tit. de edendo n.* 25. *in fin.* Idemque statuendum, si repetitam editionem petente adversario, ut instrumentum falsum doceat, is qui semel edidit, illud a se per casum edi non posse juret, *l. p. C. h. t.*

22. Quod si chirographum quidem amissum, sed tamen debitum eo comprehensum in confesso sit, aut aliunde probatum, non potest debitor sub prætextu, quod chirographum sibi reddi nequeat, solutionem detrectare, si apocham solutionis dare creditor paratus sit: cum ex rescripto Imperatorum *pecunia solutæ professio collata instrumento majorem rei gestæ probationem contineat, quam si chirographum acceptæ pecuniæ mutuæ fuisset redditum, l. pecuniæ* 14. *C. de solut.* junct. *l. dissolutæ* 2. *C. de condict. ex lege,* Andr. Gayl. *lib.* 2. *observ.* 57. *n.* 4.

23. Sed & observandum, a creditore compelli posse debitorem, ut in instrumenti amissi aut vetustate attriti locum aliud conscribat ac tradat creditori, si creditum de cetero in confesso aut probatum sit, sive instrumentum amissum contineat obligationem

ultro citroque obligatoriam, veluti emtionis locationis, secundum ea, quæ scripsi *tit. de edendo num.* 13. sive chirographum deperditum mutui aut reditus aut decimatum aut alterius similis debiti confessionem aut constitutionem complectatur, arg. *l. chirographis* 57. *ff. de adm. & peric. tut.* Andr. Gayl *d. lib.* 2. *observ.* 37. *n.* 1. Responsa Jurisc. Holl. *p.* 1. *cons.* 193. & *p.* 2. *cons.* 271. Wassenaar *pract. judic. c.* 6. *n. ult.*

TITULUS V.

De Testibus.

SUMMARIA.

1. *An, & quando instrumenta testibus potiora sint, & vice versa? Ubi lex præcise scripturam requirit, an depositio quinque testium suppleat scripturæ defectum?*
2. *Quo tempore testes debeant esse idonei? Qui prohibeantur testes esse? Ubi de impuberibus, furiosis, prodigis, hæreticis, Judæis, infamia juris notatis, servis. An servi manumissi, vel puberes aut sanæ mentis facti, deponere [illegible] int de iis, quæ in servitute, furore, aut impubere ætate vixerunt?*
3. *Quid sit domesticum testimonium? de mulis & ancillis quamdiu ministrant nobis, de lictoribus prætorum publice accusantium. An pater filio possit esse testis; & vice versa? An pater inter duos filios?*
4. *An frater pro fratre vel contra fratrem? An frater inter duos fratres?*
5. *An uxor pro marito vel contra maritum testari possit, aut cogi, ut testetur?*
6. *An, & quatenus advocatus aut procurator pro cliente suo, aut contra clientem testis esse possit?*
7. *An, & quatenus tutor pro pupillo aut contra eum? Et quid de executore negotii?*
8. *An proxeneta inter eos, quibus ministerium accommodavit? & quam fidem faciant libri ejus?*
9. *An socius in causa sibi & socio communi? An cedens in causa cessionarii, auctor in causa ejus, qui rem ab ipso habet? An quis in re sua?*
10. *De minore annis* 20. *in criminalibus; participe criminis; liberto contra patronum; inimico capitali.*
11. *An, & quo usque cæcus, surdus, mutus, fœmina, subditus in causa Principis, municeps in causa municipii, delator in crimine quod detulit, debitor inter creditores de protopraxia agentes infamia facti laborans, inimicus, amicus, cognatus? Quid, si testis deponat, se ab ipso producente corruptum esse?*
12. *Moribus omnes testes audiendi, salva licentia reprobandi depositiones. Quando testes minus idonei pro actore vel reo fidem faciant?*
13. *Quibus modis testes cogantur jure veteri & novo Romano & hodierno ad testimonium dicendum? An & cogendus, qui jurejurando se obstrinxit de non propalandis sibi revelatis?*
14. *Qui inviti non cogantur? ubi de senibus, militibus, valetudinariis, illustribus, publicanis, cognatione vel affinitate junctis, libertis ac patronis. An quisquam de facto ex quo infamiam aut delictum proprium detegeret? An unus ex pluribus actoribus vel reis? Quibus casibus exceptæ personæ tamen invita cogi possint in subsidium?*
15. *Testibus productis sumptus a producente subministrandi. Ipsi interrogandi, & responsa jurejurando veritatis, non credulitatis, firmare debent in continenti. Non solis creditur testimoniis exhibitis. Nec hodie creditur testimoniis in judicio non repetitis ac confirmatis; exceptis paucis casibus, ubi de testibus mortuis aut peregrinantibus, non objecta per adversarium confirmationis omissione, aliisque. An testimonia confirmari possint, ubi semel producta sunt non confirmata?*
16. *Testes in alieno morantes territorio per istius loci judicem examinari possunt, & transmissæ depositiones fidem inveniunt in causa civili. An & in criminali?*
17. *Quot productiones testium Romani admiserint? An testis in eadem causa sæpius produci possit? An ut dubia explicet? An errorem possit corrigere, & quam tunc fidem faciat prior aut posterior depositio? ubi & de teste vacillante &c.*
18. *De publicatione testimoniorum, ne judex aut tabellio præmature publicet. An et quando post publicationem testes de novo produci possint?*
19. *De reprobatione, denique salvatione testium et testimoniorum.*
20. *Duo testes vulgo sufficiunt? multitudinem testium onerosam ac superfluam judex non debet admittere.*

1. Quemadmodum instrumentis, ita & testibus probatio fit, usque adeo, ut rescriptum fuerit, in exercendis litibus eandem vim obtinere fidem instrumentorum, & testium depositiones, *l. in exercendis* 15. *Cod. de fide instrumentorum*, in quantum scilicet seorsim instrumenta sola, & solæ testium sufficientium depositiones, plenam possunt judici fidem facere ad sententiam secundum allegata atque probata ferendam. Ut tamen inficias haud sit eundum, quin adductis ex uno latere testibus, ex altero instrumentis, nonnunquam testibus magis quam instrumentis, quandoque magis instrumentis quam testibus credendum sit, prout vel instrumenta fuerint omni exceptione majora, vel testes. Qua ratione per depositionem testium instrumenta falsitatis arguentium, in dubium vocari, imo enervari in totum posse instrumentorum fidem, constat ex *l. optimam* 14. *Cod. de contrab. & commit. stipulat.* §. *item verborum* 12. *Instit. de inutil. stipulat.* Contra vero censum & monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit, *l. census* 10. *ff. de probat.* imo testes adversus scripturam interrogari non posse, cum de fide tabularum nihil dicitur, Paulus notat, *recept. sentent. lib.* 5. *t.* 15. §. 4. & contra scriptum testimonium non scriptum non ferendum esse testimonium, habet *l.* 1. *C. b. t.* nec dubium, quin omnibus illis in casibus scriptura prævaleat, in quibus leges nominatim per instrumenta, cum testium exclusione, probari jubent, quales occurrunt in *l. pen. C. si minor se majorem dixerit*, *l. cum de indebito* 25. §. *ult. in fine ff. de probation. l. generaliter* 13. *C. de non numerata pecunia*, *l. in donationibus* 13. *C. de donation.* Quamvis frequentius pragmaticis placuerit, quoties lex aut statutum nominatim scripturam requirit, nec testibus contentum est, quinque tamen testibus aut confessione adversarii, perinde ac instrumento, id quod actum est probari posse, arg. *l. testium* 18. *C. b. tit.* vel etiam jusjurandum a parte parti posse

deferri. Vide Mynsingerum *cent.* 1. *observ.* 5. Responsa Juris. Holl. *par.* 3. *vol.* 2. *consil.* 89. *num.* 2. & *seqq.* Parent. p. m. Paulum Voet *de statutis sect.* 7. *c.* 3. *n.* 8.

2. Sunt autem testes personæ ad fidem rei faciendam adhibitæ in causa civili vel criminali; in quibus ante omnia testimonii perhibendi potestas requiritur eo tempore, quo in testimonium adhibentur, arg. *l.* 2. *l.* 3. *l.* 13. *ff. b. t.* junct. *l. ad testium* 22. §. *conditionem* 1. *ff. qui testam. fac. poss.* Ceterum alii in universum vetantur testes esse, alii quibusdam tantum in causis exclusi sunt. In universum prohibiti furiosi & prodigi, §. *testes* 6. *Instit. de testamentis ordinand.* junct. *l. furiosi* 40. *ff. de reg. juris* infamia juris laborantes; licet enim lex Julia de vi quosdam tantum enumeret gravius notatos, *l.* 3. §. *lege Julia* 5. *ff. b. t.* tamen, quod legi deest, religione judicantis omittendum hic non esse, Papinianus auctor est, *l. quæsitum* 13. *ff. b. t.* Quibus consequens est, in *l. qui testamento* 20. §. *eum, qui* 5. *ff. qui testam. fac. poss.* addendam esse vocem *non*, uti id etiam contextus jubet. Adde Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 3. *circa fin.* Sed & Judæi ac hæretici improbiores idonei testes in judiciis non sunt, nisi inter ipsos hæreticos aut Judæos contentio sit, quasi tunc digni sunt tali litigatore testes, *l. pen. C. de hæretic. & Manichæis.* Impuberes quoque naturalis ratio a testimonio repellit, §. *testes* 6. *Instit. de testam. ordin. l.* 3. §. *lege* 5. *l. inviti* 19. §. 1. *ff. b. t.* cum ætas illa seductu facilis sit, judicii infirmitate laborans, & suspectior habeatur ad mentiendi facilitatem, imo nec pejerare intelligatur, *l. ex libero* 15. §. 1. *ff. de quæstion.* junct. *l. qui jurasse* 26. *ff. de jur. jurando.* Servos lex civilis non patitur testes esse; adeo ut, si de statu testis producti dubitetur, liberne an servus sit, audiatur quidem, & perfectum habeatur testimonium, si deinde liber pronuncietur; si vero servus, ipso jure nullum sit, *l. quoniam* 11. & *auth. si testis C. b. t.* Nisi causa sit ardua ad rei publicæ spectans utilitatem; aut aliæ desint probationes, *l. vix certis* 53. *ff. de judiciis, l. servi* 7. *ff. b. t. l. ult. ff. de suspect. tutor.* In ceteris tamen veritas ex iis per tormenta inquiri potest, *l.* 1. §. 4. & *seqq. ff. de quæst.* neque quicquam intercedit, quo minus liberi facti de illis deponant, quæ in servitute viderint audiverintve, arg. *l. notionem* 99. §. *ult. ff. de verb. signif.* Contra, quam in iis, qui puberes facti, dicendum foret; quippe quorum testimonia de his, quæ durante impubere ætate gesta sunt, haud recipienda; cum ætas ea, quid videat, ignoret; neque quicquam posse scire intelligatur, *l.* 1. *in fine C. de falsa moneta, l. ult. ff. de juris & facti ignorant.* ac ne præsens quidem satis apte dici queat, *l. ult. de verbor. signif.* Nec aliud de iis statuendum, qui remittente furore ad sanam mentem reversi sunt: nam nec hi furoris tempore ulli negotio præsentes fuisse videri possunt, *l. ubi non voce* 124. §. 1. *ff. de reg. juris, d. l. ult. ff. de verb. signif.* Et sane, si furiosus ne id quidem intelligat, quod ipse agit, qui, quæso, perciperet, &, si non perceperit, qui edissereret, quæ per alios gesta sunt?

3. Quibusdam tantum causis aut personis testimonium plures perhibere prohibentur. Etenim primo quidem generaliter omne reprobatum domesticum testimonium, quod non ex cohabitatione sed magis ex familiæ & potestatis jure æstimandum est, *l. etiam* 3. *C. b. t. l. pen. ff. b. t.* §. *in testibus* 9. *Instit. de testam. ordinand.* junct. *l. pater* 17. *ff. b. t. l. pronunciatio* 195. §. 2. *ff. de verbor. signif.* Ræsvardus *lib.* 2. *varior. cap.* 8. Argentræus *ad consuet. Britann. art.* 163. *gloss.* 1. unde & idoneos non videri testes, quibus imperari potest ut testes sint, pro regula traditum, *l. idonei* 6. *ff. b. t.* Quibus non immerito adnumeraveris famulos ancillasque producentis, quamdiu in ministerio ejus sunt ac mercede fruuntur, non postea, arg. *l. perspiciendum* 11. §. 1. *ff. de pœnis.* Donellus *ad l.* 2. *C. b. t. n. ult.* ut & lictores similesque prætoribus & aliis publico nomine accusantibus inservientes, in causis per prætores intentatis, Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 3. §. 7. Adde Martam *ff. juris noviss. tom.* 2. *tit. berroarii cap.* 1. Plane, si publicanus fraudationem detegat, præsente apparitore & mensore jurato, plena fraudationis probatio jure singulari facta creditur, secundum ea quæ Zelandis placuerunt *vol.* 3. *placit. Holl. pag.* 1103. & *pag.* 1104. *art.* 4. & *pag.* 1113. *art.* 9. Sed nec pater filio, nec filius patri recte in judiciis testis est, utcunque patria potestas jam dissoluta fuerit, *l. testis idoneus* 9. *ff. b. t. l. parentes* 6. *C. b. t.* adeo ut ne inter duos quidem filios pater testis audiendus sit; eo quod pro uno contra alterum tunc perhibens testimonium, in legem utramque impingeret supra allegatam, quippe quarum una vetat, ne pater pro filio, altera, ne contra filium testis fiat. Nec est, quod regeratur, æquali, qua pater erga filium utrumque duci præsumitur, affectionis causa amoveri fraudis atque falsitatis suspicionem, *l. non solum* 67. §. *de uno* 1. *ff. de ritu nupt.* Nam etsi tunc pulsus videatur fraudis metus, non tamen cessat a pietatis officio desumta ratio, quæ patrem contra filium testari non patitur, convenienter *d. l.* 6. *C. b. t.* ne ex testimonio in filium prolato inter patrem filiumque succrescat odiorum causa, ac dissidiis sejungantur, quos oportuerat in perpetuum sanctissimo amoris vinculo constrictos esse.

4. Pari fere ratione nec frater pro fratre, nec frater contra fratrem recte testis est; ne vel pro fratre testimonium dicendo, favori & affectioni fraternæ plus forte tribuat, quam veritati; vel contra eum deponens, sat raram inter fratres gratiam turbet. Eoque facit, quod inter eos, quibus invitis denunciari nequit, ut testimonium adversus conjunctas dicant personas, uti pater non numeratur, ita nec frater, quod tamen necesse esset, si fratri licuisset per leges contra fratrem testari, vide *l. lege Julia* 4. & *seqq. ff. b. t.* quodque frater fratrem non gravioris sed tantum levioris potest criminis reum facere, *l. si magnum* 15. *l. si sororem* 18. *C. de his qui accusare non possunt*, eo modo, quo & pater suum filium non debuit ex causa gravioris criminis ad supplicium offerre, *l. milites* 13. §. *ult. ff. de re militari.* Quibus positis, verius est, patris exemplo nec fratrem inter duos fratres suos litigantes testari posse, per rationes, ob quas id patri denegari supra adstructum est: licet aliud placuerit Merulæ *in sua praxi lib.* 4. *t.* 79. *cap.* 2. *n.* 4.

5. Similiter virum pro uxore, & vice versa, testem esse, exemplo grave est; cum enim ex artissimo matrimonii vinculo quasi in unum conjuges coaluerint & conjugalis affectio eam, quæ inter parentes liberosque intercedit, aut æquet aut superet, non potest non justissima talis testimonii reprobandi causa subesse, nec erraverit, qui hoc quoque domesticis cre-

diderit annumerandum, dum uxor in mariti sui potestate est, arg. *d. l. pronunciatio* 195. §. 2. *ff. de verb. signif. l.* 1. §. *si vir* 15. *ff. de Senatusc. Silanian.* Et quamvis nonnullis placeat, uxorem contra maritum suum non testari tantum posse, sed & invitam ad id ab adversario mariti compellendam, tamen id merito perquam durum Groenewegio visum fuit *ad l.* 3. *C. b. t.* Magisque est, ut uxor ne volens quidem contra maritum audiatur. Quo facit argumentum idem, quod superius in fratre adductum est, inter personas scilicet, quæ invitæ ad testimonium non coguntur, socerum quidem generumque nominari, sed ut patris & fratres, ita & uxoris aut mariti non cogendi altissimum in *d. l.* 4. & 6. *ff. b. t.* silentium esse, cum utique hi, qui principium affinitatis sunt, minus cogendi fuerint, quam ipsi affines, atque adeo horum quoque debuisset mentio esse, si non a testimonio in se invicem dicendo fuissent exclusi. Confer Sande *decis. Frisic. par.* 1. *t.* 10. *defin.* 3. Carpzovium *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 51. 52.

6. Non etiam advocatus aut procurator in ea causa, cui patrocinium præstitit aut procurationem, idoneus testis est, *l. ult. C. b. t.* sive pro cliente, sive contra eum producatur; saltem non ad id, ut pandere cogeretur ea, quæ non aliunde quam ex revelatione clientis comperta habet, eo modo, quo & sacerdoti revelare ea, quæ ex auriculari didicit confessione, nefas est, *cap. sacerdos* 2. *distin.* 6. *de pœnitentia cap. omnis* 12. *in fine extra, de pœnitentiis & remission.* nam quod spectat alia aliunde cognita, nihil vetat, quo minus eorum intuitu contra suum clientem patronus deponere compellatur; ne alioquin in litigantis potestate sit, iis patronis assumtis, qui scientiam rei habent, adimere adversario probandi facultatem. Confer Annæum Robertum *rer. judicat. lib.* 2. *cap.* 19. Ant. Fabrum *C. lib.* 4. *t.* 15. *defin.* 19. *ibique notata.* Responsa Jurisc. Holl. *par.* 2. *cons.* 33. Groenewegen *ad l. ult. ff. b. t.* Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 1. *cap.* 29. *num.* 21. In alia plane causa, cui non assistit tanquam patronus aut procurator, quin testimonium jure perhibeat, sive pro eo, sive contra eum, cui ante alio in negotio patrocinium præstitit, aut etiamnum præstat, non videtur dubitandum, cum in eam causam, quam nunquam tractavit, præsumi non debeat peculiari ductus affectione. Ant. Faber *Cod. lib.* 4. *t.* 14. *defin.* 19. *in fine.* Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *t.* 10. *defin.* 4. *in fine.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *n.* 59.

7. Non longe dispar tutoris in causa pupilli conditio est; nam & hunc durante tutela non admitti ad testimonium pro pupillo dicendum, quoties ipse pro eo in judicio stat; admitti tamen, si per actorem a judice datum pupilli nomine lis agitetur, communiter receptum est, ut notat Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 57. 58. non obstante eo, quod major videri possit tutoris in pupillum affectio esse, utcunque ipse pro eo in judicio non subsistat, quam ut fidem faceret. Cum enim illa præsumta tutorum in pupillos affectio non impediat, quo minus in causa pupillari, si velit, jusjurandum affectionis in litem præstent, *l. videamus* 4. *ff. de in litem jurando*, juris quoque ratio refragari haud videtur, quo minus de rei gestæ veritate jurato testentur, si modo de iis, quæ per alios gesta, non quæ ipsi tanquam tutores gesserunt, quorumque intuitu actione tutelæ conveniri possent, deponant: ne alias in re sua, seu ea ex qua damnum ipsis imminet, videantur testes esse: qua ratione nec executores negotiorum posse testari, habet *l. ult. ff. b. t.* Licet autem variis placeat, compellendum non esse tutorem invitum, ut contra pupillum suum testis sit, quia tamen nuspiam tutores inter illas recensentur personas, quæ invitæ ad testimonium contra pupillos dicendum cogi nequeunt, rectius eos sub regula, testium coactionem comprobante, comprehenderis, ne veritas in occulto sit, arg. *l. lege Julia* 4. & *seqq. ff. b. t.* Adde Berlichium *decis.* 266.

8. Proxenetam inter eos, inter quos ministerium accommodavit, de eo quod actum est testari non posse, nisi utraque parte consentiente, Romanis placuit, *nov.* 90. *cap. quoniam* 8. nisi forte rectius illud *cap.* 8. accipiatur de proxeneta invito ad testimonium haud cogendo, nisi pars utraque in id consentiat. Sane ex usu hodierno invaluit, eum etiam altero invito deponere posse de iis, quæ nomine officii ut proxeneta gessit, in quibus & libris ejus statur, si publice constitutus sit, ut mercatorum ipsorum libris stari solet. Groenewegen *ad rubric. ff. de proxeneticis*, nisi libri ipsius pugnent, aut saltem non conveniant satis cum libris mercatoris illius, qui ejus depositione uti vult, aut negetur ad negotium parandum rogatus esse; & in ejus deficiat probatione. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 1. *consil.* 181.

9. Porro nec socius in causa sibi cum socio communi satis recte testatur, arg. *l.* 1. *C. de commun. rerum alienat. l.* 1. §. *in propria* 11. *ff. quando appelland. sit*, nec cedens in causa cessionarii; nec auctor in causa ejus, in quem rem alienavit; eo quod hi omnes viderentur in re propria quodammodo testes esse, dum causa mihi cum alio communis mea pro parte est, & cedens ac auctor de evictione vel eo quod interest ob rem evictam obligari solent; omnibus autem rei propriæ, vel negotio ex quo lucrum sperat damnumve metuunt, testimonii dicendi facultatem jura submoverunt, *l. nullus* 10. *ff. b. t. omnibus* 10. *C. b. t.*

10. Non denique minor annis viginti in causis criminalibus idoneus testis est, nisi forte, ut faciat indicium, *l. in testimonium* 20. *ff. b. t.* nec particeps criminis contra criminis socium, *l. quoniam* 11. *C. b. t.* nec libertus contra patronum, *l. libertorum* 12. *C. b. t.* nec inimicus capitalis contra inimicum, *l.* 3. *ff. b. t.* junct. *l. si quis testibus* 16. *C. b. t. nov.* 90. *cap. si vero* 7.

11. Contra vero testis esse potest cæcus de causis illis, quæ visum non requirunt, aut de iis, quæ vidit ante cæcitatem: & mutus aut surdus extra testamenta de his, quæ clare potest indicare: & fœmina in causis criminalibus, atque civilibus non testamentariis, *l. ex eo* 18. *ff. b. t.* & subditus in causa Principis: & municeps in causa municipii, quoties illa non principaliter singulorum respicit utilitatem, arg. *l. sicut* 7. §. 1. *ff. quod cujusque universit. nomine*, *l. sed si hac* 10. §. *qui manumittitur* 4. *ff. de in jus voc.* Carpzovius *defin. for. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 65. Adde Menochium *de arbitrar. judic. casu* 106. Mascardum *de probat. concl.* 318. & creditor & fidejussor in causa sui debitoris ejusque pro quo intercessit, aut confidejussoris, si modo debitor aut confidejussor abunde solvendo sit, sic ut nec creditori nec fidejussori immi-

neat damni metus. Mascardus *de probation. concl.* 785. *fidejussor. an pro principali testis esse possit.* Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 67. Hippolitus de Marsiliis *de fidejussoribus*, *num.* 381. 382. Pyrrhus Maurus *de fidejussor. partis secundæ principalis sect.* 3. *cap.* 3. *num.* 14. *& seqq.* Delatorem quoque criminis posse de eo testem esse, ubi alius publico nomine accusator existit, vulgo obtinuit. Christinæus *ad Leg. Mechl. tit.* 1. *art.* 35. *n.* 6. Carpzovius *d. par.* 1. *constit.* 16. *def.* 66. Sed & in causa creditorum, de protopraxia disputantium, recte testimonium perhiberi per debitorem, quoties ab uno creditorum rogatus est, a Curia Ultrajectina judicatum refert Radelantius *Curiæ Ultraject. decis.* 36. Infamia quoque facti notatum, aut alias vilem & abjectum, nec non amicum, cognatum, ac familiarem pro amico, vel cognato, inimicum non capitalem contra inimicum testari, legibus permissum est; ut tamen hi non habeantur tunc omni exceptione majores, *l. testium fides* 3. *pr. ff. h. t.* ac ex jure Romano harenariorum aliorumque similium testium viliorum testimonio credendum non fuerit sine tormentis, *l. ob carmem* 21. *§. si ea* 2. *ff. h. t. nov.* 90. *c.* 1. *§.* 1. Plane si inimici pro inimico, amici familiares ac cognati contra cognatum, amicum ac familiarem deponant, ratio non est, cur non plenissimam judici fidem faciant; licet verum sit, multos ob sanguinis aut affinitatis arctius vinculum compelli invitos non posse, ut in affinem cognatumve testimonium ferant, ut post dicetur. Si tamen testis productus contra ipsum producentem deponat, se pretio ab eo ad depositionem, quam fecit, redemtum esse, vix est, ut ei fides habenda sit; tum quia is, qui pecuniam ob dicendum vel non dicendum testimonium accepisse judicatus, aut convictus, aut confessus fuit, a testimonio dicendo per legem Juliam exclusus est, *l. testium fides* 3. *lege Julia* 5. *ff. h. t.*; tum quia propriam allegans turpitudinem audiendus non est; tum denique, quia merito metuendum, ne forte pretio majore corruptus sit ad id, ut se pretio corruptum fateatur, eo fere modo quo ille, qui omni modo venalis, a Titio pecuniam acceperat, ut Mævio litem iniquam moveret, iterumque a Mævio ipso, ne ei litem calumniosam inferret, juxta *l. et generaliter* 3. *§. ult. ff. de calumniator.*

12. Interim moribus nostris fere obtinet, ut omnes omnino testes producti audiantur, salva adversario, contra quem producti, reprobandi licentia, Groenevegen *ad l.* 24. *ff. h. t.* dum tamen meminerimus, etiam aliquando illos, quos a testimonio repelli supra dictum, fidem judici posse facere, puta, si vel pro rei innocentia producantur; dum satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari, *l. absentem* 5. *ff. de pœnis*, vel ex natura delicti difficilis sit probatio ejus, ut in furto, adulterio, similibusque contingit, uti & in criminibus nocturno tempore locoque solitario perpetratis; saltem ad id, ut arbitrio judicis quæstionum adhibitioni possit locus esse, secundum ea, quæ post plures alios citatos habet Sim. van Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *n.* 5. 6. 16. *&* 17.

13. Testes autem etiam invitos produci, & ad testimonium in causa civili vel criminali dicendum compelli per judicem, non item per arbitrum jurisdictione carentem, ordinarium est, & jure quidem Romano captis pignoribus, indicta multa, aliisque vulgatis ad factum cogendi modis, *l. constitutio* 16. *l. si quando* 19. *C. h. t.* junct. *§. pen. Institut. de satisdat. tut. l. unic. ff. si quis jus dicenti non obtemperaverit*, Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 100. nostris vero & aliorum moribus etiam mediante arresto, ut dictum *tit. de in jus vocando n.* 25. præcipue civili custodia (*by dyselinge*), si in territorio deprehendantur aut domicilium foveant, quam si contumaciter sat diu perpessit fuerint; tandem ex notissima civilis custodiæ praxi in facti non præstiti æstimationem pecuniariam, a judice pro re nata taxandam, damnandi sunt. *Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland* 1. *Apr.* 1580. *art.* 8. Groenewegen *ad l.* 15. *§.* 1. *C. h. t.* Ne dicam, olim ex lege duodecim tabularum improbos & intestabiles fuisse habitos qui tanquam testes negotio adhibiti fuerant, si noluissent deinde testimonium dicere. Rævardus *ad leg.* 12. *tabular. cap.* 10. Quod si quis jurejurando semet obstrinxerit, se ea, quæ comperta habet, aut quæ sibi privatim sub fide silentii revelata sunt, non propalaturum, non eo minus de eo testimonium perhibere compelli potest; cum jusjurandum in veritatis præjudicium interpositum servari non debeat, ne fiat vinculum iniquitatis, *cap. pervenit* 4. *extra de testibus cogendis vel non.* Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 100. *n.* 3. *et seqq.*

14. Non tamen inviti cogi possunt senes memoriæ imbecillitate laborantes, valetudinarii, milites, *l.* 3. *§. ult. l. inviti* 8. *ff. h. t.* nec illustres, *l. constitutio* 16. *C. h. t.* arg. *d. l.* 8. *in fine ff. h. t.* nec publicani, & qui quid exercitui præbendum conduxerunt, *l. inviti* 19. *ff. h. t.* Rævardus *lib.* 5. *varior. cap.* 4. nec cognatione vel affinitate propinquiore juncti, lege Julia recensiti, *l.* 4. *l.* 5. *ff. h. t.* nec liberti adversus patronos, & vice versa, *d. l.* 4. *in fine ff. h. t.* nec quisquam de facto ex quo dedecus, infamiam, aut delictum proprium detegeret, veluti an furtum ope juverit, an lenocinio præbuerit adulterio occasionem &c. Mynsingerus *cent.* 6. *observ.* 92. Berlichius *decis.* 16. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. *num.* 7. *in fine*. An actor unum ex pluribus reis, vel reus unum ex pluribus actoribus possit ad testimonium contra reliquos cogere, vide apud Berlichium *decis.* 265. Plane moribus hodiernis publicanos a ceteris ad testimonium cogendis haud esse separandos, auctor est Gronewegen *ad d. l.* 19. *ff. h. t.* & in subsidium, aliis probationibus deficientibus, proximos etiam sanguine vel affinitate junctos, quin & ipsam subinde uxorem, compelli posse, ut contra proximos, ac proprium maritum deponant, aliquando judicatum refert Sande *decis. Frisic. lib.* 1. *tit.* 10. *defin.* 3. Carpzovius *defin. forens. par.* 1. *constit.* 16. *defin.* 51. 52. Adde *bellum juridicum casu* 50.

15. Producendi autem in judicio testes sumtibus producentis, qui etiam ipsis testibus subministrandi sunt, ad iter & ad se exhibendos, quamdiu testimonii causa detinentur, ac distringuntur, ne officium damnosum sit, *l. testium fides* 3. *§. Gabinio* 4. *ff. h. t. l. quoniam* 11. *l. constitutio* 16. *l. pen. C. h. t. l. eos, qui* 8. *§. si quis* 2. *C. de appellation.* Instructio Curiæ Hollandicæ *art.* 130. Brabantinæ *art.* 38. Flandricæ *art.* 59. Producti vero interrogandi singuli seorsim, non plures simul, præsertim in criminalibus. *Ordonnantie op de Styl van de Proceduren in Criminele saken van*

Kon. Philippus 9. *Jul.* 1570. *art.* 25. ac jurisjurandi religione per judicem, priusquam perhibeant testimonium, arctandi, *l. jurisjurandi* 9. *l. constitutio* 16. *C. b. t.* aut secundum mores nostros jam perhibitum solemni firmant jurejurando, citata ad id adversa parte ac præsente, aut per contumaciam absente, *l. pen. C. b. t. nov.* 90. *cap.* & *hoc vero* 9. ita, ut non credulitatis aut opinionis suæ, sed veritatis jusjurandum præstent, ac de certa sua deponant scientia; nisi forte de consanguinitate vel affinitate probanda agatur, ubi de auditu, de fama, de relatione aliorum deponentes fidem facere, tradit Mascardus *de probation. conclus.* 60. Carpzovius *defin. for. pao.* 1. *constit.* 23. *defin.* 12. Estque a teste producto exigendum hoc jusjurandum in continenti, non ex intervallo. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 101. *num.* 9. 10. Testimoniis solis, seu scriptis testium depositionibus in judicio productis judicique exhibitis fides plena adhibenda non est; unde & ab Hadriano Imperatore rescriptum fuit, *testibus, non testimoniis credendum esse*, ac *aliam esse auctoritatem præsentium testium, aliam testimoniorum quæ recitari solent*, *l. testium fides* 3. §. *idem Divus* 3. & §. 4. *ff. b. t.* eo quod judex optime ex testium præsentium vacillatione aut constantia reliquisque circumstantiis statuere potest, quantum depositioni eorum tribuendum sit, dum non satis certis regulis definiri potest, quæ cuique rei probandæ argumenta sufficiant, sed judicem ex animi sui sententia æstimare oportet, quid aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, *d. l.* 3. §. *ejusdem* 2. *ff. b. t.* Qua ratione etiam hodie obtinet, non aliter depositiones testium ratas esse, quam si coram judice per testes solemniter repetitæ fuerint ac confirmatæ, citata adversa parte, ut, si sibi expedire credat, eosdem testes contra se productos etiam pro se interrogari desideret: quali desiderio judex annuere tenetur. *Instruct. Curiæ Holl. art.* 129. *Ordonnancie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland.* 1. *Apr.* 1580. *art.* 15. Jacob. Coren *consil.* 13. *n.* 4. & *seqq.* imo in criminalibus etiam non rogatum in ea ex testibus contra reum productis inquirere, quæ pro rei faciunt defensione, æquum est, ne insons pereat. *Ordonnantie op de sty van de Procedurem in Criminalesa] ken van Kon. Philippus* 9. *Jul.* 1570. *art.* 24. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1050. Si tamen adversarius non præcise urgeat solemnem testimonii exhibiti repetitionem in judicio seu confirmationem, & testes integræ famæ ac honorati viri, omni exceptione majores sint, deque eorum agatur probatione, quam adversarius non absolute negat, sed a se ignorari obtendit, magis est ut & hisce judici fides fiat. Jacob. Coren *observ.* 32. *in pr.* Simili modo si longinqua peregrinatio testium aut mortalitas impedimento fuerit, quo minus solemnem faciant in judicio depositionis suæ juratamque repetitionem, mors pro confirmatione ac repetitione est; pari fere ratione, qua et libros mercatorum morte firmari, in præcedente titulo dictum fuit, arg. *l. ult. C. b. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland.* 1. *Apr.* 1580. *art.* 17. *Instructio Curiæ Flandrica art.* 324. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 40. Jacobus Coren *d. observ.* 32. *n.* 11. & *seqq.* Ubi autem testimonia non solemniter repetita, seu confirmata, semel in judicio producta sunt, repetitio omnis ac confirmatio ulterior deinceps in Hollandia impedita est, ex decreto Curiæ Hollandicæ 22. *Februarii* 1588. *vol.* 2. *placit. Holl. pag.* 1427. quod et innuitur in edicto Philippi Hisp. Regis criminali 5. *Julii* 1570. *art.* 51. *d. vol.* 2. *pag.* 1027.

16. Quod si testes extra territorium judicis, coram quo lis pendet, commorentur, ac longius absint, quam ut rogati venirent ad locum judicii, dum cum nimis magna captione ac damno suo a re familiari avocarentur; judici loci, in quo commorantur, secundum mores nostros per litteras (requisitoriales vulgo dictas) legitime rogato examen committi potest, citata adversa parte aut procuratore ejus, atque ita ad locum judicii depositiones remitti, perinde valituræ, ac si in ipso judicii loco fuissent confirmatæ, *l. judices* 18. *C. de fide instrum. l. constitutio* 16. *C. b. t. Ordonnantie op de Justitie in de Steden en ten platten Lande van Holland* 1. *April.* 1580. *art.* 15. Et quamvis jure civili tantum in causis civilibus, non item in criminalibus, per alium judicem videatur examen testium potuisse peragi, *l. testium fides* 3. §. *idem* 3. *ff. b. t. authent. apud C. de fide instrument.* tamen nunc in ipsis quoque criminalibus negotiis id fieri posse, receptum est. Groenewegen *ad l.* 16. *in fine C. b. t.* nisi momentum negotii moveat judicem ad ipsorum testium peregre degentium præsentiam producenti imponendam. Guilielm. Grotius *Isagog. ad praxin Hollandiæ lib.* 2. *c.* 4. *n.* 54. aut judex, apud quem lis pendet, consultum judicet, aliquem ad examen testium extra suum territorium degentium speciatim delegare, cui tunc jus territorii seu jurisdictionem per magistratum illius loci ex comitate indulgeri, ubi id per literas requisitoriales petitum est, monet Wassenaar *in praxi civili cap.* 1. *num.* 165.

17. Productio vero testium secundum jus Romanum non prima tantum permissa est, sed secunda ac tertia; non item quarta, nisi causa cognita, ac præstito per producentem jurejurando, sibi testium priorum depositiones non innotuisse, *nov.* 90. *cap. quia vero* 4. Nec regulariter unus idemque testis in eadem causa amplius quam semel producendus est, arg. *l. ult. C. b. t.* nisi forte jubente judice ad id producatur, ut testimonium suum dubium apertius declaret. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 2. Sed &, si testis post examen recordetur, se in aliqua depositionis suæ parte errasse, errorem in continenti, vel saltem antequam cum alterutro litigantium locutus fuerit ob metum subornationis, corrigere non prohibetur, ita ut relinquatur id, in quo erratum est, quo sciri semper possit, quid prius sit depositum, sed emendatio subjiciatur, cum ratione ejus & tempore mutationis, *cap. praterea* 7. *extra. de testibus cogendis vel non*, arg. *nov.* 90. *cap.* 4. *in med.* Jul. Clarus §. *fin. q.* 53. *n.* 15. Ant. Faber *C. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 30. *num.* 7. Menochius *de arbitr. judicum lib.* 2. *casu* 108. *n.* 4. & *seqq.* Damhouderus *praxi civili cap.* 170. *n.* 25. 26. Alioquin testes vacillantes, contraria ex intervallo deponentes, pro integris habendi non sunt, *l.* 2. *ff. b. t.* aut si quæ iis fides habenda sit, magis in iis, quæ prius testati sunt, ex vero deposuisse; postea vero ex subornatione in contraria ivisse, præsumendi forent. Vide Menochium *d. casu* 108. Jul. Clarum *d. qu.* 53. Covarruviam *variar. resol. lib.* 2. *c.* 13. *n.* 18. Fachinæum *controvers. lib.* 9. *cap.* 84. 85.

18. Peracta testium productione publicationes depositionum fiunt, *nov.* 90. *cap.* 8. *in med.* junct. *cap.* 4. Damhouderus *praxi civili cap.* 152. quod & nunc ser-

vatur; licet olim in Holland. tales publicationes improbatæ fuerint, donec *placito Philippi Hisp. Regis*, 17. *Decembr. anni* 1555. & subsecuta interpretatione 25. *Martii* 1556. earundem usus inductus fuit, *vol.* 2. *placit. pag.* 1483. *in fine*, & *pag.* 1487. Vide tamen tempore antiquiorem instructionem Curiæ Holl. *art.* 146. Ante publicationem nec tabellioni nec judici licet eas adversæ parti communicare. Resp. Jurisc. Holl. *par.* 4. *consil.* 11. 12. Post publicationem ultra litigantibus alios testes producendi potestas non est, ne subornatio fiat, *d. nov.* 90. *cap.* 4. *pr.* & §. 1. nisi ad id in Holl. specialis restitutio a suprema Curia impetrata fuerit, quæ etiam vix solet denegari. Groenewegen *ad auth. at qui semel C. de probat.* Cui consequens est, ut & tertius, qui in lite intervenit, hac saltem mediante restitutione, audiendus sit, testes pro se producere cupiens, postquam jam actor ac reus principalis ulteriori renunciaverant testium productioni, & ita publicatio depositionum secuta fuerat. Vid. Andr. Gayl. *lib.* 1. *observ.* 71. *num.* 12. & *seqq.* Quin & ad faciendam testium reprobationem aut salvationem novos produci testes præcedente interlocutoria judicis sententia, in praxi servatur, quoties id, quod circa testes probandum est, causam multum allevaturum creditur aut depressurum.

19. Sciendum namque, unicuique tum actori tum reo concessam esse testium contra se productorum ac testimoniorum reprobationem, *l. si quis testibus* 17. *l. ult. C. h. t. auth. si testis C. h. tit.* quæ multis ex causis fieri potest, veluti, quod testes sint inidonei, pretio vel aliter corrupti, ex amicitia, cognatione, affinitate suspecti, ex ea lite damnum metuentes lucrumve sperantes, sibi ipsis vel sibi invicem contradicentes, aut vacillantes, aut non recte producti vel examinati, aliisque quam plurimis modis; quibus tamen a producente salvationes opponi moris est; quæ universa hic contexere operosum nimis esset; quæ insuper sat magnas tum reprobationum tum salvationum classes abunde jam construxerunt; videndi latius, Menochius *de arbitr. jud. lib.* 2. *casu* 96. & *multis seqq. ad casum* 112. Joh. Andr. Doruspergerus *syntagm. probationum lib.* 1. *cap.* 26. & *seqq.* Dambouderus *praxi civili cap.* 171. 172. 183. 184. 185. 186. 187. 188. Merula *praxi lib.* 4. *tot. tit.* 78. & *tit.* 79. Wassenaar *pract. Judicieel cap.* 1. *num.* 183. & *seqq. ad n.* 218. Leeuwen *cens. for. par.* 2. *lib.* 2. *cap.* 7. In quibus omnibus quantopere locum inveniat arbitrium judicis, jam supra ex *l.* 3. §. 1. 2. 3. *ff. h. t.* adnotatum est.

20. Ut autem plena fiat per testes probatio, duo ad minimum adhibendi idonei, ubi speciatim testium numerus expressus non est, *l. ubi num.* 12. *ff. h. t.* Nec judex promiscue plurimorum testium productionem in una eademque causa permittere debet, sed illius tantum numeri pati evocationem, quem necessarium esse putaverit, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur, *l.* 1. *in fine ff. h. t.* Quibus vero in casibus plures desiderentur, cum in propriis locis observatum sit, non est, quod hic recenseatur, ubi brevitati studendum censui, multaque consulto prætermisi, quæ non aliunde rectius, quam ex usu & quotidiana litium ipsarum tractatione disci possunt, quibusque pertractandis ingentia plures volumina adornarunt.

TITULUS VI.

De Juris & Facti Ignorantia.

SUMMARIA.

1. *Error juris naturæ aut gentium neminem excusat.*
2. *An excuset ignorantia juris civilis, communis aut statutarii?*
3. *Qui, & quando impune possint jus civile ignorare? ubi de minoribus, militibus, fœminis, rusticitate laborantibus.*
4. *Error juris civilis omnes excusat a dolo, & a doli pœnis.*
5. *Quo modo juris error acquirere volentibus non prosit? An noceat in damnis amittendæ & in damnis amissæ rei?*
6. *Error facti probabilis non nocet in delictis ac contractibus, ac prodest ad usucapionem.*
7. *Quæ sit ignorantia facti supina & affectata? An, & quando facti proprii ignorantia possit probabilis esse? Quæ sit regula generalis circa facti ignorantiam?*

1. IGnorantia seu error secundum tituli inscriptionem duplex est, juris scilicet & facti. Juris ignorantia est, cum quis ignorat ea, quæ legibus cauta sunt. Quæ si circa jus divinum aut naturæ aut gentium versetur, culpæ latæ merito annumeratur, nec ulli intellectu & ratione prædito ac doli capaci præbet excusationem. Qua ratione filius, qui parentem in jus vocavit sine venia, immunis haud erit a pœna aureorum quinquaginta, si juris ignorantiam alleget ac rusticitatem; cum jure naturæ parentibus honorem ac reverentiam exhibendam esse, nec quicquam temere in eos oportere committi, scire potuerit, vel saltem non debuerit ignorare, *l.* 2. *C. de in jus voc.* Nec evitabit incestus coercitionem mas aut fœmina, si cum noverca aut privigna incestus perpetratus sit juris errore, *l. si adulterium* 38. *pr.* junct. §. 2. *ff. ad leg. Jul. de adult.* Supinum certe & affectatum errorem non satis excusatum, nec ferendum esse, Ulpianus docet *l. nec supina* 6. *ff. h. tit.* talem vero esse, si omnes in civitate sciant, quod unus solus aut pauci ignorant, Paulus auctor est *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. h. t.* Cum ergo naturæ gentiumque jura omni humano generi communia sint, §. 1. & 2. *Instit. de jure naturali gent.* & *civili*, *l.* 1. §. *ult. ff. de justit.* & *jure*, non potest quis sine summæ negligentiæ vitio eorundem ignorantiam obtendere ad sui defensionem.

2. Nec aliud statuendum de errore juris civilis illius, quod tantum comprobatione tale est, seu, quod est in civitate receptum, cum id jam ante simpliciter rectæ rationis dictamen induxisset. Sed si jus civile sit tale origine, videndum, an universale sit an particulare. Universale si sit, quod nempe in imperio aliquo vel regno vel republica omnes obligat, non satis recte quis talis territorii indigena ab allegata juris illius ignorantia ullum sibi præsidium quæsiverit; eo quod secundum rescripta Principum leges, quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi, præscripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur, *l. leges sacratissimæ* 9. *C. de legibus*, & constitu-

tiones Principum neque ignorare cuiquam neque dissimulare concessum est, *l. pen. C. h. t.* Sin juris civilis particularis, id est, statutarii certæ civitatis, vici, pagi, ignorantia intervenerit, difficulter civitatis istius cives excusabit; facilius exteros, ut ut juris communis peritos; quippe quibus uti turpe videri potest ex Quinti Mucii sententia, jus illud, in quo versantur, ignorare, *l. 2. §. servus 45. ff. de orig. juris*, ita a contrario nulli inurenda turpitudinis nota, si peregrinæ regionis jura non omni ex parte comperta sibi habeant ac perspecta, atque ita per ignorantiam in ea impingant. Adde *tit. de legibus n. 9. in fine*.

3. Nonnullis tamen personis jura civilia ignorare impune licet: primo namque ætatis favor & lubricum id dedit minoribus, *l. regula 9. pr. ff. h. t. l. cum ignorantia 2. leg. quamvis 11. C. h. t.* Unde si juris errore mutuum dederint filiofamilias, aut mulieris receperint fidejussionem pro alieno debito, nec debitor solvendo sit, aut ipsi solverint, indebitum repetere vel exigere possunt, mediante saltem in integrum restitutione, nulla Macedoniani aut Vellejani exceptione removendi, *l. verum vel 11. §. ult. l. 12. ff. de minor. 25. annis l. 2. C. si adversus solutionem.* Militiæ quoque honor effecit, ne juris ignorantia militibus damnosa sit. Atque ita, si filiusfamilias miles, a commilitone heres institutus patris expectet consensum ad aditionem: dum ignorat, sibi licere sine parentis assensu adire, non cedet ei aditionis dies legibus alias præfinitus, *l. regula est, 9. §. si filiusfamilias 1. ff. h. t.* Ac his similia alia occurrunt in *l. 1. C. de jure deliberandi, l. omnibus 3. C. de vectigal. et commissis leg. pen. C. de his, qui sibi adscribunt in testam.* Sexus etiam intuitu juris ignorantia non quidem in omnibus, sed pluribus in casibus, per leges expressis, excusationem fœminis præbet, *l. ult. C. h. t. l. regula est 9. ff. h. t.* in ceteris enim jure communi utuntur, si majores sint, *l. si emancipata 3. l. quamvis 11. C. h. t.* Casus autem in jure expressi sunt, si mulier jussu matris legatum sibi adscripserit, ignara id esse prohibitum; quippe quæ nullam inde falsi pœnam metuere debet, *leg. Divus Claudius 15. §. antepen. et pen. ff. ad legem Cornel. de falsis*, si ex sua solverit intercessione; ignara, se Vellejani beneficio tutam esse, et solutum tanquam indebitum repetere velit, *l. quamvis mulier 9. C. ad senatusc. Vellejan.* si incestum commiserit solo jure civili interdictum, *l. si adulterium 38. §. quare 2. ff. ad leg. Jul. de adulteriis*, si ignara juris sui, semet ipsam detulerit, *l. 2. §. ult. ff. de jure fisci.* Denique simplicitas atque rusticitas aliquando delinquenti præstat excusationem, si is ejus conditionis sit, ut simplicitas aut rusticitas in eo videatur toleranda. Si quis enim non dolo, sed rusticitate, album prætoris corruperit, eum ex edicto de albo corrupto non teneri, Ulpianus scribit *l. si quis id 7. §. doli 4. ff. de jurisd.* Sed et iis succursum, qui litigaturi, per rusticitatem non ediderunt actionem, *l. 1. §. ult. ff. de edendo*, aut in jus vocati non iverunt, *l. 2. §. 1. ff. si quis in jus vocatus non iverit*, quive, scientes testatorem occisum esse, tabulas testamenti aperuerunt ex rusticitate, ignari, prius de familia quæstiones habendas esse ac de nocentibus supplicium sumendum, *l. si quis in gravi 5 §. et si sciens 22. ff. de Senatusconsult. Silanian.*

4. Reliquos haud exceptos error juris uti excusat a dolo, ita quoque liberos efficit a pœnis illis, quæ solis dolo delinquentibus propositæ sunt; licet aliæ sæviores pœnæ plerumque in jure errantibus, tanquam culpa non vacuis, imponi soleant. Hinc qui rem suam privatim iniquo eripit possessori, putans id sibi per leges licere, nulla quidem pœnali de vi bonorum raptorum actione in quadruplum damnari potest, dominio tamen rei suæ eundem ob id excidere, constitutum est, *§. 1. Instit. de vi bon. raptorum.*

5. De cetero in negotiis gerendis circa juris errorem regula est, juris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus, *l. juris ignorantia 7. l. regula 9. §. sed juris 3. ff. h. t.* ac ne fœminis quidem in compendiis prodesse, *leg. error facti 8. ff. h. t.* ideoque nunquam in usucapionibus juris errorem proficere possessori, *l. nunquam 31. ff. de usurpat. l. juris ignorantiam 4. ff. h. t.* Et est axioma alterum, *juris errorem cuique nocere, d. l. regula 9. ff. h. t.* quod tamen perpetuum non est. Aut enim in jure errans agit de damnis amittendæ rei, aut de damnis rei jam amissæ, seu jure dominii in alium jam translatæ. Quod spectat damna amittendæ rei, a Papiniano responsum est, juris ignorantiam *suum petentibus haud nocere*, seu, quod eodem redit, *juris errorem in damnis amittendæ rei suæ non nocere, l. 7. in fine, l. 8. in fine ff. h. t.* Qua ratione nemo prohibetur rem suam apud alium existentem vindicare, suamve petere hereditatem ab alio possessam, utcunque annis pluribus existimaverit, errore juris lapsum, possessorem rerum illarum dominum esse. Et vice versa, si quis errore juris existimans hereditatem aliquam ad se pertinere, eam diutius possederit, & fructus inde perceptos jure possessionis bonæ fidei suos fecerit, de fructibus consumtis conveniri non potest, quatenus inde locupletior factus non est, atque ita rursus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet, *l. sed & si lege 25. §. scire 6.* junct. *§. consuluit 11. ff. de petit. hered.* Contra sese res habet in damnis rei errore juris jam amissæ, quippe cujus recuperationi error juris impedimento est; ac ad id restringendum generalius a Paulo in *l. 9. ff. h. t.* pro regula traditum, *errorem juris nocere.* Et hoc nititur fundamento, quod constitutum est in *l. cum ignorantia 2. C. h. t.* majorennem, qui juris ignorantia maternæ renunciaverat hereditati, atque ita eandem amiserat, sera prece desiderare, sibi subveniri. Nec aliunde est, quod Ulpianus tradidit, eum, qui juris ignorantia patremfamilias credebat esse cui mutuum numerabat, cum filiusfamilias esset, Macedoniani exceptione perinde repellendum, ac si vel sciens, vel vana deceptus simplicitate, filiofamilias mutuum dedisset, *l. si quis patremfamilias 3. pr. ff. ad senatuscon. Macedon.* Sed & hinc descendit, quod fidejussor mandati actione repetere soluta nequeat, quoties juris ignorantia lapsus nescivit se inutiliter obligatum esse, *l. si fidejussor 29. §. non male 1. ff. mandati.* Ea eadem denique causa est, quod neque legata errore juris supra dodrantem soluta, neque ullum aliud errore juris indebite solutum, condici potest, tanquam indebitum, *l. cum quis jus 10. C. h. t. l. regula est, 9. §. si quis jus 5. h. t l. error 9. C. ad leg. Falcid.* de quo latius actum *tit. de condict. indeb. n. 7.*

6. Facti ignorantia vel probabilis est, vel supina & affectata. Probabilis ut plurimum esse creditur ignorantia facti alieni, qua & prudentissimi labi possunt, *l. 2. ff. h. t.* præsertim, cum a nullo delatoria curiosi-

tas & scrupulosa inquisitio exigenda sit, *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. h. t.* Unde & pro ignorantia tali præsumtio est, adeo ut adversario, tanquam affirmanti, regulariter incumbat scientiæ probatio, arg. *l. verius* 21. *ff. de probation. l. actor.* 23. *C. eod.* Nec hæc solet erranti obesse, *l. error* 7. *C. h. t. l. error facti* 8. *l.* 9. *pr.* & §. 2. *ff. h. t. l. error facti* 8. *l.* 9. *pr.* & §. 2. *ff. h. t.* sive de delictis, sive de contractibus, aliisque similibus quæstio sit. Sic enim a furti & injuriarum & incestus pœnis liberum esse placuit eum, qui ex errore facti caret affectu furandi, aut injuriæ faciendæ, aut incestus committendi non habuit voluntatem, §. *placuit* 7. *Instit. de oblig. quæ ex delicto, l. illud relatum* 3. §. *ult. l. eum qui* 18. §. *pen. ff. de injuriis, l. qui contra legum* 4. *C. de incest. & inutil. nupt.* Et quo modo propter errorem emtio reliquique contractus aliquando nulli sint, quandoque rescindatur remedio *l.* 2. *C. de rescind. vend.* vel redhibitoria actione, alibi abunde traditum est; uti & illud, quod facti error probabilis indebiti soluti tribuit condictionem. Confessionem quoque aut responsionem ex facti errore profectam non obesse confitenti sed errorem docenti, in aperto est, *l.* 1. *l.* 2. *ff. de confessis, l. inde Neratius* 23. §. *ult.* & *ll. seqq. ff. ad leg. Aquil. l. de ætate* 11. §. *qui justo* 10. *et* 11. *ff. de interrog. in jure faciend.* Denique & in compendiis errorem facti probabilem prodesse, evincit probata in jure usucapio, quippe quæ bonam requirens fidem in usucapiente, hoc ipso errorem facti in eo supponit, dum eum, a quo emebat aliove justo acquirebat titulo, putabat dominum esse, cum non esset, *l. juris ignorantiam* 4. *l. error facti* 8. *ff. h. t. l. quod vulgo* 11. *ff. pro emtore.*

7. Ignorantia facti supina & affectata est, tum facti alieni, sed talis, quod omnes vel plerique in ea civitate sciunt, unus aut pauci soli ignorant, *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. h. t.* arg. *l. si quis patremfam.* 3. *pr.* junct. *l. item si filiusfam.* 7. §. *proinde* 8. *ff. ad senatusc. Maced.* tum plerumque facti proprii; quo respicit Pomponius, cum ait, plurimum interesse utrum quis de alterius causa & facto non sciat, an de jure suo ignoret, *l. plurimum* 3. *ff. h. t.* Ut tamen aliquando facti quoque proprii ignorantia excusata sit. Qua ratione, si quis mihi rem meam ignoranti vendiderit, & jussu meo alteri tradiderit, vel si ego rem meam, quam Titii esse credebam, ex mandato ejus tradiderim Sempronio, aut tutor rem suam quasi pupilli, error ille impedit, ne a me dominium censeatur abisse, *l. etsi consensum* 15. §. 2. *ff. de contrah. emt. l. si procurator* 35. *ff. de acquir. rer. domin.* Nec rei suæ possessionem amisisse intelligitur, qui, cum peregre profecturus pecuniam custodiæ causa in terra condiderat, postmodum reversus immemoria non potuit locum recognoscere, *l. peregre* 44. *ff. de acquir. vel amitt. possess.* Sed nec carebit indebiti condictione, qui solvit, quod jam ante semel ab eo solutum erat, quodve putabat a se promissum esse, cum vere nulla promissio intercessisset, *l. sed & si* 22. *ff. de condict. indeb.* Denique & in iis, quæ antiqua sunt, aut valde intricata, facti proprii errorem tolerabilem esse ac excusare colligi potest ex *l. cum fideicommissum* 7. *ff. de confessis*, Andr. Gayl. *libr.* 2. *observ.* 48. *n.* 20. Et generaliter circa facti tum proprii tum alieni ignorantiam regula probata est, neque negligentiam crassam hominis deperditi nimiumque securi satis expeditam aut excusatam esse, neque scrupulosam solere inquisitionem exigi aut delatoriam curiositatem, *l. plurimum* 3. §. 1. *l. nec supina* 6. *l. regula est* 9. §. *sed facti* 2. *ff. h. t. l. etsi consensum* 15. §. *ignorantia* 1. *ff. de contrah. emt. l. si quis patremfamilias* 3. *ff. ad senatusconsult. Maced.*

FINIS TOMI III.

INDEX TITULORUM
IN COMMENTARIO
AD PANDECTAS CONTENTORUM.

Ex libris [illegible]

